

Judicialização, Saúde e Justiça: Proposta da mediação sanitária como instrumento de justiça consensual

Judicialization, Health and Justice:
Proposal of health mediation as an instrument of consensual justice

Natalie Maria de Oliveira de Almeida¹

Felipe Costa Camarão²

Edith Maria Barbosa Ramos³

RESUMO: O objetivo do presente estudo foi analisar a judicialização do direito à saúde através da teoria de justiça rawlsiana, propondo a mediação sanitária enquanto importante instrumento de justiça consensual. Para tanto, utilizou-se de abordagem qualitativa do tipo exploratório-descritivo. Verificou-se que, nos dias atuais a saúde passou a ser tratada de forma vinculada ao princípio de igualdade equitativa de oportunidades na medida em que esta é fundamental para garantir a participação dos indivíduos dentro da sociedade, permitindo a concretização de suas expectativas, razão pela qual é vista enquanto uma questão de justiça. Por meio da presente pesquisa considera-se que a mediação proporciona um melhor espaço de atendimento a saúde do indivíduo, garantindo um ambiente que responda melhor as demandas conforme a competência de cada órgão federativo, evitando conflitos na justiça, ao mesmo tempo em que coopera para o fortalecimento de um sistema que distribui direitos, obrigações, assegurando as liberdades e o leque de oportunidades de cada indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde; judicialização; justiça; mediação sanitária.

ABSTRACT: *The aim of this study was to analyze the judicialization of the right to health through the Rawlsian theory of justice, proposing health mediation as an important instrument of consensual justice. For that, we used a qualitative approach of the exploratory-descriptive type. It was found that, nowadays, health is treated in a way linked to the principle of equal opportunities, insofar as this is fundamental to guarantee the participation of individuals within society, allowing the fulfillment of their expectations, which is why which is seen as a matter of justice. Through this research it is considered that mediation provides a better space for health care for the individual, guaranteeing an environment that better responds to the demands according to the competence of each federative unit, avoiding conflicts in justice, while cooperating to the strengthening of a system that distributes rights, obligations, ensuring the freedoms and the range of opportunities for each individual.*

KEYWORDS: *Health; judicialization; justice; health mediation.*

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

² Procurador Federal. Secretário da Educação do Estado do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

³ Pós-doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão.

INTRODUÇÃO

A compreensão do conceito de saúde se dá a partir de um amplo rol de ciências que, por muito tempo, foi reduzido à dicotomia que afirmava que saúde se tratava da ausência de doença. Essa temática pluridimensional trata de um direito humano instrumental, individual e social que possui sua efetividade limitada por circunstâncias naturais e socioeconômicas.

Especificamente no Brasil, essa noção de saúde enquanto direito passou a ser discutida a partir da superação do aspecto autoritário e antidemocrático característicos do período da Ditadura Militar com a redemocratização que se iniciou a partir de 1985, com as propostas do movimento de Reforma Sanitária. Assim, em 1986, a sociedade foi convocada para a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, que mobilizou diversas classes a fim de buscar um modelo de saúde coletiva capaz de atender quaisquer camadas da população. Como consequência, a nova Constituição de 1988 elevou a saúde a condição de dever do Estado em todas as esferas de poder político da federação.

Nesse sentido, compete ao Estado a garantia da saúde ao cidadão por meio das políticas públicas com a finalidade de reduzir o risco de doenças e outros agravos, tal como o acesso igualitário a ações para sua promoção, proteção e recuperação, ponto em que surge o Sistema Único de Saúde (SUS), que possui o dever de prestar integridade de atendimento às necessidades de saúde, organizado em diferentes níveis de complexidade das ações e dos serviços de saúde, hierarquicamente.

Apesar disso, esse acesso não é atribuído de maneira igual a todos os indivíduos, daí a necessidade de tratar das desigualdades e discutir a equidade pertinentes à saúde, pois relacionam-se a situações que implicam algum grau de injustiça. Desse modo, torna-se imprescindível demonstrar a importância da aplicação da teoria de justiça de John Rawls enquanto equidade ao contexto de acesso à saúde.

A importância do pensamento de Rawls está intimamente relacionada ao fato de que, para o autor, a teoria da justiça equitativa representa um conjunto de princípios normativos escolhidos como o mais imparcial para garantir o funcionamento da democracia constitucional.

Mesmo não tratando diretamente da saúde, nota-se que Rawls adota a ideia de que as instituições devem proteger a saúde a fim de salvaguardar o leque de liberdades e oportunidades que sua teoria defende e é, nesse ponto, que Norman Daniels fundamenta a saúde enquanto uma questão de justiça, amparando a saúde no seu papel de proteção de liberdades e oportunidades na vida das pessoas. Isto é dizer que Daniels afirma que a teoria *rawlsiana* compreende a saúde enquanto um bem valioso a todos os indivíduos não importando suas concepções de bem ou preferências, porque a saúde influencia na concretização dos planos racionais de vida. Portanto, inclui entre as instituições garantidoras de igualdade equitativa de oportunidades aquelas responsáveis por prestar assistência à saúde, vez que tanto doenças quanto deficiências restringem as oportunidades que seriam abertas aos indivíduos.

