



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMILA TEIXEIRA DE LEMOS

**(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS
ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE**

Salvador
2021

CAMILA TEIXEIRA DE LEMOS

**(DES) JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE
OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
EM SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Graduação da Universidade Católica do
Salvador, como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ana Thereza Meireles
Araújo.

Salvador
2021

(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira¹
MEIRELLES, Ana Thereza²

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia do COVID-19.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrality of the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.

² Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira de 1988, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que, a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema jurídico vigente, bem como atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, aliado ao contraste com fatores sociais, políticos e culturais do local que se origina.

Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, do mesmo modo que alcança questões de caráter

político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

Cabe ressaltar que tal conjunto de ações não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPC em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional.

Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, ao favorecer que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de

direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, aliada a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros destinados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria (CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo

ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25).

Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et. al., Demografia Médica no Brasil 2020, p.62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et. al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira, trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816).

Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder

Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o *status quo* dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para

provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF/88. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de inteligência, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano. Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas (PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007).

No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade

humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersectorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18).

Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersetorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersetorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e

a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).

A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celeumas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores

(6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117).

A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam

conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que impede a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O *decisium* torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278).

Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o *status quo* vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs. 473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (ÁVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação *sub judice* pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o *parquet* pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a compreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como

a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo

que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p.479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).

Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n ° 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, nº 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade

com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a

advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. ; RIBEIRO, D. da C. ; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8142/90**: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.212/91**: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.653/2012**: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. **VIII Conferência Nacional de Saúde**, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 125 de 29/11/2010**: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. **Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. **SUS e políticas públicas intersetoriais**. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. **Saúde em Debate [online]**. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. **Cadernos Fundap**, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. **ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. **RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. **Cadernos de Direito FESO**. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5. Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da OMS, 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419760>.

PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, **Revista de Direito Sanitário** 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. **Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais: a efetivação do direito fundamental à saúde**. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. **Revista De Direito Sanitário**, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., **Demografia Médica no Brasil 2020**. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672>. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 794 do STF**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. **NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. **Relatório final**. Disponível em:
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.



Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Relatório gerado por: camilatlemos@gmail.com

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180250	89	0,85
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/articulo/view/746	75	0,7
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://direitosp.fgv.br/oportunidades-academicas/8	43	0,36
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://scielo.org	39	0,29
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/uberizacao	23	0,21
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X http://bvsmms.saude.gov.br	8	0,08
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://www.gov.br/planalto/pt-br	7	0,06
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X https://www.cnj.jus.br	4	0,03
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf		- Conversão falhou
APONTAMENTOS TEÓRICOS (1) (1) editado docx.docx X http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651998000200002		- Conversão falhou



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180250> (962 termos)

Termos comuns: 89

Similaridade: 0,85%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180250>

=====
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde **da Faculdade de Medicina** da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do **direito à saúde** com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19. Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of



the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. **NOTAS SOBRE A** CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito **de assistência à saúde** encontra amparo no art. 196 **da Constituição Federal** Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de **políticas públicas, de** matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à **assistência à saúde** um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do **direito à saúde** como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário **no sentido de** discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da **assistência à saúde** no



Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns **no Direito Privado**, em especial, com o advento do NCPD em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos **na área de saúde**, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da **assistência à saúde** em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao **direito à saúde** nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do **direito à saúde** no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o **direito à saúde** no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria



(CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da **Constituição Federal de 1988**, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único **de Saúde no Brasil**. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do **direito à saúde**. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao **direito à saúde**, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo



bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do **direito à saúde**, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual **a iniciativa privada** e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de **Saúde e a** participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98). Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da **assistência à saúde**, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º **da Constituição Federal** Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal



Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada



através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do **direito à saúde** dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na **assistência à saúde**, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos **de saúde**, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do **direito à saúde**. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde , de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad



, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas (PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar **que não se** faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o **direito à saúde** na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da



compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o **direito à saúde** enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).



A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celemas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas



partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a



solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs. 473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteador quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve



suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na



Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social **do Direito, que** no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento



que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).

Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade **com as diretrizes** constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de



conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o **direito à saúde**. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional** contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -



Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. *Saúde em Debate* [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial **dos direitos fundamentais** econômicos e sociais: reflexões críticas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. *Cadernos Fundap*, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. *Cadernos de Direito FESO*. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org>

/10.5902/1981369419760.

PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do **direito fundamental** à saúde. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial **dos direitos fundamentais** e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica_2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672>. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais **na área de saúde**; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/746> (1203 termos)

Termos comuns: 75

Similaridade: 0,7%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/746>

=====
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração **do direito à saúde** com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19. Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of



the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no



Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPD em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão por vir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria



(CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na **gestão da saúde**, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema **Nacional de Saúde** (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único **de Saúde no Brasil**. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção **do direito à saúde**. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao **direito à saúde**, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo



bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização **do direito à saúde**, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único **de Saúde (SUS)**, enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal



Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada



através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação **do direito à saúde** dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, **de acordo com** o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração **do direito à saúde**. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o **acesso à saúde**, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social **a fim de** evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do **acesso à saúde**, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad



, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas (PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no **campo da saúde**, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região **de acordo com** as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o **direito à saúde** na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da



compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o **direito à saúde** enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social **no âmbito do Sistema Único de Saúde**, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).



A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celemas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, **a fim de** lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, **de acordo com** os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas



partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se **por meio da** atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, **de acordo com** as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a



solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs. 473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve



suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades **do Sistema de Saúde**, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva **do Sistema de Saúde**, ao atuar de forma significativa **no acesso à** informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e **o que é** efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na



Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionalizada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento



que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).

Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica **do sistema de saúde**, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto **no âmbito do** Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis **de acordo com** os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de



conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis, Rio de Janeiro*, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Rev. Investig. Const., Curitiba*, v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *São Paulo : Saraiva Educação*, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -



Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersetorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org>



/10.5902/1981369419760.

PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica_2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672>. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://direitosp.fgv.br/oportunidades-academicas/8> (2387 termos)

Termos comuns: 43

Similaridade: 0,36%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://direitosp.fgv.br/oportunidades-academicas/8>

=====
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo **Programa de Pós-Graduação** de Medicina e Saúde **da Faculdade de Medicina da Universidade Federal** da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), **da Universidade do Estado** da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, **em especial, na** consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações **de direitos fundamentais**, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19. Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of



the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no



Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas **políticas públicas** e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, **tem como objetivo** geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPD em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos **na área de** saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão por vir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS **E POLÍTICAS PÚBLICAS** VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria



(CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações **e políticas públicas** voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo



bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal



Federal. Trata-se de discussão acerca **de políticas públicas** emergenciais situadas nos setores da saúde e da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação **de políticas públicas** se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, **por meio da** conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada



através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde , de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad



, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas (PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da



compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).



A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras ceulemas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas



partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se **por meio da** atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a



solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs. 473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado **do Direito** e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve



suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento **a ser analisado** pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na



Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa **do direito e**, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização **do direito e** a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento



que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).

Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade **do Direito e** evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de



conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersectorial. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, **Rio de Janeiro**, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional** contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -



Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista **Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. *Saúde debate*, **Rio de Janeiro**, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. *Caderno Iberoamericano de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso **de Direito Constitucional**. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. *Saúde em Debate* [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial **dos direitos fundamentais** econômicos e sociais: reflexões críticas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. *Cadernos Fundap*, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso **de Direito Constitucional**. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. *Cadernos de Direito FESO*. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org>



/10.5902/1981369419760.

PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso *de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial *dos direitos fundamentais e* a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento *de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, *Rio de Janeiro*, v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso; Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica_2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADF 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672>. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais **na área de** saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====

Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://scielo.org> (3918 termos)

Termos comuns: 39

Similaridade: 0,29%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://scielo.org>

=====

(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anathereameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19.
Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 **deals with the** coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few



resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram



diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencional para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, **tem como objetivo** geral **a análise de** formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPC em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando **a necessidade de** aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas **nos últimos anos** para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito **à saúde no Brasil** adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito **à saúde no Brasil**. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria (CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos



depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e **nos serviços de saúde**, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de **Saúde no Brasil**. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar **de que a** Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar **o bem-estar** do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao



demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional **e dos profissionais** das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, **ao longo dos** anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante **do que a** dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos **de saúde e** pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos **de Saúde e** a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98). Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência **à saúde, no** combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas **no âmbito da** saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. **Trata-se de** discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e



da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos



sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais **no âmbito da** saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios **no Brasil e** pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas



(PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a **necessidade de** voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por **mais que o** direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas **é comum a necessidade de** emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver **os determinantes sociais** da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta



forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese **dos problemas de saúde** na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, **com o objetivo de** alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).

