

O ACESSO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO ACCESS TO HEALTH FOR PEOPLE WITH DISABILITIES THROUGH MEDIATION AND CONCILIATION

Carlos Eduardo Montes Netto¹
Vitor Comassio De Paula Lima²
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira³

RESUMO: O presente artigo visa analisar a mediação e a conciliação como instrumentos adequados ou não de efetivação do direito à saúde da pessoa com deficiência. Atualmente é incentivada a utilização dos meios adequados de soluções de conflitos, especialmente dos autocompositivos, em algumas searas específicas. Entende-se que o uso destes meios, em algumas situações específicas, pode ser benéfico e servir como forma de ampliação do acesso efetivo à justiça. Optou-se pela realização de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, desenvolvida por método dedutivo com a análise de textos legislativos, de trabalhos acadêmicos e de obras sobre o tema, sendo que ao final foi possível concluir pela adequação da utilização da mediação e da conciliação em conflitos que versem sobre o direito à saúde pelas pessoas com deficiência, como forma de ampliação do acesso efetivo à justiça visando a concreção desse direito fundamental do grupo vulnerabilizado em estudo.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Mediação; Conciliação; Recomendação nº100 do CNJ; Direito à saúde da pessoa com deficiência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the media and conciliation as appropriate devices or not to effect the health of people with disabilities. Currently, the use of means of self-compositional conflict solutions is encouraged, especially designed in some specific areas. It is understood that the use of these means, in some specific situations, can be beneficial and serve as a way of expanding effective access to justice. It was decided to carry out a bibliographical research, of an exploratory nature, developed by a deductive method with the analysis of legislative texts, academic works and works on the subject, and in the end it was possible to conclude that the use of mediation and conciliation was adequate in conflicts that deal with the right to health for people with disabilities, as a way of expanding effective access to justice, aiming at the realization of this fundamental right of the vulnerable group under study.

Keywords: Access to justice; Mediation; Conciliation; Recommendation nº 100 of CNJ; Right to health of people with disabilities.

¹ Doutor e mestre em Direitos Coletivos e da Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Pós-doutor em Educação pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCar. Professor de cursos de graduação e de pós-graduação. Coordenador e professor do Curso de Especialização em Direito Civil e Processo Civil da UNAERP. Juiz de Direito do Estado de São Paulo. E-mail: carlosmontes3@hotmail.com

² Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogado. E-mail: vitor.clima@sou.unaerp.edu.br

³ Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Mestrado e Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Procurador do Estado de São Paulo. Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB. Membro de listas referenciais de árbitros. E-mail: olavoferreira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A grande procura com relação aos serviços judiciais, considerando que apenas em 2020 houve o ingresso de 25,8 milhões de novas ações no Poder Judiciário brasileiro (BRASIL, 2021), tem evidenciado a necessidade de se aprofundar o estudo sobre outros mecanismos de solução dos conflitos, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem. Esses métodos extrajudiciais podem ser, em alguns casos, mais acessíveis e céleres em comparação com os processos judiciais. Por exemplo, apenas na fase de execução um processo na Justiça Federal costuma tramitar, em média, 8 anos e 7 meses. Na Justiça Estadual esse prazo é de 6 anos e onze meses (BRASIL, 2021). Nessa perspectiva, tem-se observado uma busca pela “desjudicialização” dos conflitos em contraponto ao que se denomina de “cultura do litígio”, devendo ser destacado que vários direitos podem vir a ser objeto de mediação ou de conciliação, inclusive os relacionados ao acesso à saúde, conforme se depreende da recente Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2021). Por sua vez, a inclusão da pessoa com deficiência ainda representa um desafio, considerando que se trata de uma classe historicamente “excluída” ou mesmo “esquecida”, que demanda a criação de leis e a implementação de uma série de políticas públicas, visando à sua efetiva inclusão na sociedade, surgindo dúvidas sobre a possibilidade e viabilidade da utilização da mediação e da conciliação pelas pessoas com deficiência visando garantir o acesso aos serviços de saúde públicos e privados.

A questão é bastante atual, existindo, inclusive, o Projeto de Lei 3248/19 que prevê expressamente a possibilidade de utilização da mediação, na medida em que se propõe adicionar o dispositivo legal 83-A ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. (BRASIL, 2019a). Desta forma, o presente estudo busca analisar a adequação da mediação e da conciliação como formas de ampliação do acesso à justiça das pessoas com deficiência, analisando os mencionados meios adequados de solução dos conflitos como formas de tutela do direito à saúde da pessoa deficiente e os seus possíveis contornos. Visando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de normas

infraconstitucionais, valendo-se da análise de trabalhos acadêmicos, livros e artigos científicos.

1. DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está assegurado no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, é o art. 3º do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2015a]). Seu fundamento axiológico consiste no resguardo do acesso à justiça (ARAGÃO, 2021), que abrange o acesso aos tribunais, à via judiciária, ao direito, ao processo e à obtenção de uma decisão fundada no ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2003). No entanto, conforme reconheceu o CNJ, por meio da Resolução nº 125/2010, o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas” (BRASIL, 2010), ao dispor que:

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (BRASIL, 2010).

Nessa perspectiva, essa garantia não se limita apenas ao acesso à via judicial, abarcando outros métodos adequados extrajudiciais não significando o acesso à justiça apenas o acesso ao Judiciário, mas sim a uma ordem jurídica justa e a soluções efetivas. Cappelletti e Garth (1988, p. 68), apontaram uma “terceira onda” de acesso à justiça, a qual deveria se esforçar para tornar efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, ao longo da história, foram privados dos benefícios de uma justiça que prezasse pela igualdade. Apesar de a CRFB/88 prever o direito à igualdade em seu art. 5º, a pessoa com deficiência, historicamente, sempre necessitou do auxílio estatal para ser tratada de modo diferente, visando o alcance da igualdade e sua efetiva integração social. Para a pessoa com deficiência, o acesso à justiça é fundamental, visando a concreção dos direitos fundamentais desse grupo vulnerabilizado, especialmente no que diz respeito ao efetivo acesso aos serviços de saúde.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou um acordo de convivência pacífica e respeito entre os seres humanos, visando garantir e promover direitos a todos os indivíduos, prevendo em seu art. 8 o acesso à justiça como instrumento imprescindível para a garantia do desempenho integral dos direitos humanos fundamentais. Ocorre que esta Declaração não tratou especificamente da promoção e garantia dos direitos para pessoas em situações específicas, como as pessoas com deficiência, coletivamente esta continua a sofrer com a exclusão social e preconceito. Cumpre mencionar que a mencionada norma serviu como fonte de inspiração para a elaboração de algumas Constituições, na medida em que se visava a concreção da igualdade entre os indivíduos. Posteriormente, surgiu a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, a qual constitui mais uma declaração de direitos humanos, contudo, com olhos dirigidos especificamente às pessoas com deficiência, igualmente abraçadas pela declaração universal dos direitos humanos (1948) e todos os pactos internacionais sobre direitos humanos. Segundo Bobbio (1992, p.17), os direitos humanos são “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.”

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traz no seu art. 13 a previsão da garantia de acesso à justiça (BRASIL, 2009). No que se refere à CRFB/88, alguns dispositivos tratam da pessoa com deficiência. Por exemplo, o art. 227, § 1º, II prevê o atendimento especializado e a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, devendo ser promovida a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos e a eliminação de obstáculos arquitetônico, bem como de todas as formas de discriminação. Este mesmo dispositivo, em seu § 2º, determina que a lei deverá garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência aos edifícios de uso público. Já o art. 244 prevê que lei infraconstitucional deverá dispor sobre a adaptação dos edifícios públicos, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, na forma do disposto no art. 227, § 2º. Verifica-se também que a CRFB/88 buscou a promoção da igualdade material, para além da promoção da igualdade formal, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a

redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988). Nesse ponto, o princípio da igualdade constitui um princípio do próprio Estado Democrático de Direito.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 7.853/1989, dentre outras medidas, instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência, disciplinando ainda a atuação do Ministério Público (BRASIL, 1989). Já a Lei nº 10.048 (BRASIL, 2000), de 08 de novembro de 2000, determina no seu art. 1º que as pessoas com deficiência devem ter atendimento prioritário. O seu art. 2º estabelece que as repartições públicas estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário aos deficientes, assegurando-se tratamento diferenciado e atendimento imediato. No entanto, talvez o grande marco legal infraconstitucional tenha sido a entrada em vigor da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015c), denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando pessoa com deficiência aquele que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu diversas alterações no Código Civil com relação à previsão das incapacidades. Atualmente, não existe mais a presunção de que uma pessoa com deficiência é incapaz, o que permite que pessoa com deficiência seja auxiliada na tomada de decisões por pessoas da sua confiança, na forma do art. 1783-A do Código Civil. No que tange especificamente ao acesso à justiça, o art. 79 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015b) determina que o poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, de modo a garantir as adaptações e recursos de tecnologia assistiva sempre que requeridos. Ainda dentro dessa temática, o art. 80 do mencionado Estatuto determina que devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o seu acesso à justiça, sempre que figure como parte ou atue como testemunha ou participe da lide.

