



TRANSAÇÃO DE CONFLITOS SANITÁRIOS: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE DISPUTAS ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

TRANSACTION OF HEALTH CONFLICTS: LIMITS AND POSSIBILITIES FOR THE CONSENSUS RESOLUTION OF DISPUTES THROUGH MEDIATION

Thaís de Camargo Oliva ¹

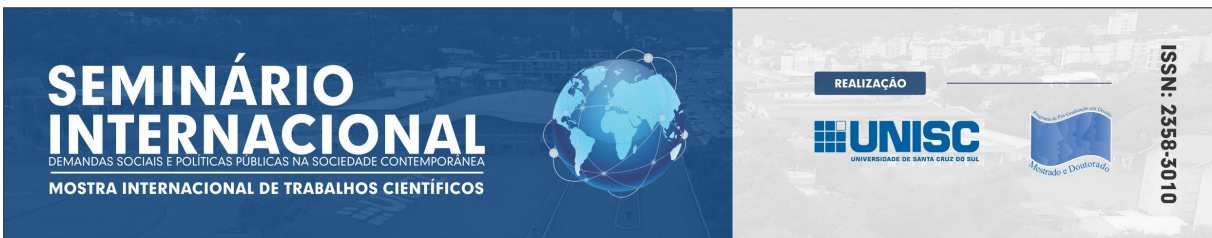
Resumo: O presente artigo tem por objetivo principal compreender a possibilidade de se transacionar o direito da saúde, caracterizado como fundamental e indisponível (inicialmente) bem de caráter não patrimonial (cunho não monetário). Para tanto, o problema que move a pesquisa questiona: a partir da constitucionalização da proteção à saúde, seriam os conflitos sanitários insuscetíveis de transação? Como definir, exatamente, o que seja um direito disponível? Como distingui-lo de um direito indisponível? Quanto à metodologia utilizada, o método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento é o monográfico, valendo-se de técnica bibliográfica, contendo exame da doutrina e legislação condizente ao tema. A conclusão restou demonstrado que transacionar direitos indisponíveis, como o direito à saúde, pode ser possível em situações práticas que demonstram a possibilidade de negociar direitos indisponíveis no âmbito da mediação.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Direito à saúde; Direitos indisponíveis transacionáveis; Mediação de conflitos; Transação.

Abstract: The main objective of this article is to understand the possibility of transacting the right to health, characterized as a fundamental and unavailable (initially) good of a non-patrimonial nature (non-monetary nature). Therefore, the problem that moves the research asks: from the constitutionalization of health protection, would health conflicts be insusceptible of transaction? How to define, exactly, what is an available right? How to distinguish it from an unavailable right? As for the methodology used, the method of approach is the hypothetical-deductive and the method of procedure is the monographic one, making use of bibliographical technique, containing examination of the doctrine and legislation consistent with the theme. The conclusion was shown that transacting unavailable rights, such as the right to health, can be possible in practical situations that demonstrate the possibility of negotiating unavailable rights within the scope of mediation.

Keywords: Access to justice; Right to health; Tradable unavailable rights; Conflict mediation; Transaction.

¹ Doutoranda em Direito sob a linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, pela Universidade Santa Cecília - UNISANTA (2019), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2007). Integrante do Grupo de Pesquisa: “Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos”, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, coordenado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler e Vice-liderado pelo Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Conciliadora Judicial. Mediadora. Professora Universitária. Advogada. e-mail: thaisoliva@aasp.org.br.



1. Introdução

Inicialmente, evidencia-se que a intenção nuclear da presente pesquisa científica é compreender a possibilidade de realizar a autocomposição nos conflitos de direito da saúde que tem por característica ser um direito fundamental e indisponível (inicialmente), bem de caráter não patrimonial (cunho não monetário).

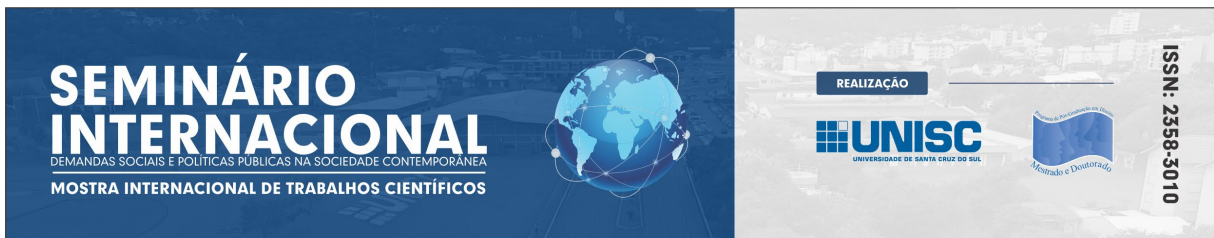
Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o indivíduo pode exigir do Estado prestações positivas e ações e serviços de saúde, uma vez que é dever do Estado assegurar o direito fundamental à saúde. Entretanto, por se tratar de um direito indisponível, a assistência à saúde só consegue ser efetivada por meio da intervenção do Poder Judiciário. Nos últimos anos, com o aumento exponencial do número de processos judiciais, se apresenta relevante o estudo e aprimoramento de novos modelos de solução de conflitos.