Então, a saúde passa a ser tratada de forma vinculada ao princípio de igualdade equitativa de oportunidades na medida em que esta é fundamental para garantir a participação dos indivíduos dentro da sociedade, permitindo a concretização de suas expectativas, daí porque ser tratada como uma questão da justiça. Apesar do longo caminho traçado, esse acesso ainda não se dá efetivamente de modo igual.

Nesses termos é que se objetiva discutir a possibilidade de se considerar a mediação enquanto espécie do gênero justiça consensual, visto que facilita a expressão do dissenso, definindo um veículo capaz de administrar a discordância e chegar a um entendimento

democrático através da comunicação e do diálogo. Nisso nota-se a promoção da igualdade democrática e a minoração da diferença social existente, mediante o restabelecimento das relações sociais tal qual previsto na concepção igual de justiça.

1 MÉTODOS

O presente trabalho resultou de uma dissertação de mestrado, que se tratou de uma pesquisa qualitativa, descritiva e exploratória. Através da pesquisa bibliográfica e documental, buscou-se analisar a judicialização da saúde e propor a mediação sanitária como um importante instrumento de justiça consensual, tendo como referencial teórico John Rawls e Norman Daniels.

2 RESULTADOS

Com a mediação, um meio extrajudicial alternativo de resolução de conflitos, há a facilitação do dissenso, pois se trata de um veículo capaz de administrar a discordância e permitir um entendimento democrático por meio da comunicação e do diálogo. Nesse sentido, fica clara a promoção da igualdade democrática e a minoração da diferença social existente, mediante o reestabelecimento das relações sociais assim como previsto na concepção igual de justiça.

Essa noção de mediação enquanto instrumento facilitador da comunicação entre as partes que geram as demandas de saúde aproxima o acesso a saúde da noção de justiça na medida em que se notaria a contemplação de mecanismos de regulação e ajustes contínuos das iniquidades, vez que as instituições devem garantir com equidade a realização dos planos de cada indivíduo.

3 DISCUSSÃO

O conceito de saúde é compreendido a partir de um amplo rol de ciências que não se limita à medicina, mas alcança a sociologia, a antropologia, a filosofia e o próprio direito. Este conceito, por muito tempo, reduziu-se à dicotomia existente entre saúde e doença, de modo que se compreendia a primeira enquanto a ausência da segunda (CURREA-LUGO, 2005).

Atualmente, a saúde pode ser caracterizada enquanto uma temática pluridimensional, pois se trata de um direito humano compreendido como instrumental tanto individual quanto social. Sendo assim, tem sua efetividade limitada por circunstâncias naturais e socioeconômicas, tal como, ao mesmo tempo, é um elemento capaz de originar mudanças de posturas e ações nos indivíduos, na sociedade, nos governos dos Estados nacionais e nas organizações internacionais, objetivando a melhor qualidade de vida possível para as populações (RAMOS, 2012).

Em seu preâmbulo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade, estabelecendo que gozar do melhor estado de saúde que se possa atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sendo a saúde de todos essencial para conseguir a paz e a segurança (OMS, 1946). A partir deste momento conceitual, o direito

social à saúde - enquanto direito fundamental da pessoa humana - teve pela primeira vez o reconhecimento internacional.

Saúde então passa a se relacionar com a possibilidade de desenvolvimento de atividades do cotidiano, não se restringindo mais aos estudos dos fatores biológicos, microbiológicos ou das enfermidades, mas procura compreender os fatores sociais (BARATA, 2005). Trata-se de um conceito que incorpora a noção de equilíbrio, bons hábitos, conhecimentos básicos acerca de cuidar-se, higiene, práticas de exercícios físicos, e outros mais.

No Brasil, essa noção de direito começou a ser discutida a partir da superação do aspecto autoritário e antidemocrático que se presenciou durante o período da Ditadura Militar, através do processo de redemocratização que se iniciou a partir de 1985 com as propostas do movimento de Reforma Sanitária.

A partir disso, foi possível perceber que a introdução da saúde no rol dos direitos sociais brasileiros se deu, sobretudo, como resultado da força dos movimentos populares da redemocratização política em que houve o fenômeno, até então inédito, de participação expressiva da população em busca da definição dos grandes objetivos constitucionais (DALLARI, 2008).