A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o



diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celeumas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. **Trata-se de** problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão **na ideia de** funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além **de que a** participação social e



o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs.



473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é



demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do **Sistema de Saúde**, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do **Sistema de Saúde**, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa



dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a **necessidade de** meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a **necessidade de** repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos **uma oportunidade de** compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).



Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a **necessidade de** mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização. Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, **no âmbito da** saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do **sistema de saúde**, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando **cada vez mais** as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no



âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Rev. Investig. Const., Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer



garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmg.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de **saúde no Brasil**. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. *Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na **saúde no Brasil** no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de **outubro de** 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419760>.



PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, Revista de Direito Sanitário 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito **fundamental à saúde**. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Revista De Direito Sanitário, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade **de São Paulo**, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. **São Paulo, SP**: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial>



/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/uberizacao> (991 termos)

Termos comuns: 23

Similaridade: 0,21%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/uberizacao>

=====
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19. Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of



the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no



Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPD em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria



(CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo



bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta **de olhar para** a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal



Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada



através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde , de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, **tal como o SUS**:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad



, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas (PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da



compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).



A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celemas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas



partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, **que muitas vezes** relega a



solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs. 473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve



suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, **tal como o** Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na



Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento



que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).

Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, **que muitas vezes** desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de



conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Rev. Investig. Const., Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -



Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org>



/10.5902/1981369419760.

PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso; Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica_2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADFP 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672>. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====

Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <http://bvsmms.saude.gov.br> (389 termos)

Termos comuns: 8

Similaridade: 0,08%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://bvsmms.saude.gov.br>

=====

(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE

(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anatherezameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19.
Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few



resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram



diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencional para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPC em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria (CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos



depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas **Conferências Nacionais de Saúde**, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao



demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e



da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos



sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas



(PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta



forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das **Conferências Nacionais de Saúde**, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).

A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o



diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celeumas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e



o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs.



473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é



demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no acesso à informação e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa



dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).



Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no



âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersectorial. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer



garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, Rio de Janeiro , v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>; DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersetorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419760>.



PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. *Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde*. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a **Vigilância em Saúde** do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., *Demografia Médica no Brasil 2020*. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial>



/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.gov.br/planalto/pt-br> (938 termos)

Termos comuns: 7

Similaridade: 0,06%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.gov.br/planalto/pt-br>

=====
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE
(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anathereameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19.
Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few



resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram



diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencional para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPC em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria (CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos



depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - Sistema Nacional de Saúde (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao



demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o **Presidente da República** e o **Ministério da Economia**, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e



da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos



sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas



(PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta



forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos **que podem ser** utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersectorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).

A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersectorialidade no campo da ciência se revela sob o



diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos **que podem ser** utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celeumas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e



o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs.



473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é



demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no **acesso à informação** e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa



dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).



Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no



âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis, **Rio de Janeiro**, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer



garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, **Rio de Janeiro**, v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersetorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419760>.



PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, *Revista de Direito Sanitário* 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. *Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde*. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *Revista De Direito Sanitário*, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., *Demografia Médica no Brasil 2020*. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial>



/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de



=====
Arquivo 1: [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx \(9564 termos\)](#)

Arquivo 2: <https://www.cnj.jus.br> (685 termos)

Termos comuns: 4

Similaridade: 0,03%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [APONTAMENTOS TEÓRICOS \(1\) \(1\) editado docx.docx](#).

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.cnj.jus.br>

=====

(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS EM SAÚDE
(DES)JUDICIALIZATION OF HEALTH: AN ANALYSIS OF ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICTS IN HEALTH

DE LEMOS, Camila Teixeira

[0: Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Endereço eletrônico: camilatlemos@gmail.com.]

MEIRELLES, Ana Thereza

[1: Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Docente da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade Baiana de Direito. Endereço eletrônico: anathereameirelles@gmail.com.]

RESUMO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, pretende-se promover o olhar para uma aplicação dos meios alternativos de forma mais intensa na seara do Poder Público, em especial, na consagração do direito à saúde com foco no Município de Salvador/BA. Nos moldes do modelo atual do Sistema Único de Saúde, o comando constitucional do art. 196 versa sobre a cobertura e o atendimento das prestações a serem materializadas pelo Estado, centrados nos princípios da universalidade do acesso e da integralidade dos sujeitos, o que embate com noções básicas como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, os quais também pecam no aspecto da resolutividade e qualidade. Revela-se assim a difícil operacionalização dos direitos sociais, discutido em larga escala no seu aspecto teórico sob as vestes das gerações de direitos fundamentais, cujo estudo adquire relevância para que entendamos o contexto pelo qual vivemos, aliado a busca pela prestação efetiva dos direitos em saúde, pelos quais ainda seguem uma retórica de aplicação prática insuficiente diante dos problemas sociais, ainda mais acentuada pela pandemia pelo COVID-19.
Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Direito Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: With the advent of the New Civil Procedure Code in 2015, the intention is to promote a more intense look at the application of alternative means in the field of Public Power, especially in the enshrining of the right to health with a focus on the Municipality of Salvador / BA. Along the lines of the current model of the Unified Health System, the constitutional command of art. 196 deals with the coverage and provision of services to be materialized by the State, centered on the principles of universal access and integrity of the subjects, which clashes with basic notions such as equity when faced with high demands, few



resources, inefficient assistance and inequality in access to services, which also sin in terms of resolvability and quality. It reveals the difficult operationalization of social rights, discussed on a large scale in its theoretical aspect under the garments of generations of fundamental rights, whose study acquires relevance for us to understand the context in which we live, coupled with the search for the effective provision of rights in health, for which they still follow a rhetoric of insufficient practical application in the face of social problems, even more accentuated by the pandemic by COVID-19.

Keywords: Judicialization; Health; Social Right; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE; 3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE; 4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS; 4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O direito de assistência à saúde encontra amparo no art. 196 da Constituição Federal Brasileira, cujo cerne reside na responsabilidade estatal em promover a sua materialização sob a forma de políticas públicas, de matriz social e econômica. Num primeiro olhar, sua presença mais comum é no Sistema Único de Saúde – SUS, que tem regras e princípios próprios visando o atendimento integral da população, de forma regionalizada e hierarquizada.

Ocorre que ao longo dos anos, a sociedade brasileira vem se deparando com entraves no seu exercício, principalmente no setor de atenção básica da saúde. A alta demanda, combinada com a falta de fornecimento e distribuição de produtos, insumos e a ausência de profissionais qualificados para determinadas especialidades, bem como os nuances políticos e econômicos que envolvem a história da saúde pública demandam um novo olhar para a melhor efetividade destas relações.

A partir disso, surge a judicialização das políticas públicas enquanto reflexo do pleito dos cidadãos que se deparam com o não atendimento da sua demanda pelas vias comuns e requerem no Judiciário a satisfação dos seus direitos. Tal fenômeno se depara com algumas controvérsias como a problemática do acesso à Justiça, visto que nem todos detêm o conhecimento e condições para encaminhar o pleito em juízo. Além de que a decisão judicial envolve escolhas que podem afrontar diretamente a igualdade e a integralidade do sistema não só jurídico, mas também atinge diretamente questões políticas e orçamentárias, bem como o contraste com fatores sociais, políticas e culturais do local que se origina. Desta forma, propõe-se o seguinte questionamento: considerando o direito à assistência à saúde um direito subjetivo, como efetivá-lo sem recorrer à tutela jurisdicional? Como os meios alternativos de conflitos surgem neste contexto, em especial, em Salvador?

As dificuldades na implementação do direito à saúde como outrora suscitado se depara com questões fáticas inerentes ao Sistema Único de Saúde, bem como questões de caráter político-jurídico, sobretudo na elaboração de critérios que guiem a sua aplicação. O contraste com as limitações orçamentárias se faz necessário no sentido de discutir como os recursos em saúde podem ser mais bem alocados, de forma geral e específica no atendimento às necessidades coletivas públicas.

O que não obsta o controle judicial, no entanto não cabe somente a este a solução das controvérsias em saúde, haja vista as limitações operacionais que envolvem a sua prática. O apoio do olhar à ciência pode ser um meio para lidar melhor com os problemas que envolvem a dinâmica da assistência à saúde no Brasil, em especial, o intercâmbio entre as Ciências da Saúde e as Ciências Humanas por se ligaram



diretamente com o objeto de estudo, como forma de trazer propostas para o enfrentamento desses conflitos.

No âmbito do Direito, por mais que este seja o meio convencionado para solucionar os problemas sociais, a sua tradição se vincula a uma formalidade que não considera as nuances do conflito, operando-o de forma técnica que pode se revelar, em determinadas situações, certo distanciamento da realidade social. Assim propõe-se repensar a estrutura vigente com o enfoque nas formas alternativas de solução de conflitos visando uma melhor efetividade dos direitos sociais, bem como seus reflexos nas políticas públicas e na sociedade.