Destaque-se que um dos pilares do Estado Democrático de Direito é exatamente a igualdade, a qual não se restringe à igualdade meramente formal. Nos dizeres de Barbosa (2004, p. 39) “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam.” Ao discorrer sobre a igualdade Canotilho (2003, p. 430), destacou não se tratar de um mero princípio do Estado de Direito, de modo que pode e deve ser tido como princípio de justiça social, na medida em que se visa igualdade de oportunidades e de condições reais de vida. Com a finalidade de cumprir com o

determinado na Convenção mencionada e na Lei 13.146/15, visando garantir o acesso à justiça, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 230, alterada pela Resolução n. 401, a qual estabelece diversas medidas a serem realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário, com vistas ao seu cumprimento, conforme consta do art. 2º, que assim dispõe:

A fim de promover a igualdade, deverão ser adotadas, com urgência, medidas apropriadas para eliminar e prevenir quaisquer barreiras urbanísticas ou arquitetônicas, de mobiliários, de acesso aos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais ou tecnológicas (BRASIL, 2021).

No entanto, Andreia Martin sustenta que a Resolução n. 230 não era dotada de praticidade, na medida em que repetiu dispositivos da Convenção Internacional sobre Pessoas com Deficiência, sem se atentar para a realidade vivenciada, o que a tornou sem qualquer efetividade (MARTIN, 2016, p. 695). Ao se abordar a proteção da pessoa com deficiência, cumpre focar o direito à acessibilidade, que consiste em um direito que possibilita a realização de todos os demais, independentemente da natureza do direito a ser pleiteado. Segundo Araujo (2011, p. 59-60) “o direito à acessibilidade é direito instrumental, pois viabiliza a existência de outros direitos. Sem a acessibilidade, não se pode falar em direito à saúde, em direito ao trabalho, em direito ao lazer, dentre outros”. Vale dizer que as barreiras que as pessoas com deficiência enfrentam não se restringem somente à acessibilidade física aos prédios do Ministério Público ou ao Poder Judiciário e suas dependências, ou aos obstáculos tecnológicos ou de linguagem. Em alguns casos, a pessoa com deficiência sequer consegue ou sabe como bater às portas do Poder Judiciário ou de órgãos assistenciais para reivindicar os seus direitos que possui, se é que conhece tais direitos, o que reforça a necessidade de promoção do pleno acesso à justiça a esse grupo vulnerabilizado, em atendimento às normas apontadas nessa subseção.

3. O DIREITO À SAÚDE E A RECOMENDAÇÃO Nº 100 DO CNJ

Existe um debate acerca da natureza ou concepção dos direitos sociais. Há quem defenda que se tratam de normas programáticas, bem como que defenda que são normas que produzem eficácia imediata, em razão da sua fundamentalidade. Em que pese a discussão acerca da natureza dos direitos sociais, entende-se que restou claro que o legislador constituinte ao positivizar os Direitos Sociais no Capítulo II, do Título II, concedeu

aos mesmos a natureza de direitos fundamentais, possuindo aplicação imediata, conforme dispõe o § 1º, do art. 5, da CRFB/88. O direito à saúde, expresso no art. 196 da CRFB/88, por ser fundamental e intimamente ligado à dignidade e à vida da pessoa humana, não deve ser interpretado como norma programática, a qual apenas traça princípios norteadores, bem como objetivos e programas que visam a realização dos fins sociais de um determinado Estado.