Seguindo os ensinamentos de Dallari (2008), com essa inovação constitucional deve-se procurar compreender o significado da afirmação do direito à saúde que envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças.

Fazendo um panorama desse direito dentro da Carta Magna, tem-se que o artigo 6º garante ao direito à saúde a posição enquanto direito social onde dispõe-se que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ou seja, a saúde é um direito de todos que deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem reduzir o risco de doença e outros agravos, tal como deve ser de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988), constituindo um direito público subjetivo tutelado constitucionalmente (DALLARI, 2013).

É nesse contexto de proteção ilimitada que a integralidade se apresenta enquanto um importante princípio do direito à saúde, segundo o qual o dever do Estado não pode mitigar-se ou dividir-se uma vez que a saúde, como bem individual, coletivo e de desenvolvimento, pressupõe uma abordagem integral que a envolva em todos os seus aspectos (DALLARI, NUNES; 2010).

Abandona-se a perspectiva da saúde enquanto coibição da propagação de doenças, dando-se ao Estado a obrigação de garantir a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação. A saúde torna-se um dever constitucional do Estado, representando um direito social efetivo pautado em princípios jurídicos, cujo acesso deve ser para todos, é universal – pertencentes aos brasileiros e estrangeiros que assim necessitarem -, e gratuito, visto que a finalidade é promover o direito (PRADO, 2012).

Compete, portanto, ao Estado garantir a saúde do cidadão - individualmente - e da coletividade – publicamente - por meio das políticas públicas. Resta claro que a saúde é um conceito amplo e a simples apresentação da sua construção normativa revela a complexidade do direito a saúde no Brasil (DALLARI, 2008). No entanto, mais importante do que conceituar

o direito à saúde, ou apenas assegurá-lo, é possibilitar que ele seja acessado pela população. Isso porque “não se cria igualdade por Lei, ainda que não se consolide a igualdade sem Lei” (FLEURY, 1997, p.34).

As desigualdades sociais em saúde manifestam-se em relação ao estado de saúde e ao acesso e uso de serviços de saúde para ações preventivas ou assistenciais (BARATA, 2009). Isto é, esse acesso não é realizado de maneira igual por todos os indivíduos, daí a necessidade de tratar das desigualdades e discutir a equidade relacionadas à saúde que estão profundamente ligadas nos cenários políticos nacionais e internacionais, às políticas sociais e econômicas, e a fenômenos como globalização e crescimento econômico (SANCHEZ; CICONELLI, 2012).

O conceito de desigualdade estudado a partir da presente pesquisa não está reduzido apenas a diferenças entre indivíduos ou grupos de indivíduos definidos com base em características biológicas, estando repleta de conteúdo político e conotações de injustiça social e desrespeito aos direitos humanos (BARATA, 2009).

Considerando todas as características e princípios que permeiam o conceito de saúde, tais como os abordados no tópico anterior, resta bem claro que esta possui um papel fundamental no desenvolvimento dos indivíduos dentro da estrutura social, sendo considerada um direito de todos. É inegável que sua não concretização possui fortes impactos nos planos de vida de cada cidadão. No entanto, por prezar pela integralidade, universalidade e igualdade, espera-se que seu acesso se dê efetivamente dentro de uma democracia que busque pelos ideais de justiça, fornecendo oportunidades de acesso a todos, mas para compreender sua imprescindibilidade é importante discutir aspectos essenciais da teoria de justiça aqui adotada.

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, razão pela qual leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas se injustas, ainda que sejam eficientes e bem organizadas. Isso decorre do fato de que cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Sendo assim, a noção de justiça nega a possibilidade de se justificar a perda da liberdade de alguns por um bem maior partilhado pelos outros, não permitindo que sacrifícios impostos a uns poucos possam ter menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos (RAWLS, 2000).

A partir disso, exige-se um conjunto de princípios que possibilite escolher entre as várias formas de ordenação social que determinam como se dará essa divisão de vantagens e que possa selar um acordo a respeito das partes distributivas adequadas – os chamados princípios da justiça social (RAWLS, 2000). Esses princípios de justiça social “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 5), e a aceitação destes é a base da legitimidade.

Por conta disso, conforme será demonstrado, defende o autor que o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, especificamente no que diz respeito a maneira que as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais, determinando a divisão de vantagens provenientes da cooperação social (SCANLON, 1973).

A importância do pensamento de Rawls está intimamente relacionada ao fato de que, para o autor, a teoria da justiça equitativa representa um conjunto de princípios normativos escolhidos como o mais imparcial para garantir o funcionamento da democracia constitucional (SOUSA, 2015).

Contudo, conforme os estudos de Ramos (2014), resta claro, em pelo menos dois pontos, que Rawls não trata com relevância da saúde na elaboração de sua teoria. Em primeiro lugar, isso se evidencia na abstração das questões relacionadas à saúde na posição originária, e em segundo, na irrelevância da saúde enquanto um bem básico a considerar.