Nesta linha de intelecção, tem como objetivo geral a análise de formas alternativas de resolução de conflitos em saúde, mais comuns no Direito Privado, em especial, com o advento do NCPC em 2015, em consonância com as previsões constitucionais, bem como discutir sua implementação no Poder Público. Ademais, como objetivos específicos propõe-se a distinguir a autocomposição e a heterocomposição de conflitos na área de saúde, com amparo na compreensão do intercâmbio do Direito Privado com outras áreas do conhecimento, ressaltando a necessidade de aplicação de meios extrajudiciais no Direito Público, ao evidenciar o potencial humano voltado a resolução do próprio conflito com o suporte institucional. Compreendendo inclusive a atual situação do país em relação à pandemia do COVID-19, uma melhor funcionalização nas demandas em saúde se faz mais do que necessária, até porque a atuação extrajudicial pode ser revelar mais efetiva e menos custosa, favorecendo que sejam direcionados recursos para áreas mais que requerem maior atenção, promovendo inclusive, que os gestores de saúde repensem práticas atuais para lidar com velhos problemas e novos desafios que estão porvir.

No tocante à metodologia, o presente trabalho tem por escopo a investigação sobre as causas do fenômeno da judicialização da saúde, com ênfase em iniciativas locais no estado e município da Bahia. Por se tratar de pesquisa eminentemente teórica, a revisão bibliográfica será realizada no sentido da compreensão de conceitos que envolvem a dinâmica explorada, a dizer, concepções em torno de direitos sociais, a política orçamentária brasileira e o acesso à Justiça atrelado a dados que confirmem as hipóteses suscitadas, numa abordagem quantitativo-qualitativa.

Para tanto, visa a utilização de pesquisas empíricas já realizadas nos últimos anos para elucidar o panorama da assistência à saúde em Salvador, bem como a consulta à Constituição Federal, a legislação inerente ao Sistema Único de Saúde (SUS) e a jurisprudência no Brasil acerca do tema. Além de recorrer à doutrina para melhor compreensão de conceitos fundamentais, sobretudo no que tange aos direitos sociais e ao direito à saúde nos livros designados ao estudo do Direito Constitucional.

2. ACESSO AOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE

O ponto de partida do direito à saúde no Brasil adquire relevância com o acesso restrito a partes da sociedade, notadamente aquelas pertencentes ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, criado em 1977. Há de se dizer então que o acesso a tal direito de matriz assistencial era condicionado à entrada no circuito laboral, ou ainda, mediante a contratação dos planos privados que contemplavam apenas parte da população com alto poder aquisitivo. Enquanto aos demais restava a atuação do Poder Público no combate a endemias ocasionais, dentre outras ações sanitárias (ASENSI, 2010).

A partir da ação de movimentos sociais, também chamados de movimentos sanitários, surgidos desde a década de 1970 na Era Vargas foram firmados os primeiros passos do que seria o direito à saúde no Brasil. Através da atuação de setores ligados à Previdência social, vinculados à Caixa de Aposentadoria (CAPs) e aos Institutos de Aposentados (IAPs), na época eram vinculados ao Ministério do Trabalho. Anos



depois, durante a Ditadura, tais institutos foram fundidos formando o INPS - Instituto Nacional de Previdência Social (SANTOS, 2018, p. 66).

Devido à insatisfação social perante o aumento da inflação, em razão da crise em 1970 e dos demais setores sociais, muitos grupos buscavam melhorias sanitárias e nos serviços de saúde, reunindo várias classes como trabalhadores, pesquisadores, religiosos, pequenos comerciantes, movimentos feministas, dentre outros. Insufinou-se assim a participação popular na gestão da saúde, tanto que em 1975 foi criado o SNS - **Sistema Nacional de Saúde** (SANTOS, 2018, p. 71).

Neste sentido, houve duas Conferências Nacionais de Saúde, respectivamente nos anos de 1980 e 1986 para discutir sobre a criação de um Sistema Único de Saúde. Por sua vez, esbarrava-se nas concepções liberais e do Estado Mínimo, fazendo com que a assistência de saúde permanecesse privatista por um bom tempo, até que houve a criação do SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado em Saúde em 1987 (ASENSI, 2010; SANTOS, 2018, p. 72).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal pleito popular ganhou ainda mais força com a criação da Seguridade Social em Capítulo próprio, no Título “Da ordem social”, fundada na proteção da tríade: Assistência social, Previdência e Saúde. Firmando assim a base para a criação do SUS, lastreado pelos princípios da universalidade, da equidade, da integralidade e da participação da comunidade.

Neste sentido, sua gênese implicava na descentralização através de ações e políticas públicas voltadas a sua consagração, de forma universal e regionalizada, vide o art. 195 da CF/88 ao proporcionar o atendimento integral ao indivíduo, independentemente da sua classe social. Para tanto, requer o financiamento estatal que em tese, tem caráter participativo e contributivo para toda a sociedade, além de ser organizado e legalizado pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 670).

Nesta senda, houve a elaboração da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), firmando o SUS - Sistema Único de Saúde no Brasil. À luz dos ditames constitucionais, tal como consagrado em seu art. 198, preconiza a descentralização entre os entes federativos, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo daquelas de caráter assistencial e, por último, a participação da comunidade (ASENSI, 2010).

Em conformidade com a legislação infraconstitucional regulando a matéria, sob égide da Lei nº 8.212/91, voltada ao custeio da Seguridade Social, esta requer com o intuito de garantir a sua funcionalidade o financiamento de todos. Tal expressão consiste no financiamento de forma direta pela sociedade através das contribuições sociais ou pela via indireta consubstanciada por vários agentes: o empregador, o trabalhador, o concurso de prognósticos e até mesmo o importador, além dos recursos provenientes da União e dos demais entes federativos.

Apesar de que a Lei nº 8.080/90 trouxe consigo a consagração do SUS na sociedade brasileira, para que este sistema realmente se efetive de forma fática, ainda necessita do planejamento e estratégias voltadas ao direcionamento de recursos para financiar o seu funcionamento, bem como a atuação dos agentes políticos voltadas à promoção do direito à saúde. É evidente que o funcionamento do SUS esbarra nos princípios de universalidade de cobertura enquanto direito aplicável a todos e na seletividade das demandas de saúde, visando a cobertura de atendimento e a promoção de um serviço de qualidade para assegurar o bem-estar do maior número de pessoas possível (HACHEM, 2013, p. 123).

No que tange ao direito à saúde, este tem como marco o direito à vida, uma vez que as maiores discussões em torno da sua consecução são relativas a este aspecto, tanto na promoção da qualidade de vida e bem-estar quanto na manutenção da vida. Pode-se dizer que o seu conceito pode ser subjetivo ao se relacionar aos indivíduos, tal como aquele preconizado pela OMS (1946) como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” ou objetivo, ao



demandar ações públicas para assegurar o seu exercício, por isso falam de medidas de saúde curativa e preventiva (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 669).

Não é à toa que no atual contexto pandêmico, mostra-se de forma latente a necessidade repensar a política, sua organização e funcionamento, como visto na saturação de leitos e, por conseguinte do iminente colapso do Sistema nos mais variados entes federativos. Tal situação tem nuances próprias como a demanda excessiva devido ao potencial viral e a capacidade organizacional e dos profissionais das unidades de Saúde, alicerçada a política orçamentária e gestão dos entes federativos em face dos comandos e destinação de recursos oriundos do Governo Federal (CARVALHO; MIRANDA, 2021, pg. 25). Apesar de que, ao longo dos anos, continuaram ocorrendo as Conferências Nacionais em Saúde para lidar com os problemas na materialização do direito à saúde, como a falta de olhar para a atenção básica, ao mesmo tempo em que contrasta com o pleno funcionamento de setores de alta complexidade. De modo que suscita questionamentos acerca de profissionais especializados no panorama atual, o qual requer o atendimento voltado à construção do conhecimento dos impactos do COVID-19, visando atender às suas peculiaridades de forma preventiva e curativa (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 62).

Soma-se ao fato de que há a pela qual a iniciativa privada e especializada se torna mais rentável e por conseguinte agrega mais profissionais de saúde. Ademais, é menos desgastante do que a dinâmica de atendimento nas redes do SUS, tornando bastante perceptível a defasagem de profissionais nos setores gerais:

Apenas 21,5% dos médicos trabalham exclusivamente no Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto 28,3% atuam exclusivamente no setor privado, no atendimento a planos de saúde e pacientes particulares. Os demais, 50,2%, têm dupla prática pública e privada (SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020, p. 163).