Se assim o fosse, estar-se-ia diante de uma limitação do caráter pluralista da CRFB/88, cujo objetivo é a concretização de uma justiça social apta a legitimar o Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o seu art. 3º. O direito à saúde, enquanto direito social, consiste em direito fundamental previsto em alguns dispositivos do corpo da CRFB/88, bem como se caracteriza como um direito público subjetivo. No mais, o art. 2º da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, inclui a saúde dentro no rol de direitos fundamentais (BRASIL, 1990). A atuação estatal é imprescindível para a concretização desse direito, sendo possível, inclusive, o ingresso em juízo visando a sua concreção, até mesmo no que se refere à adoção de políticas públicas, que podem ser compreendidas como “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 241). Conforme ressaltam Marta e Abujamra (2010, p. 101) o direito à saúde consiste “em um bem jurídico tutelado mediante um conjunto de regras e princípios destinados a dar eficácia imediata e autoaplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da CF/88”. Vale destacar que o direito à saúde compreende o direito de estar saudável, o de ser tratado e preparado para uma vida profissional (habilitação e reabilitação), bem como o direito à prevenção de doenças, inclusive mediante a adoção de políticas públicas sanitárias. Nesse sentido, o direito à saúde possui íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana:

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico fundamentais, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica e hospitalar), como direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2003, p. 313).

Diante de falhas e omissões na concretização desse direito fundamental, tem-se observado o aumento da procura do Judiciário. Segundo o CNJ, entre 2008 e 2017 as demandas judiciais relativas à saúde aumentaram 130%, enquanto o número total de processos cresceu apenas 50% (BRASIL, 2019b). Esse aumento da judicialização vem evidenciando a dificuldade de se obter decisões céleres e efetivas no âmbito judicial, surgindo a necessidade de se buscar soluções diversas à via judicial visando a concreção de direitos, notadamente dos fundamentais. Nesse contexto, o CNJ editou a Recomendação nº 100, dispondo que os magistrados utilizem, sempre que possível, os métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde, como a mediação e a conciliação.

A mencionada Recomendação propõe que os tribunais implementem Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (CEJUSC), para o tratamento adequado de questões de atenção à saúde, inclusive aquelas decorrentes da crise da pandemia da Covid-19, na fase pré-processual ou em demandas já ajuizadas. O § 1º, do art. 3º, da Recomendação, dispõe, inclusive, sobre a possibilidade da realização de negociação, conciliação, mediação, nas modalidades individuais ou coletivas. Nesse sentido, a consensualidade tem crescido dentro do âmbito de resolução dos conflitos, ainda que a pequenos passos, sendo que o CNJ tem papel importante nessa construção, desde a edição da Resolução nº 125/2010, a qual institui política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Vale frisar que a partir da edição da mencionada Resolução, o legislador federal foi inspirado a consagrar a ideia de justiça multiportas no Brasil (ZANETI JÚNIOR; CABRAL, 2018). Portanto, verifica-se que os métodos adequados diversos da justiça estatal vêm ganhando cada vez mais destaque e notoriedade, visando possibilitar soluções mais céleres, justas e eficazes na resolução de disputas.

4. A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA ATUAL

Conforme se destacou anteriormente, o direito à saúde deve ser concretizado pelo Estado mediante a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços

para sua promoção, proteção e recuperação. Além da implementação do Sistema Único de Saúde pela lei 8.080/1990, no que diz respeito à pessoa com deficiência, verifica-se a existência de uma política pública nacional direcionada, instituída pela Portaria nº 1.060, de 5 de junho de 2002 (BRASIL, 2002), a qual está voltada para a inclusão das pessoas com deficiência em toda a rede de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) e caracteriza-se por reconhecer a necessidade de implementar o processo de respostas às complexas questões que envolvem a atenção desse grupo vulnerabilizado. Referida Portaria tem por diretrizes: i) a promoção da qualidade de vida das pessoas com deficiência; ii) a assistência integral à saúde; iii) a prevenção de deficiências; iv) a ampliação e fortalecimento dos mecanismos de informação; v) a organização e funcionamento dos serviços de atenção à pessoa com deficiência; vi) a capacitação de recursos humanos.

Neste contexto, verifica-se que as mencionadas políticas públicas visam a inclusão social da pessoa com deficiência, de modo a assegurar o seu espaço na reconstrução da ideia de cidadania. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscou-se reforçar ainda mais o direito à saúde desta coletividade. Por exemplo, o seu art. 18 assegura a atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário. Já o art. 20 determina que as operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes, dentre outros dispositivos que buscam a igualdade desta coletividade perante os demais cidadãos (BRASIL, 2015b).