Para De Mario (2013), com fulcro nos esboços de Daniels, Rawls não levanta uma teoria distributiva de saúde porque, para ele, ninguém está doente, isto é, a falta de condições de saúde não está dada por uma sociedade bem ordenada porquanto nesta os indivíduos são ativos e plenos durante o curso de suas vidas. Sendo assim, deve-se analisar com cautela em que ponto se insere a proteção desse direito e como as instituições sociais a ele relacionadas têm cumprido seu papel, e é possível conceber esse pensamento a partir das proposições de Rawls ainda que ele não desenvolva a ideia de saúde de maneira específica, porque entende-se que na posição original as partes buscam evitar quaisquer condições sociais que influenciem na fragilização do respeito próprio (RAMOS, 2014).

Então, tratando-se da saúde, mesmo se um tratamento não resultasse em efeitos adversos perceptíveis nos menos favorecidos, seria possível considerar esse fato enquanto desigualdade ao respeito próprio, daí a justificativa de um direito ao acesso igualitário (RAMOS, 2014).

Apesar de se esquivar de esmiuçar o alcance dos bens naturais, quando inclui os serviços de cuidados em saúde como um bem social, o teórico demonstra adotar a ideia de que “as instituições devem proteger a saúde a fim de salvaguardar o leque de liberdades que sua teoria defende, assim como as oportunidades que as pessoas devem ter” (PARANHOS *et al*, 2018, p.1007).

Considerando essa lógica, Norman Daniels (1985) fundamenta um direito a saúde enquanto uma questão de justiça, estendendo a aplicação da teoria de John Rawls, pois acredita que esta possui os elementos necessários para estabelecer uma distribuição equitativa de saúde, destacando que “os cuidados em saúde têm o papel moral de garanti-la e, assim, proteger as liberdades e oportunidades de vida das pessoas” (PARANHOS *et al*, 2018, p.1007). Ele compreende a saúde como um bem valioso a todos os indivíduos não importando suas concepções de bem ou preferências, porque a saúde influencia na concretização dos planos racionais de vida (DANIELS, 2008).

Daniels inclui entre as instituições garantidoras de igualdade equitativa de oportunidades aquelas responsáveis por prestar assistência à saúde, considerando que tanto doenças quanto deficiências restringem as oportunidades que seriam abertas aos indivíduos. A proteção da saúde, em todas as suas formas contribui para manter em um nível próximo da normalidade as capacidades dos beneficiários (AÑÓN, 2009).

Sendo assim, é imprescindível compreender as correlações entre os resultados de saúde e as desigualdades sociais para tratar de questões fundamentais sobre a política social e a justiça distributiva (MACHADO, 2015).

Sintetizando, Daniels (1985) defende seu posicionamento quanto à teoria de Rawls argumentando que poderia simplesmente adicionar os cuidados de saúde à lista dos bens primários. Então seu principal fundamento para a extensão da teoria de Rawls é afirmar que a ausência de saúde restringe o leque de oportunidades dos indivíduos, impactando em suas expectativas de vidas (AÑÓN, 2009).

Então, a saúde deixa de ser vislumbrada apenas enquanto um bem primário, passando a ser tratada de forma vinculada ao princípio de igualdade equitativa de oportunidades na medida em que esta é fundamental para garantir a participação dos indivíduos dentro da sociedade, permitindo a concretização de suas expectativas, daí porque ser tratada como uma questão de justiça (DE MARIO, 2013). Em outras palavras, a saúde é tratada em seu sentido amplo e com *status* moral especial a ser protegido pelos princípios de liberdade, diferença e igualdade de oportunidades (PARANHOS *et al*, 2018).

Em seus estudos, De Mario (2013, p. 59) chega a conclusão de que, para Daniels, uma sociedade que não afirma aos seus integrantes condições de uma vida saudável “será

invariavelmente injusta, pois não assegurará a todos as mesmas condições e oportunidades para realizarem de suas vidas algo valoroso, nem de desenvolverem as condições necessárias para se tornarem plenos e cooperativos”. A saúde, portanto, tem um *status* moral especial que não se trata da questão do cuidado, mas que é tomado em seu sentido amplo o suficiente para incluir os seus potenciais determinantes sendo essencial protegê-la (PARANHOS *et al*, 2018).

Conclui-se que, para Daniels, a saúde tem importância moral porque a proteção do funcionamento normal ajuda a proteger as oportunidades dos indivíduos integrantes das sociedades (DE MARIO, 2013). Para ele, resta evidente que se deve tratar a saúde com importância por conta de sua forte influência no leque de oportunidades dos indivíduos. Esses obstáculos ao funcionamento normal afetam as capacidades dos indivíduos, constituindo a proteção a saúde enquanto obrigação social (DANIELS, 2008; AÑÓN, 2009).