Para além das Conferências, há os Conselhos de Saúde e a participação social que detém grande relevância na gestão participativa e estratégica em saúde, pois além de figurar no aspecto decisório garantem o empoderamento em relação ao conhecimento e busca pelos direitos. Além de que podem proporcionar um melhor controle dessas políticas, de forma econômica e financeira, cujo cunho decisório pode refletir a satisfação das necessidades coletivas de forma mais eficaz (HACHEM, 2013, p.98).

Tanto que se funcionaliza através do SUS, com sua rede regionalizada e hierarquizada amparada pelas diretrizes da descentralização tida como direção única de cada esfera de governo, do atendimento integral ao fixar prioridades de cunho preventivo, sem prejudicar as atividades assistenciais e da participação social, a ser estimulada no que concerne ao conhecimento e a exigência de efetividade dos direitos, em especial, da assistência à saúde, no combate aos interesses privados (DINIZ, 2013, p. 477).

A EC nº 29/2000 ao alterar o art. 198, §2º da Constituição Federal Brasileira trouxe a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, sob pena de intervenção em caso de descumprimento, nos moldes do art. 34, VII, e da CF/88. Desvela assim a necessidade da colaboração de todos os entes federativos, haja vista que detém competência concorrente voltada ao incentivo de ações preventivas e curativas no âmbito da saúde, consoante preleciona os arts. 196 e 24, inciso XII da CF/88.

Este último dispositivo, inclusive, vem sendo objeto de uma ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Organização dos Advogados do Brasil perante o Presidente da República e o Ministério da Economia, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discussão acerca de políticas públicas emergenciais situadas nos setores da saúde e



da economia no atual período de pandemia pelo Coronavírus (COVID - 19), de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a qual ainda será alvo de julgamento.

Nota-se que o caráter de previsibilidade e o juízo racional do gestor requer a compatibilidade com as realidades locais e não a retirada de recursos de outras áreas essenciais, a exemplo da saúde e da educação. Ou ainda, evitar gastos com direitos sociais para manter o equilíbrio orçamentário, numa afronta direta à Constituição e insuflando a atuação do Legislador que aprovou a previsão orçamentária. Por abranger questões relativas a princípios como a isonomia e a universalidade, percebe-se que o olhar para as peculiaridades de cada ente federativo se faz necessária com vistas a efetivar o interesse público, evitando disputas políticas entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios (SARLET, 2019, p. 816). Com base na mudança comportamental do Estado, em especial, quanto à criação de políticas públicas se situa no âmbito do Direito Financeiro, a extrafiscalidade aparece como forma de estímulo a uma política fiscal menos onerosa e que visa a realização de prestações sociais para atender as chamadas necessidades coletivas públicas (BUFFON, 2012, pgs. 50-54). Nesta linha de inteligência, lastreada na separação de poderes, houve o julgamento da ADPF nº 45/DF pela relatoria do Ministro Celso de Mello, voltada ao controle judicial das políticas públicas perante as omissões do Poder Público, surtindo efeitos como a elaboração do Informativo nº 794 do STF para assegurar a manutenção da integridade física e moral dos presos nos estabelecimentos prisionais.

Apesar da existência dos direitos sociais, é notável que a realidade, por si, demonstra que a literalidade constitucional traz consigo a possibilidade de entraves na sua realização, seja pela falta de vontade política dos governantes, ou ainda pelos meios e recursos escassos para sua realização. Demanda assim o olhar do legislador e do administrador público para que sejam realizadas de forma concreta, a fim de não caracterizar promessas de que um dia irão se realizar e manter o status quo dos governos e gestões públicas (DINIZ, 2018, p. 479).

Em especial, no período atual de pandemia pelo Covid-19, é preciso remontar aos princípios basilares que configuram o ser humano, em sua dimensão ontológica, tal como a solidariedade e a fraternidade, para que pouco a pouco sejam superados os obstáculos que se afiguram no cotidiano tanto do Direito quanto da Medicina, o que demanda uma atuação conjunta da sociedade, dos profissionais de saúde e dos agentes institucionais e políticos:

Do mesmo modo, ainda como típica hipótese de inaplicabilidade do princípio, viu-se também noticiada a subutilização do orçamento da pandemia destinado à contratação de profissionais de saúde, reestruturação hospitalar, compra de testes de COVID-19, fomento à agricultura familiar, dentre outros fins (32), chegando-se à triste marca de apenas 4,6% do orçamento efetivamente utilizado para mitigar os efeitos da crise sanitária, conforme relatório da Câmara dos Deputados, com dados até 20 de novembro de 2020. Evidente, portanto, em tais casos, a inaplicabilidade ou mitigação do princípio da solidariedade, em claro prejuízo à eficácia do combate pandêmico.

Por outro lado, se as ações governamentais estivessem pautadas no princípio da solidariedade, teria sido evitado um grande dispêndio de tempo e dinheiro, por meio da conjugação de esforços para uma atuação nacional convergente – como a abertura de novos leitos de UTI e distribuição de respiradores –, sem espaço para conflitos ou disputas políticas inoportunas. Países que assim agiram tiveram maior êxito e eficácia nas medidas adotadas, com o achatamento precoce das curvas de contágio e maior segurança no retorno das diversas atividades (CARVALHO, 2021, pgs. 26-27).

Neste sentido, a definição de metas e finalidades sobre a forma de normas-programas, instrumentalizada através da previsão orçamentária do Poder Público se faz fundamental para a aplicação dos direitos



sociais suplantando os meros comandos diretivos, fazendo-os surtir efeitos na sociedade. No mais, o controle judicial sobre a atuação dos demais poderes e a regulamentação legislativa atuam como meios eficazes de combater possíveis abusos em sede do financiamento e da efetividade dos direitos sociais.

3. NOTAS SOBRE A CONSTANTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para além das políticas públicas, outra via de efetivação do direito à saúde dá-se pela atuação do Ministério Público mediante a propositura da ação civil pública, que detém legitimidade para provocar o Judiciário diante de omissões totais e parciais no âmbito da saúde. Neste âmbito judicial, acaba sendo bastante comum o ajuizamento de ações individuais com fulcro na assistência à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos amparada pelo direito subjetivo do art. 196 da CF/88 (DELDUQUE; DE CASTRO, 2015), a ser custeado pelos recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, os quais possuem responsabilidade solidária, de acordo com o art. 23, II da CF/88.

No que concerne às demandas judiciais, estas podem ter como objeto a existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de medicamentos e a existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde, numa perspectiva assistencial e estruturante do aparato de saúde nos âmbitos local, regional e federal (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 671).

Em razão disso, a preocupação com os conflitos em saúde ensejou o julgamento do RE nº 271.286/RS, consolidando a aplicabilidade imediata do art. 196 da CF. Foi firmada a tese pela qual o caráter de programaticidade da norma de direito social não poderia servir de escusa para os poderes públicos, no que tange ao a consagração do direito à saúde. Afastando assim de forma derradeira o argumento da cláusula da reserva do possível, amparado sob a justificativa de insuficiência dos recursos públicos dos entes federativos voltados à promoção de direitos sociais (SARLET, 2019, p. 815).

Na mesma linha de intelecção, a Lei nº 12.653/2012 acresceu o art. 135-A no Código Penal Brasileiro, vedando o condicionamento de qualquer espécie de garantia visando a obtenção de tratamento médico emergencial, sob pena de incorrer em delito específico, cuja pena versa de três meses a um ano.

Podendo ainda ser aumentada até o dobro se a negativa de atendimento resultar em lesão corporal de natureza grave, ou até o triplo da pena pode ser aumentada se resultar a morte, além de estabelecer tal vedação a ser demonstrada em cartaz, de forma pública a ser fixado nas unidades de saúde.

Tal tipificação penal supracitada visa elidir que interesses privados suplantem o acesso à saúde, o qual preza pelo tratamento igualitário e universal, cuja seletividade tem de ser repelida da prática social a fim de evitar maiores desigualdades no sistema. Em razão disso, a participação social se faz necessária a ponto de exigir tais prestações ao Estado, assim como para usufruir dos direitos assegurados constitucionalmente para alcançar a chamada liberdade jurídica consubstanciada em um dever de agir e de se insurgir contra condutas lesivas aos seus interesses (SANTOS, 2018, p. 74).

Voltar o olhar para a experiência de outros países é relevante para perceber alguns aspectos quanto à materialidade dos direitos sociais. Há se a ideia de positivação excessiva de princípios no Brasil e pouca efetividade, a Argentina, por exemplo, concebe a participação popular na consagração do acesso à saúde, de modo que vem trilhando para a formação de um Sistema Único universal, tal como o SUS:

En ese escenario, no se trata de arancelar la salud sin más, ni de restringir in totum la cobertura, ni de hacer acepción de personas en orden al acceso a la atención de la salud. No. Se trata, pues, de extremar los recaudos de la democracia deliberativa para decidir, de la manera más participativa posible, de manera argumentada y con un irrenunciable sentido humanista: qué contingencias asumirá a su costo la sociedad, cuál será la intensidad de esas coberturas y quiénes están en mejores condiciones de asumirlas



(PREGNO, 2016, p.183).