Com a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência ratificada pelo Estado brasileiro, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, em 09 de julho de 2008, foram ainda garantidos diversos direitos, além de impostos deveres ao Estado. Destaca-se alguns destes direitos previstos no art. 25: i) a gratuidade dos programas e atenção à saúde; ii) serviços que visam a prevenção e redução de deficiências adicionais; iii) proibição da discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, dentre outros (BRASIL, 2009). Nesse sentido, percebe-se que existem previsões gerais e específicas acerca do direito à saúde das pessoas com deficiência, de modo que se vislumbra uma proteção constitucional e infraconstitucional ampla. No entanto, apesar disso, não raras vezes as pessoas necessitam recorrer ao Judiciário, por meio de processos judiciais, visando a concretização do direito à

saúde, justificando o estudo da adequação dos mecanismos extrajudiciais de resolução de disputas como forma de acesso efetivo à justiça da pessoa com deficiência nesses casos.

5. DO PROJETO DE LEI Nº 3248/19

Em que pese alguns avanços legislativos, como já mencionado, há dúvidas acerca da possibilidade da pessoa com deficiência utilizar a mediação e a conciliação como soluções consensuais de conflitos, principalmente no que toca ao direito à saúde. Ante as alterações na lei civil promovidas pela Lei nº 13.146, de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no que tange à capacidade civil, o Projeto de Lei nº 3248/19 visa acrescentar o art. 83-A ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de garantir a esta coletividade o acesso à mediação e à arbitragem como soluções consensuais de conflitos (BRASIL, 2019a). De fato, com a entrada em vigor do mencionado Estatuto foram alterados os arts. 3º e 4º do Código Civil, de modo que atualmente são considerados absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos. Somando-se este fato ao disposto no art. 84 do Estatuto que prevê que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, surge uma ideia de que há possibilidade de se utilizar os meios adequados de solução de conflitos por esta coletividade, sempre que possível. O problema do acesso à justiça no Brasil começa no plano educacional, na medida em que parte da possibilidade de conhecer os direitos e, quando violados, os mecanismos para os exercer (SOUZA, 2011). Tal premissa também vale para a pessoa com deficiência, a qual, por vezes, sequer sabe dos direitos a ela assegurados legalmente. Nesse sentido, a inclusão do art. 83-A, no que tange à mediação, representa uma medida inclusiva para a pessoa com deficiência, visando combater qualquer tipo de exclusão, seja expressa ou implícita.

6. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Atualmente, observa-se um esforço do Judiciário brasileiro visando reduzir a judicialização e alcançar a concreção dos direitos dos cidadãos de forma cada vez mais célere e eficaz, a exemplo da edição da Resolução nº 125/2010 pelo CNJ. Nessa perspectiva, a

mediação e a conciliação consistem em meio adequados para a solução de conflitos, que surgem como instrumentos extrajudiciais que permitem o acesso à justiça no sentido de promover soluções consensuais. Estão em evidência no mundo jurídico atualmente tendo em vista que “sua finalidade é tornar o processo judicial mais célere e, por vezes, evitar a instauração do mesmo, gerando, com isso, o tão almejado desafogamento do Poder Judiciário” (MESSIAS; NEVES; 2018, p. 2.131-2.132). No que tange à mediação e conciliação, enquanto instrumentos inseridos no contexto de acesso à justiça, o § 3º, do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 não deixa de abarcar o âmbito extrajudicial ao estabelecer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015a). No que se refere aos dois institutos:

[...] a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o ‘procedimento’, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo (CALMON, 2008, p. 144).

A mediação pode ser entendida como o meio adequado para resolução de conflitos, em que o mediador incentiva as partes litigantes a evitar o ajuizamento de uma demanda judicial, colocando fim em um litígio instaurado ou em vias de se instaurar. Aproveita-se de uma eventual relação de proximidade pré-existente entre as partes litigantes, de modo que cabe ao mediador conduzir o processo de facilitação da comunicação entre ambas para a resolução consensual do litígio (MESSIAS; NEVES, 2018). Cumpre destacar que a mediação está prevista na Lei 13.140/2015. O parágrafo único, do seu art. 1º determina que a mediação consiste em a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia-as e as estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. Depreende-se deste parágrafo que a mediação consiste em um meio de resolução de disputas parcial, na medida em que é desenvolvida pelas próprias partes, sendo que o mediador auxilia a comunicação dos mediandos, apenas, para que esses possam compreender melhor as questões desacordantes entre si (LIMA; TEIXEIRA, 2021, p. 548). Frise-se ainda que o art. 5º da mencionada Lei prevê que a

mediação deve ser orientada pelos seguintes princípios: i) imparcialidade do mediador; ii) igualdade entre as partes; iii) oralidade; iv) informalidade; v) vontade das partes; vi) busca do senso comum; vii) confidencialidade; viii) boa-fé (BRASIL, 2015c).