Corroborando com esse ponto de vista, afirma Barata (2009) que entre os princípios para ação política devem estar o compromisso ético com a equidade; a preocupação com todo o gradiente de desigualdades e não apenas com os extremos da distribuição ou diferenças individuais e a atuação na vida cotidiana considerando ser nesta que se experimenta o impacto da estrutura social (BARATA, 2009). É imprescindível buscar por um sistema de proteção de saúde capaz de possibilitar as pessoas iguais oportunidades para gozar do mais alto nível possível de saúde (AÑÓN, 2009).

Uma consideração acerca da saúde justa deve ajudar a determinar quais desigualdades na saúde são injustas e quais são aceitáveis. O reconhecimento dessas distinções colabora para remediar a injustiça e estabelecer instituições, de fato, justas. A justiça como equidade demonstra o que a justiça exige da distribuição de todos os fatores controláveis determinantes da saúde (DANIELS, 2008).

É nesse sentido que se relaciona a necessidade de saúde justa com a judicialização. Embora seja difícil precisar o início da judicialização em cada área de política pública, pode-se afirmar que no caso da saúde a instauração se deu com a redemocratização e a promulgação da nova Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2019).

Retomando as informações dos tópicos anteriores, resta claro que a saúde é parte integrante de outros direitos; assim como também é limite para o exercício de determinados direitos; e por fim, direito propriamente dito e reconhecido (CURREA-LUGO; 2005).

Mas apesar de sua importância, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi a primeira a balizá-la em seus artigos 6º e 196, estabelecendo-o enquanto fundamental e exigindo a assunção desses deveres pelo Estado.

Rompendo, portanto, com um paradigma de conceito de saúde simplista, a Carta Magna, em seu artigo 196, eleva esse conceito à “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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Com o abandono da perspectiva da saúde enquanto coibição da propagação de doenças, coube ao Estado a obrigação de garantir a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação, pautados na universalidade e demais princípios já abordados (PRADO, 2012).

Nada obstante, apesar dos esforços da Constituição, o que se percebe na realidade brasileira são problemas que impossibilitam ou embaraçam o acesso adequado aos programas e serviços de saúde, tais como a capacidade econômica dos indivíduos para arcar com os custos dos medicamentos ou procedimentos e intervenções cirúrgicas apontados por médicos especialistas como algo necessário.

Como consequência, resta claro que, considerando essas dificuldades enfrentadas pelo Estado, principalmente relacionadas “ao subfinanciamento crônico de um sistema de saúde eminentemente universal, a Administração Pública não tem logrado êxito em atender às diretrizes constitucionais e legais, permanecendo em mora perante os cidadãos” (ASENSI, LOPES, SILVA, 2017, p.292).

A alta intensidade de demandas judiciais relativas à saúde reflete essa busca pela efetividade do acesso aos meios materiais para o seu alcance, resultando na possibilidade de tomada de decisões, pelo judiciário, sobre matérias que geralmente não lhe competem. A esse fenômeno de transferências de poder de decisão para o judiciário tem se atribuído a designação de “judicialização da política”.

Especificamente em relação ao direito à saúde, pode-se afirmar, conforme Duarte (2017), que a questão ganhou maiores proporções porque, ao disciplinar essa matéria, a Constituição acolheu o princípio da universalidade em sua dimensão objetiva – atendimento integral e proteção contra todos os riscos – e subjetiva – direito de todos e dever do Estado -. Desse modo, além de novas obrigações jurídicas, o Estado teve que organizar a estrutura e recursos públicos para respeitar, proteger e implementar a saúde através de redes de serviços públicos. Ou seja, o reconhecimento do direito de todos à proteção integral se tornou um dos fatores de maior contribuição para o impulso da judicialização, pois em caso de omissão o direito poderia, agora, ser exigido de forma judicial (DUARTE, 2017). A redemocratização do Brasil, que trouxe consigo uma ressignificação do conceito de cidadania, estabeleceu um direito mais amplo à saúde (SILVA, SCHULMAN; 2017).

Para Tate e Vallinder (1995), essa judicialização ocorre quando o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre um determinado conflito que envolve decisões de um poder político, dirimindo o litígio de forma resolutiva. Nota-se, a partir disso, uma significativa expansão desse poder em relação aos demais.

Isso representa uma situação irregular na medida em que não é o Poder Judiciário o órgão a decidir de modo abrangente quanto e como a administração pública deve gastar, principalmente porque questões relativas a políticas públicas ultrapassam significativamente a esfera individual (também relevante), não sendo possível compreender e dar conta da complexidade das políticas públicas sem considerar o ponto de vista macro (DUARTE, 2017).