Cabe ressaltar que não se faz a crítica ao caráter analítico da nossa Constituição, mas sim antes de tudo, no modo de pensar que levaram a práticas exitosas notadamente no campo da saúde, com resultados que refletem as características locais e históricas de formação de cada país, não bastando a mera subsunção, pois há de se considerar costumes e práticas que normalmente são distintas ao redor do mundo e que influenciam diretamente a praxe médica e jurídica (BARROSO, 2020, pgs. 449-450).

A mudança da consciência social em torno da consagração dos direitos sociais se faz necessária para que se compreenda a real necessidade da presença destes no texto constitucional, aliado ao impacto na vida da sociedade. Requer, antes de tudo, o afastamento dos grupos de pressão (MELO, 2004, p.14), seja do ponto de vista político ou institucional, que obstaculiza a sua realização criando juízos racionais voltados a uma melhor alocação de recursos e que seja eficiente em cada região de acordo com as experiências vividas e o conhecimento das necessidades locais, o que impõe o olhar para saberes interdisciplinares, que vão além do Direito como a política, a economia, a sociologia, dentre outros (SOUSA SANTOS, 2007). No Brasil, a ideia de baixo nível de abstração dos direitos sociais não obsta a sua aplicação imediata, visto que se pauta na determinação legal como suficiente para que haja a sua aplicação, independentemente da complementação infraconstitucional (HACHEM, 2013, p.92). Outrossim, ao se deparar com a própria atuação humana, seus juízos racionais e os meios disponíveis que norteiam a sua aplicação surgem as chamadas escolhas trágicas do Poder Público, fundada na busca pela contingência de gastos pela eleição de prioridades internas dos órgãos políticos (LEITE, 2020, p. 78).

Ocorre que tal discussão tende a abrir margem acerca da questão do subfinanciamento dos direitos sociais, em razão da dificuldade do Executivo e do Legislativo em elaborar juízos racionais, alocar recursos e criar políticas públicas a médio e em longo prazo, cuja consequência é o fenômeno da judicialização, amparado no mínimo existencial, consequência lógica do princípio da dignidade humana e no direito à vida como parâmetro de consagração de direitos (SANTOS, 2018, p.59; HACHEM, 2013, p. 110).

O fenômeno da judicialização da saúde tensiona a concepção do Direito como técnica por demandar outras formas de saberes, em uma visão pautada pela interdisciplinariedade, ao evidenciar a sua infalibilidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que a experiência mostra nuances que vão além da figura da Lei. O saber empírico nos mostra a dificuldade em realizar escolhas pelos juízes e pelo Poder Público, o embate com questões orçamentárias, uma duvidosa resolutividade com prevalência do benefício às demandas individuais em detrimento das coletivas e por isso, reforça desigualdades e a necessidade de voltar aos comandos constitucionais, em prol da coletividade (DINIZ, 2013, p. 478).

Por mais que o direito à saúde na Constituição esteja consagrado como um direito de todos, é preciso destacar que para discutir sobre a sua aplicabilidade prática tem que se considerar o histórico da formação de duas áreas do conhecimento, aparentemente distintas, a dizer, as Ciências Médicas e a Ciência do Direito. Percebe-se que há uma tensão existente por se tratar de áreas distintas, mas que se complementam pelo elemento decisório, já que em ambas é comum a necessidade de emitir juízos racionais, cujas influências não devem ser afastadas e sim reforçadas como forma de lidar com as iniquidades sociais (MELO, 2004, p. 06; SOUSA SANTOS, 2007).

Nesta discussão, surge a figura da intersetorialidade por envolver os determinantes sociais da saúde, seja pela forma racionalizadora ou tecnocrática nos dizeres weberianos, ou ainda, para produzir equidade. Esta última concepção pode encontrar espaço nos movimentos de reforma do Estado, através da compreensão de que o aparato estatal não é suficiente para atender as necessidades sociais. Desta



forma, abre margem para o intercâmbio entre setores governamentais, não-governamentais e privados. Tal articulação de saberes para lidar com os conflitos em saúde, cuja complexidade demanda o olhar setorizado para cada caso concreto, observados os critérios locais e espaciais (MELO, 2004, pgs. 17-18). Tal atuação por envolver sujeitos com seus próprios contextos e subjetividades demanda uma articulação especial, até porque na maioria das vezes, o orçamento e o planejamento vão para o setor e não atuam nos reais problemas, a exemplo das pessoas em situação de rua. De modo que necessita de uma gestão melhor dos projetos que envolvem os direitos sociais, em especial, nas políticas públicas que impactam diretamente na saúde. O estímulo a iniciativas como a elaboração de um documento chamado “Avaliação de Impactos em Saúde”, concebe a ideia de orçamento participativo, essencial para compreender a gênese dos problemas de saúde na população (SILVEIRA; FENNER, 2017).

A partir desse reconhecimento, percebe-se que a intersetorialidade no campo da ciência se revela sob a interdisciplinariedade através da concepção de que as disciplinas isoladas não são capazes de resolver os problemas em saúde, bem como a integração das políticas sociais existentes. Por sua vez, a contribuição específica pode mudar consideravelmente um setor por meio do pensamento voltado ao bem comum evitando a busca pelo mínimo enquanto suposta forma de consagração de direitos, amparados sob a lógica liberal, em que recursos são desviados para interesses escusos (SANTOS, 2018, p.63).

Como a intersetorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam, há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes na lide. Em conjunto com as políticas públicas, podem conceber uma atuação mais dinâmica e participativa da sociedade na solução de conflitos em saúde, em prol de uma melhor qualidade de vida, conhecimento dos próprios direitos e reconhecimento enquanto sujeito social.

4. DESJUDICIALIZAÇÃO E MEIOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

No Brasil, as demandas judiciais pairam sob o viés adversarial, pelo qual, ao deparar-se com um conflito, as partes visam vencer uma outra, sem discutir o real motivo que as levou a chegar naquele ponto. De modo que torna-se necessária a elaboração de soluções que envolvam a maior participação das partes de forma autônoma e emancipatória, através da mediação, da conciliação e da arbitragem, como meios eficazes para alcançar o acesso à justiça e, por conseguinte, consagrar direitos, em especial, o direito à saúde enquanto direito social.

4.1. OS MEIOS POSSÍVEIS

Neste paradigma de intercâmbio entre os saberes, houve a promulgação da Lei nº 8142/90 como forma de auxílio nas decisões judiciais e dos gestores públicos, versando em torno do estímulo à participação social no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que detém grande relevância na sua gestão participativa e estratégica. Neste dispositivo legislativo se encontra a regulação das Conferências Nacionais de Saúde, a qual pode ocorrer a cada quatro anos ao lado ou de forma extraordinária, se houver necessidade. Ao lado dos Conselhos de Saúde debatem temas importantes sobre a destinação e a alocação de recursos em saúde, junto às medidas necessárias para ter uma atuação mais efetiva (SANTOS, 2018, p.66).

Além de figurar no aspecto decisório, podem garantir o empoderamento dos agentes envolvidos, isto é, a sociedade em relação ao conhecimento e busca pelos direitos, bem como proporcionar um melhor controle dessas políticas públicas em saúde, de forma econômica e financeira. Uma destas formas é através da intersetorialidade mediante “a articulação de saberes e experiências com vistas ao planejamento, para a realização e avaliação de políticas, programas e projetos, com o objetivo de alcançar resultados sinérgicos em situações complexas” (INOJOSA, 2011, p.105).

A partir deste reconhecimento, percebe-se que a intersetorialidade no campo da ciência se revela sob o



diálogo entre as variadas searas do Direito através da concepção pela qual determinados ramos do conhecimento, por si, não são capazes de resolver os problemas em saúde, sendo necessária a integração com as políticas sociais existentes. Por sua vez, traz consigo o embate de conciliar distintas formas de pensar, com o destaque para a Medicina e o Direito, respectivamente das Ciências Naturais e das Ciências Sociais (GARCIA et. al., 2014, p. 975).

O que não é impossível tamanha a profusão de saberes acadêmicos neste sentido, mas que podem produzir saberes voltados a suas temáticas para lidar, ou pelo menos, estabelecer o ponto de partida para as discussões em saúde. Como a intersectorialidade tem como fulcro o olhar integral sobre as mazelas sociais, notadamente nos conflitos que a rodeiam há de se dizer que um dos mecanismos que podem ser utilizados para a sua funcionalização são os meios alternativos de conflitos, como forma de proporcionar a atuação das partes diretamente com o conflito através do diálogo e contato com a questão, ao invés de deixá-la para ser resolvida por um terceiro (GARCIA et. al., 2014, p. 976).