Observa-se que a mediação trata o conflito de maneira mais aprofundada, possibilitando a discussão ampla, com o fito de estabelecer ou restaurar o diálogo e compreensão entre as partes, solucionando o litígio. Já a conciliação pode ser definida como o meio adequado de resolução de conflitos, em que o conciliador atua com a finalidade de promover o fim de um litígio já instaurado, iniciado em uma situação casual, na qual as partes não se conheciam, evitando a judicialização da demanda, cabendo ao conciliador apenas conduzir o processo de facilitação da comunicação para a resolução consensual do litígio (MESSIAS; NEVES; 2018, p. 2132), o que permite concluir que o conflito é tratado de modo pontual, visando a acordo. A conciliação consiste em ferramenta cujo objetivo primordial consiste em “[...] promover a solução pacífica das controvérsias (autocomposição) e de atender ao final o princípio implícito da pacificação” (BACELLAR, 2016, p. 84-85). Tanto a conciliação como a mediação surgem num cenário de esgotamento do Poder Judiciário, podendo promover um acesso mais adequado à justiça, especialmente no que se refere à efetivação do direito à saúde das pessoas com deficiência, visando a concreção desse direito fundamental.

7. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO UMA POSSÍVEL FERRAMENTA NA TUTELA DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Conforme já mencionado, a Recomendação nº 100 do CNJ estimula aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação. No cenário atual, a busca pelo consensualismo se torna cada vez mais intensa, sendo que demandas que envolvem o direito à saúde não escapam desta tendência da Justiça brasileira, na medida em que estes instrumentos extrajudiciais podem representar maior celeridade e efetiva concreção dos direitos das partes. Nessa perspectiva, a mediação e a conciliação possibilitariam à pessoa com deficiência efetivo acesso à justiça na tutela dos seus direitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. O cenário atual permite concluir que há uma falta de eficiência das políticas públicas implementadas pelo

Executivo, o que aumenta a judicialização deste tipo de demanda, envolvendo, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames, a cobertura de tratamentos para doenças, dentre outros. No período pandêmico não houve alteração deste panorama, o que fez com que o CNJ editasse a Recomendação nº 100, a qual incentiva a adoção pelo Judiciário da solução consensual dos conflitos.

Cumprido destacar que o fenômeno conhecido como judicialização da saúde não é novo, sendo estudado desde a década de 1990, a partir dos primeiros processos judiciais que versavam sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV/Aids (OLIVEIRA; DELDUQUE; SOUSA; MENDONÇA, 2016). Diante deste contexto, a atuação do Estado se faz necessária, na medida em que a adoção dos meios adequados de solução dos conflitos deve ser amplamente fomentada pelos órgãos do Judiciário. Na forma do art. 3º da mencionada Recomendação, o CNJ fomenta a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejusc), para o tratamento adequado de questões de atenção à saúde, inclusive aquelas decorrentes da crise da pandemia da Covid-19, na fase pré-processual ou em demandas já ajuizadas. O § 1º do art. 3º ainda ressalta a possibilidade de intermediação de conflitos individuais e coletivos. No que tange à mediação na área da saúde, Delduque e Castro (2015) ressaltam a alta complexidade dos conflitos desta área e afirmam que as relações de saúde transcendem à ótica da relação bilateral médico-paciente, envolvendo diversos outros atores, o que faz surgir conflitos internos (como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais), como os externos envolvendo o conflito social e o legal.