Há, portanto, uma lacuna entre o exercício do direito à saúde e os meios que não são disponibilizados pelo Estado de maneira adequada. O direito não se esgota na lei, de modo que algumas decisões judiciais se tratam de produtos da fragilidade gerada pelo próprio sistema, ou seja, os atuais modelos de resolução de conflitos tornaram-se insuficientes e isso tem resultado em tribunais sobrecarregados, evidenciando a urgência por novas maneiras de assegurar o direito à saúde (POLAKIEWICZ, TAVARES; 2017). Como consequência, o fenômeno da judicialização da saúde tem se dado em todo o país, provocando verdadeira crise no Judiciário que não soluciona os conflitos com a celeridade e eficiência que se espera nas demandas de saúde. A partir disso, surge a necessidade de meios eficientes para a solução de conflitos, e é nesse ponto que surge como forte instrumento de desjudicialização a mediação sanitária (OLIVEIRA *et al*, 2016).

De modo geral, a mediação é um meio extrajudicial alternativo de resolução de conflitos no qual chama-se um terceiro para auxiliar as partes a chegarem a uma solução ou acordo. É um meio de se exercer a cidadania e obter efetivo acesso à justiça. Tal a sua importância, que em 26 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.140, que define o instituto como “uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015, [s.d]; OLIVEIRA *et al*, 2016).

Essa técnica não é recente e consiste em um mecanismo pelo qual um terceiro desinteressado - ou parte neutra - tenta que as partes discutam o conflito para construir, entre elas, a solução da disputa, e pode se dar no âmbito judicial ou extrajudicial. Não pode ser imposta, e a recusa em participar do procedimento deve ser livre de qualquer sanção a todas as partes envolvidas (D'ANTÔNIO, 2016).

No Brasil, a prática da autocomposição começou a ganhar forma com o Código de Processo Civil de 1973, com a previsão de audiência de conciliação quanto ao procedimento sumaríssimo, e a partir da Lei dos Juizados (Lei 9.099 de 1995) devido a possibilidade de transação no âmbito penal. Dada a sua importância, a normatização legal da mediação se deu com o Novo Código de Processo Civil (NCPC/2015), que trouxe para o direito brasileiro o princípio da cooperação que incentiva o diálogo e a colaboração das partes entre si e delas com o juiz (D'ANTÔNIO, 2016).

O que se nota é que a resolução de conflitos mediante a jurisdição contenciosa muitas vezes não agrada a nenhuma das partes envolvidas e demora excessivamente, gerando gastos e transtornos excessivos para os indivíduos. Além disso, em uma sociedade desejavelmente evoluída, o contencioso deveria ser o último degrau galgado, sendo uma opção apenas a partir do insucesso dos meios apropriados, adequados ou amigáveis. Nesse sentido, a mediação irá demandar – necessariamente – um ambiente de cooperação e colaboração (PINHO, ALVES; 2015).

Em decorrência da alta demanda por bens e serviços de saúde, é necessária a adoção de uma nova prática e nova cultura no âmbito do sistema de saúde, e é neste ponto que surge a mediação sanitária (OLIVEIRA *et al*, 2016; DELDUQUE, CASTRO, 2015). Nessa matéria, a jurisdição por vezes não é capaz de oferecer a solução adequada a certos tipos de conflito por desconhecer o campo posto a julgamento ou por apenas aplicar a lei ao caso concreto.

O poder Judiciário, ao garantir esse bem ou serviço integrante do direito à saúde, ultrapassa os limites das suas funções – aplicar a lei ao caso concreto e interferir de maneira reflexa nas políticas públicas – e prejudicando a equidade em saúde. Esses conflitos demonstram que os sistemas políticos, jurídico e médico-sanitário atingiram seu esgotamento, de modo que o Judiciário já não responde mais eficazmente à pacificação dessa controvérsia, até mesmo por desconhecer o campo do conhecimento do tema posto a seu julgamento. Tem-se, portanto, no exercício de um direito fundamental dos cidadãos uma consequência de sérios prejuízos políticos. A judicialização das políticas públicas de saúde não é razoável para o sistema sanitário nem para o sistema de justiça (DELDUQUE, CASTRO; 2015).

A mediação enquanto método pacífico de gestão de conflitos pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso, pondo fim aos iniciados ou mesmo reduzindo seu alcance (DELDUQUE, CASTRO; 2015).

A mediação sanitária, especificamente, parte do pressuposto de que a atuação solitária de qualquer ator envolvido não contribui para a necessária efetivação do direito a saúde. Desse modo, é um instrumento que busca garantir a participação de todos que formam o Sistema de Saúde (setor público; sociedade; órgãos do judiciário e auxiliares da justiça) na concretização do acesso justo (SAMPAIO; ALVES, 2019). Espera-se por meio desta realizar uma lenta transformação da sociedade brasileira para a criação da cultura do consenso e cooperação na composição das disputas, aceitando-se um conceito de justiça polissêmico (RIBEIRO, 2018).