Por mais que haja o debate sobre a judicialização em saúde, é notável que tal questão esbarra em outras celeumas que vão além do Direito e das Ciências Médicas em geral. Trata-se de problemas históricos que permeiam a vivência cotidiana de muitos indivíduos e influem de forma significativa na consecução dos seus direitos, a baixa escolaridade e o desconhecimento dos próprios direitos promovem uma inversão na ideia de funcionalização da judicialização, destoando do benefício à coletividade ao privilegiar demandas individuais (DINIZ, 2013, p. 474).

Por mais que haja a atuação da Defensoria Pública nas demandas em saúde, esta ainda é incipiente se comparada com o êxito das demandas encaminhadas por advogados particulares. Diante disso, uma atuação extrajudicial pode se mostrar mais exitosa ao apresentar o conflito sob uma nova perspectiva, uma vez que:

(...) embora 48,7% dos usuários estivessem satisfeitos com o serviço, as seguintes falhas foram citadas: falta de autonomia (14,7%), demora na solução dos problemas (8%) e poucos ouvidores (6,6%). O difícil acesso ao serviço, a falta de interesse e o descaso com o problema dos usuários também foram citados (JUNIOR; DIAS, 2016, p.23).

Percebe-se que as questões normalmente relatadas concernem à própria dinâmica relacional entre os agentes envolvidos, o que somado ao aspecto da rotina intensa das unidades de saúde leva a uma assimetria de vontades em algo que poderia ser resolvido tão somente por um diálogo, ou ainda, pela circulação de mais informações quanto à procura de determinados setores para resolver os problemas existentes e, assim para evitar a intensa judicialização.

4.2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

Daí surge a importância dos meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo das Câmaras de Conciliação e Saúde, a mediação enquanto técnica a ser empregada a uma melhor funcionalização dos processos em saúde e até mesmo a formação dos profissionais de Direito sobre a atuação extrajudicial, a fim de lidar melhor com tal dinâmica de forma mais célere do que o emprego ao Judiciário.

A gênese desses meios alternativos alude a Resolução nº 125/2010, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça ao atuar como estímulo à sua adoção, cuja tendência se consagrou com o Código de Processo Civil de 2015, almejando celeridade e, principalmente, redução de gastos pelo Judiciário (SANTOS, 2018, p. 102). Desvela um agir voltado à melhor racionalização dos recursos estatais e que se consubstancia na prestação de serviços à população, a dizer, a satisfação da prestação jurisdicional, de acordo com os preceitos constitucionais.

A adoção dos meios alternativos, como a conciliação e a mediação, proporciona o olhar do conflito pelas partes, o qual é distinto daquele proveniente de um terceiro imparcial. Além de que a participação social e



o diálogo com os órgãos municipais e estaduais em saúde também se faz muito importante, especialmente no conhecimento dos próprios direitos, podendo ampliar o acesso à Justiça, pelo viés judicial e extrajudicial, bem como estimular a busca pela sua concretização (SANTOS, 2018, pgs. 116-117). A descrença da sociedade perante as instituições judiciais, muitas vezes obsta o acesso ao espaço institucional pela compreensão na qual há um distanciamento entre os agentes envolvidos, o que dificulta a abertura para o diálogo no momento de resolver conflitos. Sendo assim, os comandos gerais das normas se contrastam com a realidade social cujas matrizes oriundas de processos históricos, sociais, econômicos e culturais revelam embates naturais para que as pessoas acessem e possuam conhecimento acerca dos próprios direitos, de forma efetiva e com qualidade (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Uma vez que o Direito atua como meio de tutelar conflitos entre as pessoas com vistas a alcançar a pacificação e a harmonia entre as pessoas, encontra como primeiro obstáculo a complexidade social, que por si já é um desafio diante das variadas possibilidades que podem surgir, seja devido a sua composição e como esta se apresenta na prática. Até porque, apesar de existirem direitos, como os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88) e os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, CF/88, cujo conteúdo se afirma como meio de consecução de objetivos e oportunidades, a sua realização se mostra diversa se observarmos as desigualdades que afligem aqueles que o possuem, o que obsta a sua aplicação de forma efetiva, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 222):

De qualquer modo, a aptidão (em caráter potencial, portanto) da norma para gerar efeitos e ser aplicada segue sendo distinta do ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo, não importa aqui, sem prejuízo de outras possibilidades, se por meio da atuação do legislador (restringindo ou regulamentando) ou do juiz (SARLET, Ingo Wolfgang, 2019, p. 222).

Resulta-se em uma celeuma que reside no campo da elaboração e da aplicação das normas, isto é, situada no campo da eficácia jurídica. Tal juízo requer a consideração do elemento possibilidade, corporificado na atuação dos agentes e nos meios disponíveis, de modo a concretizar as normas jurídicas pela via fática, de acordo com as necessidades coletivas públicas. Para tanto, é preciso remeter o olhar para os fatores jurídicos bem como os fatores extrajurídicos, como aqueles de caráter político, econômico e social. O decisum torna-se um conjunto de fatores a serem analisados pela figura do magistrado, seja pela via da cognição sumária através das liminares, ou ainda, da cognição exauriente, proferindo ao final uma sentença (SILVA, José Afonso, 2012, pgs 49-50).

Isto demonstra que o conhecimento jurídico, por si, não detém competência para a análise dos fatos sociais, devendo ser compatibilizados com outros elementos. Em razão disso, o conhecimento de áreas como a Psicologia, a Sociologia e a Assistência Social, servem para além do suporte técnico para fundamentar a decisão e, antes de tudo, atuam com o condão de produzir comandos judiciais em consentâneo com a realidade apresentada ao magistrado ao analisar a verossimilhança dos fatos com o aparato jurídico e extrajurídico. Sendo assim, a norma deve ser dotada de efeitos jurídicos e no campo social, vislumbrar a aplicabilidade diante dos fatos apresentados, denotando a “conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro” (SILVA, Virgílio Afonso da, 2005, p. 278). Daí a se notar que o formalismo/positivação do direito se apresentam, muitas vezes, como insuficientes para suprir os anseios sociais, se revelando até como uma forma de controle, que ao privilegiar o status quo vigente faz aumentar ainda mais as distâncias entre as classes sociais, que enfrentam obstáculos constantes na busca pela solução dos seus conflitos. Tal fato é potencializado pelo chamado modelo adversarial que impera na lógica jurídica, centrada no combate entre as partes, que muitas vezes relega a solução do conflito ao juiz pela compreensão deste ser o detentor supremo do saber (DINIZ, 2013, pgs.



473-474).

Ao seu turno, o seu agir tem que amparar não somente a colaboração das partes, mas também de setores voltados ao fornecimento de conceitos técnicos que não alvo da compreensão imediata do magistrado, em razão da sua formação jurídica:

Deste modo, a complexidade da área reclama conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF/88. Ao isolar o caso concreto de toda a amplitude das questões envolvidas, pode-se, inadvertidamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao ver provido um tratamento que não era o mais adequado, o poder público que será obrigado a provê-lo e a coletividade que verá diminuído o orçamento da saúde. Com efeito, as diretrizes na área da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos etc, que, em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal (AVILA;MELO, 2018).

O magistrado vivencia a pressão de proferir decisões que sejam justas, visando atender as expectativas sociais e, por conseguinte, obter legitimidade na sua atuação. Considerando que as demandas em saúde demandam uma atenção peculiar, tal como os demais direitos sociais, de caráter fundamental, não basta o mero olhar técnico na situação sub judice pautado na subsunção da norma ao fato. Deve estar associado ao conhecimento elementar de outros fatores como a equidade ao se deparar com altas demandas, poucos recursos, assistência ineficiente e desigualdade no acesso aos serviços, reconhecendo a responsabilidade das escolhas a fim de proferir uma decisão mais conectada ao caso concreto (ÁVILA; MELO, 2018).

Tais dificuldades são apresentadas por Barroso (2020, pgs. 353- 356) como as três críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira. A primeira é a crítica política-ideológica, pautada na concepção pela qual o Judiciário detém uma visão conservadora acerca dos litígios sociais, pelo fato da presença constante de pessoas com alto poder aquisitivo que adentram a magistratura, o que traria consigo uma dificuldade contramajoritária, isto é, a sobreposição das suas decisões em relação aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, cujos membros foram legitimamente eleitos pelo povo.

Em seguida, haveria a crítica quanto à capacidade institucional, voltada a ausência da compreensão da própria infalibilidade na resolução dos problemas sociais, relegando a decisão ao saber supremo, norteados quase que exclusivamente pelo Direito, desconsiderando a falta de informação ou de saber técnico acerca de determinado caso. Situa-se, desta forma, na micro justiça, a denominada “justiça do caso concreto” ao limitar o campo de atuação dos juízes e, portanto, do espectro que atua o fenômeno do ativismo judicial, como questões econômicas e políticas, a exemplo da alocação de recursos públicos.

