

CONASS

para entender a gestão do SUS

2015

DIREITO À SAÚDE

Artigo

A MEDIAÇÃO SANITÁRIA COMO NOVO PARADIGMA
ALTERNATIVO À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS
DE SAÚDE NO BRASIL

Maria Célia Delduque

© 2015 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total deste artigo, desde que citadas a fonte e a autoria.

Este artigo faz parte da publicação *Direito à Saúde*, da coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015*.

A coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015* está disponível gratuitamente para *download* no site www.conass.org.br.

**Os artigos publicados traduzem a opinião dos seus autores. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate e refletir as diversas opiniões e pensamentos.
Direitos de reprodução cedidos ao CONASS.**

Organização da Coleção

René Santos

Coordenação do Livro

Alethele de Oliveira Santos

Edição

Adriane Cruz

Tatiana Rosa

Revisão Ortográfica

Sem Fronteira Idiomas

Projeto Gráfico e Diagramação

Marcus Carvalho

A Mediação Sanitária como novo paradigma alternativo à judicialização das políticas de saúde no Brasil

Maria Célia Delduque¹

A famosa obra *O Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth (1996) nos conta que o acesso à justiça teve seu primeiro conceito forjado nos estados liberais burgueses em que a solução dos litígios e o acesso à justiça eram basicamente compreendidos como o direito do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Portanto, uma concentração exclusiva na justiça praticada nos tribunais judiciais, uma prática forense.

Com o aparecimento do *Welfare State* e a conquista dos direitos sociais, o aparecimento do sujeito empregado, consumidor, inquilino e cidadão fez que o acesso à justiça passasse a ser uma preocupação do Estado garantidor dos direitos sociais. O acesso efetivo à justiça passou a ser considerado como um requisito mais básico— um direito humano mais fundamental – no sistema legal da modernidade, que pretendia garantir e não somente proclamar esse direito básico de todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1972).

O acesso à justiça para os autores pode ser explicado por movimentos ou ondas. Tais ondas, embora sucessivas, convivem harmoniosamente no tempo, valendo-se uma das outras para a completa fruição do direito universal à justiça para todos. Assim, para os autores, as três ondas que representam os principais movimentos processualísticos para indivíduos e grupos ao pleno acesso à justiça não são processos que deixaram no passado suas práticas, para serem sucedidas por soluções mais novas de ampliação e garantismo de acesso a um sistema de justiça, mas movimentos que se ampliaram para abarcar um número maior de possibilidades de justiça para alcançar a todos os cidadãos.

São três ondas de acesso à justiça. A primeira onda, ou a primeira solução de garantia de acesso, é o assessoramento legal, ou seja, a ajuda legal aos mais pobres; a segunda onda se caracteriza pelas reformas cujo objeto é dar representação legal aos interesses difusos; e a mais recente, a terceira onda, é a que se propõe ao enfoque do acesso à justiça de uma forma mais articulada e completa. Esta, objeto deste artigo.

Para os autores, a assistência judiciária aos mais carentes, a primeira onda do acesso à justiça, foi, em verdade, “os primeiros esforços importantes, para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais e concentram-se mais adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos aos pobres” (*op.cit.*, p.24).

Essa forma de propiciar o acesso à justiça desenvolveu-se em muitos países². No Brasil, a assistência judiciária gratuita é prestada por inúmeras entidades, mas especialmente pela Defensoria Pública³.

Único país do mundo a dar tratamento constitucional para a garantia do acesso das pessoas pobres à justiça, o Brasil ainda padece de organização de forma definitiva e concreta da Defensoria Pública em alguns estados brasileiros, além de manter um crônico déficit de aproximadamente 10.578 defensores públicos, em todo o país, o que acarreta, em consequência, um

1 Advogada, Doutorado em Saúde Pública pela FSP/USP e Pós-Doutorado em Direito pela *Universidad de Cantabria*, Espanha. Pesquisadora adjunta do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz Brasília.

2 Segundo Cappelletti e Garth (1972, p.27): “Na Inglaterra, em 1949 surge o *Judicare*. Um sistema gratuito de assistência onde o cidadão escolhia numa lista, com o nome dos advogados inscritos, um patrono para defendê-lo. Esses advogados eram remunerados pelo Estado”. Tratava-se de um sistema por meio do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os *advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*. A finalidade do sistema *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. (*op.cit.*, p. 28). O *Judicare* é espécie do gênero assistência judiciária gratuita, foi criada com o escopo de atender a uma parcela significativa da população, com remuneração prestada pelo Estado.

3 Art. 5º LXXIV CF/1988 – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

impeditivo acesso à justiça daqueles que dependem da assistência judiciária gratuita prestada pelo Estado (IPEA, 2003).

A segunda onda é a representação dos direitos difusos.