É neste contexto que tem surgido como alternativa, para efetivação do direito fundamental à saúde, a chamada mediação apta a solucionar de outra forma as demandas. Todavia, para a adequada comparação da possibilidade de realizar a autocomposição, deve-se considerar a disponibilidade do direito em debate, conforme o artigo 3º da Lei de Mediação.

Em razão disso, avalia-se algumas a possibilidade do tratamento do conflito sanitário através da mediação, uma vez que a saúde é um direito indisponível, inicialmente, bem de caráter não patrimonial (cunho não monetário).

A partir dessas considerações, apresenta-se a seguinte problemática de pesquisa: Seriam os conflitos sanitários insuscetíveis de verdadeira transação? Com a intenção de responder ao questionamento, bem como atingir o objetivo da pesquisa, subdividir-se-á o texto em três principais seções, equivalentes aos objetivos específicos: a) elucidar a proteção à saúde na Constituição Federal de 1988; b) analisar o instituto da mediação, sua natureza e objeto jurídico e c) avaliar a relação entre transação e a indisponibilidade do direito na esfera sanitária.

A presente composição divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, referente à proteção à saúde na Constituição Federal de 1988, serão expostos os conceitos básicos relacionados com o tema, em especial a constitucionalização do direito à saúde pode levar ao questionamento sobre a possibilidade de transação acerca deles, na medida em que os direitos protegidos pelo Estado são, em regra, indisponíveis (eis que sua tutela visa à proteção da vida, da saúde e da qualidade de vida de todo o corpo social). No segundo capítulo, voltado mais especificamente a mediação, e legislação civil e processual civil brasileira. E, por fim, o terceiro capítulo se propõe a compreender como a interpretação de “direitos indisponíveis que admitam transação” contribuem para o tratamento adequado ao conflito sanitário.



O presente artigo científico, de caráter explicativo e multimodal, foi produzido por meio do procedimento lógico-dedutivo. Empregou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica da doutrina jurídica e pesquisa documental da legislação existente sobre o tema. A abordagem foi qualitativa sobre as fontes primárias e secundárias citadas e o acesso aos materiais ocorreu de forma física ou digital, conforme referenciado.

Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, pois consiste na análise de categorias gerais com a intenção de se atingir uma particularidade.

2. Proteção à saúde na constituição federal de 1988.

Segundo a Constituição de 1988, conforme conceituado no art. 196, a saúde é um bem de uso comum da população brasileira, de titularidade difusa (de todas as pessoas) e indivisível, bem como poder estar ligados aos reflexos pessoais e patrimoniais de uma pessoa ou de um grupo interessado.

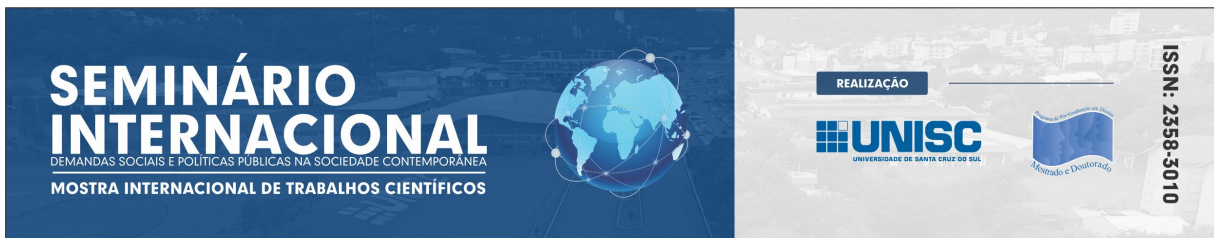
Nos dizeres de ALMEIDA (2019), pela primeira vez no Brasil positivou-se o direito à saúde como direito fundamental, produzindo uma força normativa formal e material da tutela desse direito.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 preconiza que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Dessa forma, a Constituição de 1988, além de transformar a saúde em direito constitucionalmente assegurado para o povo brasileiro, elevou o bem jurídico ao status de direito fundamental.