Por último, concebe a crítica quanto à limitação do debate, caracterizado pelo desestímulo à participação social na construção das decisões, seja pelo conhecimento especializado do Direito e os termos peculiares que envolvem a sua aplicação restrito aos membros do Judiciário, ou seja pelo exercício da atividade da magistratura lastreada pelas paixões humanas politizando a sua atuação ao invés da busca pela racionalidade, mencionando ao final:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é



demais lembrar que poder emana do povo, não dos juízes (BARROSO, 2020, pgs. 455 e 456).

Por isso, no âmbito concreto para combater este fenômeno, o favorecimento da atuação dos agentes envolvidos no conflito se torna essencial pela proximidade com a situação e a possibilidade de construir um diálogo com o manejo de profissionais especializados, de caráter multidisciplinar. Ademais, foram concebidos os NATs - Núcleos de Assessoria Técnica nos Estados, aqui na Bahia denominado NAT-JUS, cuja equipe multidisciplinar auxilia os juízes no conhecimento das peculiaridades do Sistema de Saúde, sob a forma de pareceres ou notas técnicas direcionadas ao auxílio para que sejam proferidas decisões em consonância com a realidade social (ANJOS, 2021, p.121).

Para além disso, há o suporte institucional através de Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, principalmente a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei para assegurar o cumprimento dos comandos gerais das normas. Desta forma, o parquet pode atuar de forma judicial pela via da ação civil pública, nos termos do art. 129, inciso III da CF/88 e também de forma extrajudicial, o que merece destaque na atuação dos procedimentos administrativos e inquéritos civis na defesa de direitos difusos e coletivos com o uso de mecanismos como o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de transação entre diversos agentes para evitar adentrar na esfera judicial (ASENSI, 2010).

Nesta concepção, abre margem a incorporação da chamada mediação sanitária nos órgãos públicos, tal como o Ministério Público para fins de monitorar as ações preventivas e curativas em saúde, suplantando as Secretarias Estaduais e suas respectivas ações locais dando ensejo ao amparo da integralidade do sistema, evitando maiores distorções e favorecendo a equidade (ANJOS, 2021, p. 122). Sendo o conflito inerente ao Estado Democrático, a mediação surge como alternativa a solução dos conflitos, com o estímulo da Lei da Mediação, a Lei nº 13.140/2015, ao mesmo tempo em que contrasta com a crise de prestação jurisdicional estatal no que diz respeito ao acesso à justiça e que precisa ir além de ser um direito fundamental, mas sim concretizado efetivamente na realidade.

Ultrapassando a prestação de serviços em saúde, há também as Câmaras de Conciliação de Saúde, cujo objeto se centra no fornecimento de medicamentos e de informações para que haja a resolução de demandas em saúde, pelo qual o usuário do SUS faz o requerimento a ser analisado pela equipe responsável. Tal iniciativa extrajudicial se pauta na celeridade, de modo que se a pessoa não retornar em quinze dias para obter o resultado da solicitação, terá que refazer todo o procedimento (SANTOS, 2018, pgs 118-119).

É perceptível que tais ações em nível estadual e local contribuem para uma atuação mais efetiva do Sistema de Saúde, ao atuar de forma significativa no **acesso à informação** e aos recursos pela população e, por conseguinte, evitar a judicialização. Daí surge o empoderamento das pessoas envolvidas em exigir as prestações estatais, porém sem a cooperação em nível macro, isto é, dos demais entes federativos se torna dificultosa a razoabilidade daquilo que está posto na Lei e o que é efetivamente assegurado (SANTOS, 2018, pg. 123).

Nesta linha de intelecção, a advocacia extrajudicial conjuntamente com os meios alternativos pode proporcionar uma melhor atuação na solução dos conflitos em saúde, em benefício dos usuários do Sistema Único de Saúde, oportunizando o conhecimento aos agentes que reclamam a sua aplicação sob a forma de uma assistência efetiva. Através da observância dos protocolos e programas estabelecidos pelo SUS, o advogado pode auxiliar no direcionamento das pessoas ao serviço que almejam, mediante a apreensão, por exemplo, dos medicamentos que constam na lista de fornecimento do SUS, na RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, observar se é caso de judicialização, de transação na Câmara de Conciliação em Saúde ou de outros aparatos institucionais voltados à solução administrativa



dos conflitos (SANTOS, 2018, p. 117).

A partir desta problemática, é notável uma crise de prestação jurisdicional do Estado que, ao elencar em seu rol de direitos, por exemplo, o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) que se externaliza através da jurisdição, trouxe consigo a necessidade de meios alternativos de solução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais mecanismos já existiam desde a Antiguidade, mas atualmente com a demanda em “repensar o direito” com um viés autônomo e emancipatório, a retomada aos meios alternativos se faz mais presente nos dias atuais (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pgs. 689-690).

Sousa Santos (2007) apresenta a teoria crítica como fator a questionar o Direito enquanto ciência e quanto ao monopólio do seu poder, ao promover um novo olhar sobre as funções dos Tribunais e da Justiça, tal como dar voz às lutas dos grupos socialmente oprimidos, a fim de obter a sua emancipação e provocar a mudança. Esta, realizada pela chamada “revolução democrática da justiça” alia o pluralismo jurídico e a diversidade social como detentores de um potencial conscientizar que pode ser obtido pelo conhecer do direito, seguido da crítica do seu papel para assim refundá-lo na sua aplicação.

Para tanto, o conhecimento do processo histórico do Direito pode levar ao questionamento do sistema e das instituições, o que liberta e emancipa o homem do meio pelo qual foi moldado. Assim, insufla a atuação popular participativa na construção ativa do direito e, no caso da mediação, dá oportunidade às partes em resolverem o seu conflito de forma direta, gerando a satisfação aliada a um sentimento emancipatório. O que requer uma visão social do Direito, que no seu viés formalista e adversarial, traz consigo a necessidade de repensar as formas atuais de lidar com conflitos, especialmente no tocante à participação das partes em atuar a fim de solucionar seus problemas (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691). Servindo assim, o acesso à justiça como meio de reivindicar direitos e resolver litígios pelo Estado, segundo Cappelletti e Garth (2002) e, que no processo, se constitui por atos ordenados ao longo do tempo que desvelam uma dinâmica do poder que ganha força com o litígio em juízo – o contraditório e a ampla defesa - e se manifesta em sociedade como expressão mais concreta e, por isso, deve ser utilizado em favor desta ao promover a instrumentalização do direito e a efetividade do processo.

Há então a busca por olhar a realidade fora do processo, com foco no direito comparado, na história e na sociedade. Para isso, rupturas se fazem necessárias e para que dêem prosseguimento a mudança paradigmática pela qual estamos vivendo, com afirmado por Sousa Santos (2007) e, por conseguinte em uma ciência prática da qual se mostra presente na advocacia judicial e extrajudicial ao visar o enfoque no acesso à justiça perante a sociedade.

Por se tratarem de meios alternativos de solucionar os conflitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem pretendem suplantam modelos autoritários e que fazem predominar o Estado-juiz ao favorecer a autonomia das partes. Ademais, ocorrem de forma pactuada e convencionada permitindo que as partes direcionem o litígio do início até o fim, isto é, da forma que melhor convier aos interesses envolvidos (DINIZ, 2013, p. 479).

A solução de conflitos pautada nessa atitude emancipadora se mostra como algo a ser redescoberto pela história, até porque a mediação já se mostrava presente desde as antigas civilizações. Ao observar mais as relações entre os indivíduos do que apenas de si, permite uma mudança na percepção da realidade, como algo que não é dado, mas antes de tudo, que é construído, neste caso, entre as partes e não sob a interferência de um juiz (JÚNIOR; KENDRA, 2015, pg. 691).

Não se trata de dividir ou adequar às disposições existentes de lei, mas sim de propiciar uma atitude humanista pautada no vínculo com o outro, na alteridade e na autonomia. Sendo os conflitos uma oportunidade de compreender a si e as relações sociais, tal como sua complexidade em um movimento que tende a afirmar a cidadania e a identidade (JÚNIOR; KENDRA, 2015, p. 693).



Quanto aos marcos legais, é mencionada a Resolução n^o 125 de 2010 que inaugura a necessidade de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, aliada a sua obrigatoriedade nos tribunais e no Governo Dilma, foi criada a Lei da Mediação, n^o 13.140/2015. Portanto, não basta apenas o arcabouço normativo é preciso que a informação seja espalhada pelo país, além de prevalecer o diálogo à judicialização, no que infelizmente ainda predomina o modelo adversarial. Para isso, a educação aliada ao conhecimento dos mecanismos de Justiça pode favorecer a maior inclusão e oportunidade na sociedade, tal como ultrapassar o viés adversarial que envolve o litígio sob as vestes da judicialização.