Os chamados direitos difusos estão dentro da ideia de novos direitos, que, aliás, não são tão novos assim; a maioria deles nasceu na Revolução Francesa, e outros tantos se incorporaram no ordenamento jurídico pátrio, bem antes de 1988. Caracterizam-se pela indefinição da titularidade e da indivisibilidade do direito perseguido.

O fato é que os conflitos envolvendo interesses difusos têm chegado ao Judiciário e esbarado em julgadores que não contam com uma tradição legal, porque o direito difuso é um direito novo. Tampouco contam com acervo doutrinário, pois ainda há pouca produção intelectual sobre o tema e, muito menos, com precedentes de decisões pretorianas que representem um pensamento jurídico novo, fazendo que as decisões aconteçam em uma seara absolutamente recente e não consensual.

Surgem as *classaction*, cuja decisão teria efeito sobre todos os indivíduos afetados, mesmo aqueles que não tivessem participado do processo. Na legislação brasileira é a Ação Civil Pública o instrumento processual cabível para ajuizar ações junto ao Poder Judiciário para demandar por direitos difusos. Mas também o Ministério Público tem outros instrumentos extrajudiciais para a proteção dos direitos difusos como o Termo de Ajustamento de Conduta. Igualmente as agências reguladoras têm a função de regular um mercado em que sujeitos indefinidos de direito, podem sofrer danos em seus direitos difusos e coletivos.

A terceira e última onda de acesso à representação legal e a mais ampla concepção de acesso à justiça é um novo enfoque que deve ser levado a efeito fora do circuito jurisdicional. Isso porque, assim como surgiram direitos materiais de terceira geração como defende Bobbio (2004), também surgiram direitos como à participação na decisão do conflito e no acesso à justiça, que se constituem em direitos processuais de terceira geração (CAPPELLETTI e GARTH, 1996).

O conceito de mediação, segundo a Diretiva 2008/52 da Comunidade Europeia é: “um procedimento estruturado, seja qual seja seu nome ou denominação, em que dois ou mais partes em litígio tentam voluntariamente alcançar por si mesmos um acordo sobre a resolução de um litígio com a ajuda de um mediador”⁴.

Para Vazquez de Castro (2010), essa maneira de resolver conflitos pela autocomposição, em que as partes contam com um terceiro neutro, mas que pode desempenhar um papel ativo no processo de adoção de acordos no sentido de superar o litígio é a mediação.

A mediação, como método de gestão pacífica de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e por fim aqueles iniciados ou reduzir o seu alcance. Assim, a mediação é espécie do gênero Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (Marc)⁵ e representa um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, representando um novo mecanismo que pode ser considerado e tenha o mesmo valor que os tribunais.

Os tribunais estão sobrecarregados e demonstram que este modelo de resolução de disputas encontra-se esgotado, sendo necessárias buscas alternativas.

A mediação é um processo privado, voluntário, confidencial, informal em que as partes podem discutir seus conflitos. A conversa pode ser facilitada por uma terceira pessoa neutra que ajuda as parte na obtenção de uma resolução do conflito (STOLLER, 2008).

4 Publicación por la Unión Europea Directiva 2008/52/CE art.3 § a) la mediación es un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismos un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. [Tradução livre da autora]

5 Também conhecidas como ADR (*Alternative Dispute Resolutions*). Nos anos 1970, surgiu na Universidade de Harvard, um sistema de pensamento denominado *Critical Legal Studies*, que tendo como representante o Doutor Derek Bok, antigo decano da Faculdade de Direito, constituía um movimento crítico sobre a situação do sistema judicial americano provocada pelo aumento de causas inconclusas ante os tribunais e gerando, ademais, uma oposição frente à tendência legislativa federal de normativismo excessivo. A *Pound Conference* de 1976 deu oportunidade de colocar a primeira pedra na construção do movimento da ADR, que se propõe a defesa de meios extrajudiciais e a resolução de conflitos modificando o monopólio dos tribunais (CEBOLA, 2013, p.34)

Para os autores Durkheim, Parsons e Pareto (*apud* WEHERMANN e DUARTE, 2002, p. 107), “o conflito é pertinente à vida conjunta dos seres humanos, é um componente tão fundamental da associação humana quanto à cooperação”.

Silva (*apud* CEBOLA, 2009, p.19) dispõe que:

O direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao Direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais.

Reconhecido o direito de acesso à justiça como um direito a recorrer a todos os meios legítimos, legais e válidos para solucionar conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais, resta analisar se esta orientação contraria a Carta Brasileira de 1988, na intenção de saber se tais modelos alternativos de resolução de conflitos estão albergados na Constituição.