Neste período, bem esclarece Cohn (2018, p. 226):

Com o passar do tempo, o engajamento efetivo na luta pelo direito à saúde vai se mantendo acentuado, particularmente entre os acadêmicos da área, entre alguns poucos (até muito recentemente) representantes no poder legislativo dos três níveis de governo, e gestores e trabalhadores da saúde. Evidencia-se, contudo, um claro descolamento da luta pelo SUS, com seus princípios e diretrizes, em relação aos movimentos sociais em geral. Naquela época já se questionava até que ponto a saúde, enquanto questão social, seria capaz de manter a mobilização social após o período da transição democrática do país, quando o movimento sanitário se articulou com o movimento mais amplo da mobilização pela democratização política. Quando essa já se apresenta, passa a prevalecer, mesmo nos órgãos de participação social (os conselhos de saúde e os conselhos gestores dos serviços de saúde, estes quando existentes), o caráter fracionado da participação social, organizada por interesses particulares específicos que definem as demandas dos seus representantes,



dificultando assim a mobilização e a pressão por direitos da saúde mais amplos e universais.

Os artigos 194 e 196 da CF/88 contemplam o direito à saúde em uma perspectiva mais específica, traçando uma diretriz para a atuação do Estado, senão veja-se:

Art. 194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Segundo Leite (2017, p. 46) “a saúde é posta como direito de todos e dever do Estado, mas sua garantia ocorre por meio do acesso universal e igualitário a políticas sociais e econômicas que visem sua proteção, proteção e recuperação”.

O direito à saúde tem peculiar atenção do Estado brasileiro e pode, inclusive, ser percebido em outros direitos e princípios também presentes no texto constitucional.

Neste período identificam-se diversas transformações no país com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Houve, por consequência a necessidade de adequação da realidade política-econômica-social aos parâmetros inaugurados pela nova ordem constitucional, incluindo diversos setores do Estado, dentre eles, o sistema de saúde.

A Carta de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, constituindo o Brasil em um Estado Democrático de Direito, com uma essencial característica de ser fundado na Dignidade da pessoa humana, garantindo a busca pelo respeito e efetivação dos direitos fundamentais (CRUZ, 2014, p.37).

Neste sentido, Sarlet (2002, p. 83-84) afirma:

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, contata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...].

A legislação infraconstitucional, também passou a expressar referido entendimento, a exemplo do disposto no art. 3º da Lei 8080/90, *ipsis litteris*:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.



Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (Lei 8080/90). (grifo nosso).

Note-se a consonância das iniciativas e conceitos presentes no sistema jurídico pátrio com as orientações e parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde. Essa paridade é essencial para a efetivação do direito fundamental à saúde, pois a uniformização de entendimento favorece a agregação de força se viabiliza ações conjuntas, que apresentam maior eficiência.

Incumbe, pois, ao Estado envidar todos os esforços necessários à efetivação deste direito que passa a ser uma prerrogativa de todos os cidadãos brasileiros.

Em que pese, a constitucionalização do direito à saúde pode levar ao questionamento sobre a possibilidade de transação acerca deles, na medida em que os direitos protegidos pelo Estado são, em regra, indisponíveis (eis que sua tutela visa à proteção da vida, da saúde e da qualidade de vida de todo o corpo social).

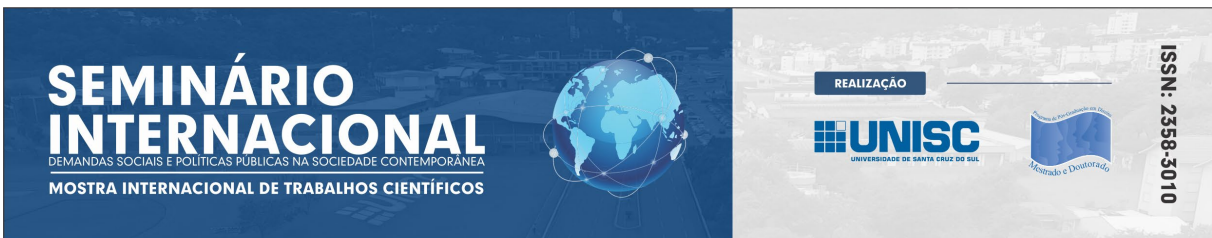
Com o objetivo de identificar os direitos sociais com os direitos humanos indisponíveis e exigíveis, em especial, o direito à saúde e o acesso à justiça, através do Judiciário ou de outros meios disponíveis para a resolução de conflitos, pretende-se defini-los, enfatizando que a mediação é um direito do jurisdicionado e representa um exercício de cidadania.

3. Tratamento adequado do conflito sanitário através da mediação.

O acesso à justiça – e à ordem jurídica justa – conduz à pacificação, pois é por ele que os conflitos são adequadamente tratados encontrando solução justa (GRINOVER, p. 73, 2018).