Assim, para que haja avanços no problema da insuficiência estatal em resolver conflitos, para além dos modelos alternativos, como a mediação, que já existiam e foram redescobertos sob o viés de maior compromisso e participação das partes, junto a novas alternativas como as Câmaras de Conciliação e a advocacia extrajudicial, no âmbito da saúde, é preciso que haja a formação de uma consciência social em torno dos seus direitos. Em especial entre as classes mais baixas, que muitas vezes desconhecem a sua existência e como garantir a aplicação destes, tanto para aqueles que não tem acesso quanto para aqueles que o possuem, mas se encontram descrentes em relação a sua materialidade, visto que não basta a mera afirmação do Direito sem conceber mecanismos para a sua funcionalização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se perceptível o fato pelo qual a judicialização é um fenômeno nacional, razão pela qual o recorte espacial da pesquisa restou fixado para o Município de Salvador-BA, dada a proximidade com a realidade a ser pesquisada e a busca por melhor enfrentamento dos dilemas locais, junto às suas peculiaridades. Apesar disso, a situação demonstra os mesmos contornos, quais sejam, o contraste das demandas judiciais em saúde com várias outras ações a serem apreciadas pelo mesmo órgão julgador, cuja perspectiva pode escapar a dinâmica do sistema de saúde, seja pela falta de conhecimento dos seus nuances ou seja pela pressão de proferir uma decisão justa, o que pode acabar evidenciando cada vez mais as iniquidades sociais.

Nesta ótica, a utilização de meios extrajudiciais como a conciliação, a mediação e a arbitragem podem trazer benesses no que diz respeito à celeridade e à satisfação da demanda, bem como o estímulo à participação social. As controvérsias em saúde demandam um olhar peculiar pelo Judiciário, para além de critérios meramente técnicos, tanto que a jurisprudência vem atuando neste sentido, a exemplo da permissibilidade da concessão de medicamentos amparada pela lista de fornecimento obrigatório pelo SUS, o RENAME, a cobertura de procedimentos cirúrgicos, bem como leitos de UTI, fundamentais no atual período de pandemia pelo COVID-19.

Percebe-se que escolhas se fazem necessárias em todas as searas, pois tanto o julgador quanto no âmbito do Poder Público surge o critério da decidibilidade. Neste viés, as escolhas públicas devem envolver um juízo racional que se adeque às possibilidades e às oportunidades de consecução os objetivos sociais num dado espaço e tempo, em conformidade com as diretrizes constitucionais, ao lado da consideração dos recursos públicos disponíveis de acordo com os limites previstos a cada exercício financeiro, evitando assim esbarrar na “cláusula da reserva do possível”, construção jurídica voltada a justificar a falta de recursos estatais para custear os tratamentos voltados a saúde.

O Direito Público caracterizado pelo seu formalismo pode abrir espaço a formas alternativas de conflitos, como já vem sendo desenvolvidas algumas medidas como a mediação, a conciliação e a arbitragem em âmbito administrativo, admitindo sua extensão às demandas sanitárias, adequando às suas especificidades. Tal necessidade urge diante do cenário hodierno, o qual ultrapassa o caráter de previsibilidade do Direito e evidencia a interdisciplinariedade como melhor caminho, com a construção de conhecimento entre áreas diversas, com destaque para as Ciências da Saúde e as Ciências Jurídicas, no



âmbito de todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além de que contribui com o debate sobre a Justiça Restaurativa, de forma jurídica, para além do Direito Privado, uma vez que tais categorias jurídicas não são estanques, ao promover o apoio e a participação das partes na solução dos conflitos, conferindo-lhe assim maior efetividade. Por isso, o repensar do Direito com a adoção de mecanismos como a Câmara de Conciliação em Salvador e a advocacia extrajudicial, atuam como meios facilitadores do acesso à justiça e ao conhecimento dos próprios direitos, servindo como primeiro passo para a emancipação dos sujeitos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, E. C. dos S. .; RIBEIRO, D. da C. .; MORAIS, L. V. . Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 113-128, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v9i4.640. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/640>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Physis, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em: 01 abr. 2021.

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; MELO, KAREN CRISTINA CORREA DE. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Rev. Investig. Const., Curitiba , v. 5, n. 1, p. 83-108, Abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo : Saraiva Educação, 9ª edição, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n.º 13.105/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14. abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8142/90: Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212/91: Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.653/2012: Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer



garantia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12653.htm Acesso: 08 de março de 2021.

BRASIL. VIII Conferência Nacional de Saúde, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de 2020.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 8, n. 2, p. 38-68, out. 2012. ISSN_2238-0604. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v8n2p38-68>. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287/237>. Acesso em: 05 Jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, M. H. P. de; MIRANDA, M. L. L. de. O princípio da solidariedade no enfrentamento da COVID-19 no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 13-38, 2021. DOI: 10.17566/ciads.v10i1.729. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/729>. Acesso em: 6 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação resolve 80% dos casos na Bahia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>. Acesso em 15 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 125 de 29/11/2010: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 15 de Março de 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde debate, Rio de Janeiro , v. 39, n. 105, p. 506-513, jun. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000200506&lng=pt&nrm=iso>; DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-110420151050002017>. Acesso em 04 abr. 2021.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. Caderno IberoAmericano de Direito Sanitário, Brasília, v. 2, n. 2, p. 472-485, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.99>. Acesso em 02 de junho de 2020.

FACULDADE DE SAÚDE PÚBLICA DA USP. SUS e políticas públicas intersetoriais. 2018. (22m43s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8od9QzT3_fl. Acesso em 02 de junho de 2020.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

GARCIA, Leandro Martin Totaro et al. Intersetorialidade na saúde no Brasil no início do século XXI: um retrato das experiências. Saúde em Debate [online]. 2014, v. 38, n. 103, pp. 966-980. Disponível em: <<https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>>. ISSN 0103-1104. <https://doi.org/10.5935/0103-1104.20140083>. Acesso em 02 de junho de 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 90 - 141, ago. 2013. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INOJOSA, Rose Marie. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. Cadernos Fundap, São Paulo, n. 22, 2001, p. 102-110. Disponível em: https://www.pucsp.br/prosaude/downloads/bibliografia/sinergia_politicas_servicos_publicos.pdf. Acesso em 25 de maio de 2020.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 11ª edição, rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvim, 2017.

JUSBRASIL. ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 45/DF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

JUSBRASIL. RE - Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em 18 de Março de 2021.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópico. Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=51&Itemid=171#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20Caleidosc%C3%B3pio%20da%20Sociologia%20do%20Direito%20de%20Weber&text=uma%20predomin%C3%A2ncia%20efetiva%20do%20racional,Weber%2C%201991%3A5). Acesso em 18 de outubro de 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição da OMS, 1946. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 de junho de 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 676-701, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19760>>. Acesso em: 18 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369419760>.



PREGNO, Elian. Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantir la inviabilidad de un sistema de salud, Revista de Direito Sanitário 17, no. 2 (outubro 25, 2016): 176-186 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/122318/119054/>. Acesso em 26 de Março de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007b.

SANTOS, Denízia Maria Xavier. Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais : a efetivação do direito fundamental à saúde. Salvador, 2018. Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior . Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/523/1/DISSERTACAODENIZIASANTOS.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo : Saraiva Educação, 8ª edição, 2019.

SILVA, A. C. de A.; NICOLETTI, M. A. Judicialização da saúde: uma análise do fenômeno e suas consequências para a sociedade brasileira. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 20, n. 3, p. 139-153, 2020. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i3p139-153. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/180142>. Acesso em: 6 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2012.

Silva Junior, G., & Dias, E. (2016). AVALIAÇÃO DA SATISFAÇÃO DOS USUÁRIOS DE UM SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICO-PRIVADO NO NORDESTE DO BRASIL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Revista De Direito Sanitário, 17(2), 13-29. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p13-29>. Acesso em 10. jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de professor titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

SILVEIRA, Missifany; FENNER, André Luiz Dutra. Avaliação de Impactos à Saúde (AIS): análises e desafios para a Vigilância em Saúde do Brasil. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro , v. 22, n. 10, p. 3205-3214, Out. 2017 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017021003205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 04 de Abril de 2021. <https://doi.org/10.1590/1413-812320172210.18272017>.

SCHEFFER, M. et al., Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM, 2020. 312 p. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf. Acesso em 07 de Abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial>



/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=&s1=672&numProcesso=672. Acesso em 19.03.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 794 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>. Acesso em 18.03.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. NAT-JUS auxilia em demandas judiciais na área de saúde; solicitações aumentaram 22% em 2019. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nat-jus-auxilia-em-demandas-judiciais-na-area-de-saude-solicitacoes-aumentaram-22-em-2019/>. Acesso em 04 de Fevereiro de 2020.

VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1986, Brasília. Relatório final. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em 15 de maio de