Ante a previsão do artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que implica o poder de acudir-se de um tribunal para a resolução de um conflito jurídico é oportuno questionar, se nesse contexto, há admissibilidade dos meios extrajudiciais.

O fato é que os Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos (Marc) representam a adesão à cultura da pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida. Isso porque a solução pacífica é sempre preferível, inclusive economicamente, deixando por derradeiro a busca do aparato Judicial. Há uma atmosfera favorável para os Marc entendidos como instância legitimada para a solução de conflitos sociais pelo próprio meio social, gerando maior conscientização política e participação popular. Boaventura Santos (2005, p. 157) costuma afirmar que: “não me parece tão pouco que esses mecanismos de resolução dos litígios à margem do controle do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade”.

Desse modo, têm-se três formas de resolver os conflitos: a) as resoluções estatais, ou a heterocomposição dos conflitos, como hoje conhecidas as decisões judiciais; b) as resoluções estatais negociadas com as partes, ou a autocomposição, realizada no âmbito jurisdicional, prévia ao início do processo ou no âmbito de órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, Defensoria Pública e a Advocacia Geral da União; e c) as resoluções dos conflitos ou autocomposição dos conflitos, em âmbitos extrajudiciais, privados ou não⁶.

Segundo Martins (2008), o conhecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos apresenta-se superficial e confinado no compartimento de uma disciplina do conhecimento, requerendo expandir-se para novas plataformas sociais, políticas e jurídico-culturais. Concorde-se integralmente com a autora, especialmente diante do fenômeno da judicialização no campo da saúde, em que além de ser um movimento que asoberba o próprio Poder Judiciário, tem encontrado no setor da saúde um campo fértil para solapar todo o planejamento do sistema único que o organiza.

Dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (AGU, 2012) indicam que há crescente número de ações judiciais em matéria de saúde, nos últimos anos, sendo que, apenas em 2011, o total de novas ações atingiu o número de 12.811, apenas em nível federal (*op. cit.*). Isso equivale a um aumento de 15% se comparado ao número de processos iniciados no ano anterior.

São aquisições não programadas, não pertencentes ao normal planejamento do Setor da Saúde e acaba por implicar gastos extraordinários com processos administrativos de dispensas de licitação. Tais situações acabam por concorrer com o normal abastecimento do Sistema Único

6 Denominam-se autocompositivos os meios em que os sujeitos ativos da composição são os próprios indivíduos que se encontram em conflito, ao passo que os heterocompositivos se caracterizam pelo conflito que se resolve por obra de terceiros (GUASP, 1956, p.17 *apud* CEBOLA, 2013, p.29 *apud*).

de Saúde, que acarretam uma irregular divisão de esforços materiais, humanos e orçamentários para atender à judicialização.

O mesmo se passa no Poder Judiciário. O novo afluxo de processos na área de direitos sociais, entre eles o da saúde, fez que a jurisdição tivesse um aporte maior no já sobrecarregado sistema judicial. Segundo Serbena *et al.* (2013, p.80), em 2010, ingressaram no câmputo geral 24,2 milhões de novos processos na Justiça, somando-se aos 59,2 milhões de processos pendentes de sentença. Ademais, não há pesquisas específicas sobre o custo unitário de um processo judicial em matéria de saúde, mas o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em trabalho pioneiro sobre o custo de um processo judicial de execução fiscal pode dar uma ideia do custo individual de uma ação judicial para o Estado. Segundo o estudo, o valor individual de um processo de execução fiscal na justiça federal, em primeiro grau é de R\$ 7.063,74, o que poderia ser usado como parâmetro para o custo de um processo judicial na área da saúde, no âmbito do Poder Judiciário.

No Brasil, os litígios em matéria de saúde que possuem mais evidência são aqueles em que o acesso é o objeto material da demanda. De um lado está o cidadão enfermo, demandando ações ou insumos de saúde contra o Estado provedor de serviços públicos de saúde, que por razões de ausência do serviço ou não previsibilidade do mesmo em políticas públicas o deixa de oferecer. Trata-se de um “enfrentamento social” que ganhou proporções epidêmicas e que os mecanismos clássicos de resolução dos conflitos acabaram por produzir externalidades negativas para o Sistema Único de Saúde, já debilitado por razões diversas.

A mediação, como método de gestão pacífica de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e por fim aqueles iniciados ou reduzir o seu alcance. Assim, a mediação é espécie do gênero Marc e representa esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, representando um novo mecanismo que pode ser considerado e tenha o mesmo valor que os tribunais.

A questão ganha maior importância frente à Resolução n. 127 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conhecida como Política Judiciária Nacional, que entre outras, prevê o movimento pela conciliação.

Desde 2006, a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) do Ministério da Justiça, em ação conjunta com o CNJ, vem capacitando mediadores por meio da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam), com o intuito de realizar uma lenta transformação da sociedade brasileira no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça. Os sucessivos cursos de mediadores são voltados para operadores do Direito, membros da academia e da sociedade civil.