Para Delduque (2015, p.6), trata-se de um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde, de ordem interna - assistenciais, organizativos e entre profissionais -, e externa – conflitos sociais e legais - que criam condições para a judicialização. Por essa lógica de vigilância permanente, a mediação sanitária também pode antever os conflitos, possibilitando

a prevenção de seus efeitos através da construção e constante atenção ao mapa dos conflitos, possibilitando que o sistema de saúde opere de maneira mais eficaz (DELDUQUE, CASTRO; 2015).

A mediação sanitária enquanto instrumento de solução de conflitos de saúde possui uma “proposta reformadora, moderna, democrática e solidária e de necessidade evidente na construção do direito a saúde, de forma integral, universal, igualitária e humanizada” (ASSIS, 2013, p. 471).

Embora os órgãos do Poder Judiciário estejam em constante esforço para diminuir a litigância na saúde (DELDUQUE, CASTRO; 2015), ainda há latente necessidade de uma nova postura para lidar com as resoluções de conflito de saúde, pois são urgentes. O modelo tradicional que direciona questões a serem discutidas através do Poder Judiciário tem levado ao crescimento do número de processos na justiça.

Essa busca por soluções sanitárias mediadas confere maior legitimação social e maior probabilidade de acerto na organização dos serviços, pois deve envolver a participação de juízes, promotores de justiça, defensores públicos, prefeitos, secretários, e demais órgãos a fim de deliberarem sobre a responsabilidade coletiva na execução do direito à saúde (ASSIS, 2013).

A mediação sanitária traz vastos benefícios, principalmente por conta da promoção de diálogo entre os atores envolvidos – pois proporciona relações menos adversariais e mais colaborativas – e por priorizar a construção de soluções que busca, conjuntamente, pelo aperfeiçoamento do sistema como um todo (CRUZ, NEZ; 2017).

Seguindo essa lógica, é impossível não associar a mediação ao pensamento rawlsiano. Ora, a ideia norteadora da teoria de justiça é que seus princípios estruturadores da sociedade são objetos do consenso original. Isto representa a igualdade entre os seres humanos, trata-se do equilíbrio que associa princípios e opiniões na medida em que o objeto da justiça é a estrutura social, um empreendimento cooperativo para a vantagem do todo (RAWLS, 2003).

A possibilidade de se estabelecer a mediação como instrumento facilitador da comunicação entre as partes que geram demandas de saúde aproxima o acesso à saúde da noção de justiça na medida em que se notaria a contemplação de mecanismos de regulação e ajuste contínuos das iniquidades, pois as instituições devem garantir com equidade a realização dos planos de cada indivíduo (RAWLS, 2003). Além disso, trata-se de um instrumento consensual de resolução de lides que possibilita o fortalecimento de relacionamentos de confiança e respeito entre os litigantes, e encerra relações com o mínimo de custos e danos psicológicos (GHISLENI, SPENGLER, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de propor quaisquer conclusões definitivas acerca do tema, a presente pesquisa teve como escopo estudar a judicialização da saúde sob a ótica da teoria de justiça rawlsiana.

Por meio da presente pesquisa considera-se que a mediação proporciona um melhor espaço de atendimento a saúde do indivíduo, garantindo um ambiente que responda melhor as demandas conforme a competência de cada órgão federativo, evitando conflitos na justiça, ao mesmo tempo em que coopera para o fortalecimento de um sistema que distribui direitos, obrigações, assegurando as liberdades e o leque de oportunidades de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

AÑÓN, Lema Carlos. **Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social**. Madrid: DYKINSON, 2009.

ASENSI, Felipe Dutra; LOPES, Luciano Motta Nunes; SILVA, Aluísio Gomes da. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 1, 2017, p. 285-320. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n1/2179-8966-rdp-8-1-0285.pdf>> Acesso em ago. 2020.

ASSIS, Gilmar de. A ação institucional de mediação sanitária: direito, saúde e cidadania. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v.2, n.2, p. 460-471, jul./dez., 2013. Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário / II Congresso Brasileiro de Direito Sanitário. Disponível em: < <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/98/140>> Acesso em 2 jan. 2021.

BARATA, Rita Barradas. **Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009.

BARATA, Rita Barradas. Epidemiologia social. **Revista brasileira de epidemiologia**, v. 8, n. 1, São Paulo, mar. 2005, p. 7-17.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015.

CRUZ, Marco Túlio Thomé da; NEZ, Brunna Agostini de. **A contribuição da mediação sanitária para a desjudicialização do direito à saúde**. V Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: V Mostra de Trabalhos Científicos. Unijuí, 2017. Disponível em: < <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8658>> Acesso em 15 jan. 2021.