No entanto, as mencionadas autoras defendem ser plenamente possível a utilização da mediação na área da saúde, uma vez que podem ser instituídos núcleos de Mediação Sanitária dentro das Secretarias de Saúde, com a finalidade de operar a Mediação interna ao sistema e externa perante seus usuários (DELDUQUE; CASTRO, 2015, p. 512). Verifica-se que a mediação na área da saúde apresenta algumas peculiaridades, tendo em vista que, na forma do art. 2º da Recomendação nº 100 do CNJ, incentiva-se que o magistrado designe um mediador capacitado em questões de saúde, cuja função consiste em realizar o diálogo entre o solicitante e os prepostos ou gestores dos serviços de saúde, com o fito de promover a solução adequada e eficiente para o conflito. Já o art. 4º prevê a necessidade de capacitação específica de conciliadores e mediadores em matéria de saúde, inclusive por meio de convênios já firmados pelo CNJ, com compreensão sobre saúde baseada em evidência

científica, princípios do Sistema Único de Saúde e de consulta a base de dados com notas técnicas emitidas por instituições reconhecidas pelos Comitês Nacional e Estaduais de Saúde (BRASIL, 2021).

Em que pesem as peculiaridades e a dificuldade de implementação dos meios adequados para solucionar questões que envolvam o direito à saúde da pessoa com deficiência, entende-se pela possibilidade de utilização destes mecanismos, tendo em vista os resultados positivos alcançados com a adoção da “desjudicialização” deste tipo de demanda. Fernanda Celestino defende que ao promover um maior diálogo entre as instituições de saúde se fomenta um ambiente de desjudicialização consolidado, o que permitiria a resolução dos conflitos pelos meios adequados, tendo em vista que a cooperação entre as instituições potencializaria a possibilidade de alcance de melhores respostas (CELESTINO, 2019). A utilização dos meios adequados de solução dos conflitos na área da saúde tem crescido, principalmente quando se trata da mediação sanitária no Brasil. Estados como Minas Gerais, Distrito Federal, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, mediante termos de cooperação entre os entes públicos e o Poder Judiciário e demais entes utilizam a mediação sanitária para obter a resolução administrativa das questões de saúde em sua abrangência, garantindo a efetivação material do direito à saúde (LEITE, 2020).

O advento da lei 13.140/15 ampliou o debate de utilização da mediação, na medida em que o seu art. 33 menciona expressamente a possibilidade da implantação da mediação no setor público (BRASIL, 2015b). Dessa forma, abre-se um caminho eficiente para garantir a solução de inúmeras problemáticas pelos meios adequados, incluindo-se as questões relacionadas à saúde pública. Nesse sentido, a pessoa com deficiência pode se valer dos meios adequados de solução dos conflitos que versem sobre o direito à saúde, tendo em vista os resultados positivos que se alcança com a utilização destes mecanismos. Por conseguinte, percebe-se que a mediação e conciliação na área da saúde pode resultar em amplos benefícios, promovendo e facilitando o diálogo entre os diversos atores envolvidos, além de priorizar a construção da resolução consensual, atingindo a satisfação do direito do cidadão. A utilização destes mecanismos extrajudiciais de composição dos conflitos se mostra como uma real possibilidade para as pessoas com deficiência, tendo em vista a atenção especial que lhes são garantidas por lei nas demandas que envolvam o direito à saúde. Nesse contexto, ao fomentar e implementar a utilização da mediação e da conciliação para esta coletividade nas demandas que versem sobre direito à saúde, estar-se-á diante de uma

ampliação do acesso à justiça desta coletividade, na medida em que se promove a inclusão social e efetiva a cidadania.

Portanto, verifica-se que, para além da atuação do Estado em incentivar a adoção dos meios adequados de solução de conflitos, há também uma necessidade de mudança de comportamento dos integrantes do Poder Judiciário quando se depararem com demandas que versem sobre o direito à saúde, visando uma atuação pautada pela busca da resolução consensual, demonstrando os aspectos positivos de sua atuação. Ressalta-se que a Recomendação nº 100 do CNJ reforça este entendimento de fomento da utilização das medidas adequadas de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios consensuais de resolução de conflitos têm sido fomentados na realidade atual, com a finalidade de atender ao maior número possível de demandas, como forma de promoção do efetivo acesso à justiça. O atual Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/15, indicam a tendência de fomento à utilização dos meios adequados de solução dos conflitos, na medida em que se prevê a possibilidade de resolução das controvérsias por meio do diálogo, tendo em vista que a satisfação efetiva dos conflitantes pode se dar de modo mais intenso nas vias autocompositivas, a depender das características do conflito. Nesse contexto, a conciliação e a mediação representam meios adequados de resolução de conflitos que podem eventualmente possibilitar uma resolução mais célere da disputa, bem como evitar a instauração de uma nova demanda judicial e promover a cidadania. A Recomendação nº 100 do CNJ evidencia a tentativa de viabilização da utilização da mediação e da conciliação em demandas que versem sobre direito à saúde, quando houver possibilidade de solucionar a controvérsia por meio do diálogo e consensualidade. Entende-se que esta Recomendação fomenta a aplicação dos meios adequados de resolução dos conflitos, bem como amplia a forma de acesso à justiça nos conflitos que envolvem prestação de serviços na área da saúde, o que pode ser vantajoso no caso das pessoas com deficiência. Historicamente, esta coletividade sempre lutou pela inclusão social, o que se refletiu em diversos dispositivos constitucionais, convenções, leis e nas políticas públicas que visam tal fim. Nesse sentido, fomentar a implementação e utilização dos meios adequados de solução