A Mediação Sanitária é um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações em saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, daí advindo conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais geram desgastes e judicialização como também os conflitos gerados fora do sistema, mas com reflexos diretos dentro dele, como os conflitos sociais e conflitos legais, igualmente geram judicialização.

Assim, para além da resolução dos conflitos pela mediação sanitária, é possível também antever os conflitos, precavendo-se de seus efeitos, por intermédio da construção e permanente atenção ao mapa dos conflitos no âmbito do SUS, fazendo que o sistema deixe de operar na qualidade de bombeiro, apagando chamas, quando não verdadeiros incêndios que põem em risco de turbulência a normal execução das políticas públicas e seus orçamentos respectivos.

Para tanto, é preciso inculir uma nova prática, uma nova cultura no âmbito do SUS. Uma vigilância permanente dos conflitos sanitários, que podem ocorrer de muitos modos. A construção de núcleos de Mediação Sanitária, no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para operar a mediação interna ao sistema e externa com seus usuários, há de ser um novo paradigma a substituir a litigância e a judicialização.

Podem ser mediadores profissionais distintos dos operadores do Direito, o que é altamente recomendável, em vista das questões especializadas como as que podem surgir no âmbito

da saúde, e disseminando esse conhecimento para os demais profissionais no âmbito do SUS, será estabelecida uma nova e importante mudança de cultura dentro do sistema da saúde.

Recomenda-se, também, aos órgãos do Poder Judiciário que têm se esforçado enormemente para diminuir a litigância na saúde que implementem, igualmente, a conciliação prévia, como já previsto no Código de Processo Civil, bem como a Defensoria Pública que invista com mais ênfase nessa processualística de resolução dos conflitos sanitários e que, o autor, ao ajuizar uma ação em saúde, possa comprovar ao juízo que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente o conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

É preciso questionar a formação do bacharel em Direito que se submete ao concurso de juiz, o membro do Ministério Público ou o Defensor Público sobre o seu modo tradicional litigioso e adversarial de operar o Direito, também o gestor público. É preciso uma nova postura, para uma nova necessidade social, especialmente na saúde, de resolver conflitos e afastar de vez, esse abismal modelo tradicional de julgar e adotar a Mediação nos litígios da saúde.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Intervenção judicial na saúde pública**: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais (2012). Disponível em: <<http://www.portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/.../Panorama%20da%20judicializacao>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 219p.

BORGES, D.C.L.; UGÁ, M.A.R. Conflitos e impasse da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o estado do Rio de Janeiro, Brasil em 2005. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 26, n.1, 2010, p.59-69.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2012.

CAPPELLETTI, M., GARTH, B.G. **El acceso a la Justicia**. Madrid: Fondo de Cultura Economica, 1996. 160p.

CEBOLA, C.M. **La mediación**. Madrid: Marcial Pons, 2013. 273p.

CHIEFFI, A.L.; BARATA, R.B. Judicialização da assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, n. 8, 2009, p. 1839-1849.

FARIA, J.E. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Revista de Estudos Avançados**, v. 51, n.18, 2004, p. 103-125.

IPEA. **Mapa da Defensoria (2003)**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/desafios>>. Acesso em: 1º nov.2014.

MACEDO, E.I. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamento pela via judicial. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n.4, 2011, p. 703-713.

MACIEL, D.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**, n. 57, 2002, p.113-133.

MARTINS, N.B. **ADR in the Age of contemporaneity** – chaos, complexity and pedagogy. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, B. de S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2005.

SARTÓRIO, M.J.; BORDIN, R. Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda. **Revista Saúde em Debate**, v. 34, n.85, abr.-jun. 2010, p.288-298.

SERBENA, C. A. *et al.* Justiça em **números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus**. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, n.8, 2013, p. 73-92.

STOLLER, S. **Mediation in healthcare context: challenge and response** (2008). Disponível em: <http://www.gsd.ge/hrh/pictures/dflitcontent/gallery/12_1.pdf>. Acesso em 1º nov. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

VAZQUES DE CASTRO, E. La mediación en materia de consumo: características y elementos de debate. In: VILLALUENGA, García; URBINA, Tomillo; VAZQUEZ DE CASTRO (Orgs.) **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflicto en el siglo XXI**. Madrid: Reus S.A., 2010.

WEHERMANN, M.E.S.F.; DUARTE, L.M.G. Agricultura moderna e conflitos em regiões de cerrado: o caso de Roraima. In: THEODORO, Suzi Huff (Org.). **Conflitos e uso sustentável dos recursos naturais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p.103-128.

WERNECK VIANNA, L. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.