CURREA-LUGO, Víctor. La salud como derecho humano: 15 requisitos y una mirada a las reformas. **Cuaderno Deusto de Derechos Humanos**. Nº 32. Bilbao. Universidad de Deusto, 2005.

D'ANTÔNIO, Suzete de Souza. Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível. **Cadernos ibero-americanos de Direito Sanitário**. Brasília, nº5, p.8-22, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista De Direito Sanitário**, 9 (3), 9-34. 2008. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>> Acesso em 13 jul de 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. In: **Direito sanitário e saúde pública**. Vol 1. Coletânea de textos. Brasília-DF. Ministério da Saúde 2003. Disponível em: < https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34304/1/LIVRO_direito_san_v1.pdf> Acesso em 10 de julho de 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes Republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da

proteção do direito à saúde nas constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolau. **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: ESMPU: FIOCRUZ, 2013.

DANIELS, Norman. **Just Health Care: studies in philosophy and health policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DANIELS, Norman. **Just health: meeting health needs fairly**. New York, Cambridge: Cambridge University Press; 2008.

DE MARIO, Camila Gonçalves. **Saúde como questão de Justiça**. Tese de Doutorado. IFCH – UNICAMP, Campinas: SP, 2013.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde. *Rev. Saúde debate* V.39, n. 105, p. 506-513, 2015.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico: a experiência do Grupo de Pesquisa em Direitos Sociais e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50-62.

FLEURY, Sônia. **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial; 1997.

GHISLENI, Ana Carolina. SPENGLER, Fabiana Marion. A justiça como equidade na teoria de John Rawls: a mediação enquanto política pública de sua concretização). **Desenvolvimento em questão**. Ed. Unijuí, v. 9, n. 18, p. 5-29, 11 nov. 2011. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/15>> Acesso em 03 de jan. 2021.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes, et al. Mediação: um meio de desjudicializar a saúde. **Tempus, actas de saúde colet**, Brasília, v. 10, n.1, p.169-177, 2016.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Genebra: OMS, 1946.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello e et al. As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 119, p. 1002-1011, Oct. 2018. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042018000401002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de julho de 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. **Revista de informação legislativa**. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509924/001024273.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 19 jan. de 2020.

POLAKIEWICZ, Rafael Rodrigues; TAVARES, Cláudia Mara de Melo. Judicialização, jurisdicização e mediação sanitária: reflexões teóricas do direito ao acesso aos serviços de saúde. **Revista Pró-UniverSUS**, p. 38-43. 2017. Disponível em: <<http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/RPU/article/view/885/701>> Acesso em 04 de jan. 2021.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação da Faculdade de Direito Sul de Minas. Porto Alegre: Minas Gerais, 2012.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Direito à saúde, direito à igualdade e universalidade: uma análise de concepções de saúde e da atuação de organismos internacionais nas políticas públicas sanitárias na região das Américas**. Tese (Doutorado em Políticas Públicas). Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2012.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito à saúde**. São Luís: EDUFMA, 2014.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.^[1]_[5EP]

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Wesley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 18, n.3, p. 62-76, 2018. São Paulo.

SAMPAIO, Amanda Inés Moraes; ALVES, Rebecca Falcão Viana. A mediação sanitária como alternativa à judicialização do direito à saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**. Goiânia, v. 5, n.1, p.1-20. 2019.

SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. **Conceitos de acesso à saúde**. Rev. Panam. Salud Publica, v. 31, n. 3, p. 260-268, 2012.

SCANLON, Thomas Michael. Rawls' **Theory of Justice**. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, No. 5, p. 1020-1069 Published by: The University of Pennsylvania Law, 1973.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. **The de-judicialization of health: mediation and interinstitutional dialogues**. Brasília, v. 25, n. 2, p.290-230. 2017. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000200290&lng=en&nrm=isso> Acesso em ago. 2020.

SILVA, Delmo Mattos da; RAMOS, Edith. Justiça social e direitos sociais em Rawls: Direito à saúde e garantias de qualidade de vida com equidade. Universidade de Santa Cruz do Sul. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 112-129, maio/set. 2017. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9647>> Acesso em 2 de jan. 2021.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Justificação pública: a função da ideia de estrutura básica da sociedade em Rawls**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 197-211, Jun 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2011000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 Ago. 2020.

SOUSA, Lídia Cunha Scharamm de. **A eficácia das decisões judiciais no Maranhão: judicialização da saúde e o acesso às unidades de tratamento intensivo neonatal**. 2015. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito e instituições do Sistema de Justiça). Universidade Federal do Maranhão, São Luís. 2015.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University.