de conflitos por esse grupo vulnerabilizado pode representar uma forma de se garantir e ampliar o acesso efetivo à justiça.

Tendo em vista que esta coletividade possui uma série de demandas que versam sobre o direito à saúde (medicamentos, alimentação, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, dentre outros), entende-se que a utilização da mediação e da conciliação pode se revelar bastante adequada e vantajosa. Não se ignora que existem demandas que continuarão sendo solucionadas pelo método tradicional, uma vez que este é o meio adequado para apresentar uma solução em alguns determinados casos. Vale dizer, a implementação do sistema multiportas não visa o enfraquecimento do meio tradicional, representando apenas a possibilidade da utilização de outras formas adequadas em relação ao processo judicial clássico, visando a ampliação do acesso à justiça, a efetivação da cidadania e a inclusão social. Nessa perspectiva, entende-se que as pessoas com deficiência podem se valer da mediação e da conciliação para buscar a solução consensual de litígios que versem sobre o direito à saúde, como forma de concretização da própria dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues De Andrade. Do acesso ao Judiciário ao acesso à justiça: caminhos para a superação da cultura do litígio processual por vias autocompositivas e extrajudiciais. Revista Eletrônica De Direito Processual, v. 23, n.1, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62793>. Acesso em: 21 mai. 2022.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 3. ed. Brasília, DF: CORDE, 2011.

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº PL 3248/2019, de 30 de maio de 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2205879>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saudecrescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 mai. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 401, de 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3987>. Acesso em: 25 mai. 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

_____. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Portaria nº de Portaria nº 1.060, de 5 de junho de 2002. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html#ANEXOIII. Acesso em: 05 mai. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; **GARTH**, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Desjudicialização do direito à saúde: a experiência do Estado do Ceará na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais. 2019.175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; **CASTRO**, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde em Debate. Abril-junho 2015, v. 39, n. 105, pp. 506-513. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/jP8XfgsPxNzZRz4c3mkX9qp/abstract/?lang=pt>. Acesso em 14 mai. 2022.

LEITE, Thalyany Alves. Gestão de conflitos e saúde no Brasil: uma coalizão entre ouvidorias e mediação de conflitos no meio hospitalar. 2020. 271 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza. 2020.

LIMA, Luis Daniel Alves; **TEIXEIRA**, Sergio Torres. Breves considerações sobre a natureza jurídica da mediação extrajudicial de conflitos. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 22. n. 1, 2021, p. 545-567. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/52802/36331>. Acesso em: 20 mai. 2022.

MARTA, Taís Nader; **ABUJAMRA**, Ana Carolina Peduti. Pessoa com deficiência e o direito ao adequado tratamento de saúde. Revista do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. v. 21, 2010, p. 85-112. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1058>. Acesso em: 11 mai. 2022.

MARTIN, Andréia Garcia. As deficiências de acessibilidade no sistema de justiça: o (des)acesso à justiça da pessoa com deficiência. Revista Cidadania e Acesso à Justiça. v. 1. n. 2. 2016. p. 681-703. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/1482>. Acesso em: 14 mai. 2022.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; **DELDUQUE**, Maria Célia; **SOUSA**, Maria Fátima de; **MENDONÇA**, Ana Valéria Machado. Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. Revista Tempus – Actas de Saúde Coletiva, v. 10, n. 1, p. Pág. 169-177, 2016. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/iciict/41901>. Acesso em: 21 mai. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011.

ZANETI JR., Hermes; **CABRAL**, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). 2. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2018.