O Estado, investido no seu Poder Jurisdicional, coloca-se à mercê do jurisdicionado recebendo sua pretensão e, se for o caso, reconhecendo o direito e lhe outorgando o bem da vida pretendido. Todavia, o processo estatal retira do mundo jurídico e fático o conflito impondo uma decisão as partes (perde-ganha), sem dirimir as causas do conflito.

Desse modo, entende-se por Sistema Multiportas, instituída pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos (Resolução 125/10, CNJ), o complexo de opções que cada indivíduo tem à sua disposição para solucionar um conflito a partir de diferentes métodos. Este sistema envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios – arbitragem e solução jurisdicional) e autocompositivos (consensuais – conciliação, mediação e negociação), com ou sem a articulação ou participação estatal.



Não sendo mais um meio alternativo - já que alheio à Justiça tradicional -, e sim adequado - já que inserido como método capaz de pacificação social, garantidor do acesso à Justiça e da duração razoável do processo -, a autocomposição ganha espaço através da criação de Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) que, apartados da figura de um fórum, concentram sessões de Mediação ou conciliação que visam resolver conflitos já judicializados ou não, com previsão no artigo 165, “caput” do Código de Processo Civil (SPENGLER, 2016, p.24).

O Código de Processo Civil traz uma disciplina inteira dedicada aos institutos da Mediação e da conciliação na Seção V, Capítulo III, Título IV do Livro III (Dos Sujeitos do Processo), oportunizando a resolução de conflitos por meios adequados. (BRASIL, 2015)

Esta perspectiva está claramente delineada no Código de Processo Civil atual, “*que após enunciar no capítulo a garantia de acesso à Justiça*”, dispôs no art. 3º, § 2º que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, devendo ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (TARTUCE, 2018, p.51).

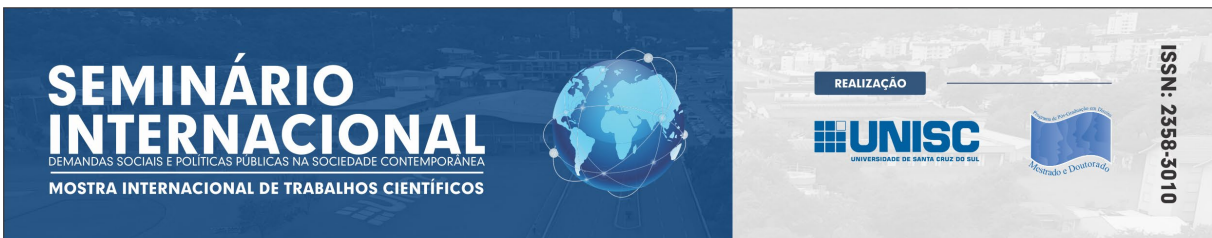
Segundo GRINOVER (2018, p. 16) o tratamento adequado dos conflitos leva a pacificação social, efetivando-se o acesso à justiça que gera acesso à ordem jurídica justa. Para a autora na mediação as próprias partes buscam a solução do conflito que é exposto e trabalhado por inteiro, não havendo vencedor e nem vencido.

A mediação recebeu tratamento jurídico específico pela Lei Federal nº 13.140/2015, disciplinado a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, dispõe no parágrafo único do artigo 1º: “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Assim TARTUCE (2017, p. 53) a definição de mediação é:

método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, ao entender melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. É espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada um ‘meio alternativo de solução de conflitos’ ou equivalente jurisdicional. Para alguns estudiosos, identifica-se com a conciliação, que também busca o estabelecimento de um consenso. Todavia, as técnicas divergem pela atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação não deve sugerir termos para o acordo e pode, na conciliação, adotar uma conduta mais ativa e influenciadora do ajuste final.

Para SPENGLER (2022, p.384) a mediação judicial difere das práticas tradicionais de jurisdição: “justamente porque o seu objeto de trabalho é a sociedade (ainda que tenha sido



“sequestrada” pelo Judiciário), sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos”.

Nesse sentido o principal foco da mediação é restaurar o diálogo entre as partes, auxiliadas em sua comunicação por um mediador (terceiro imparcial), com a finalidade que possam encontrar respostas adequadas ao impasse que se encontram na solução da sua disputa. A solução da controvérsia é posta como responsabilidade das partes através de um facilitador do diálogo, emponderando-as para pôr fim ao conflito.

Em virtude disso, a mediação se torna mais vantajosa em face da jurisdição tradicional, pois: a) aos conflitantes é dado o poder de escolher um procedimento próprio para o seu desenvolvimento; b) existe a possibilidade da construção conjunta para solução da disputa sem a presença da perspectiva adversarial nos processos tradicionais; c) há o controle dos mediandos sobre o procedimento; d) a consensualidade é inerente a essa pratica; d) há diminuição do desgaste emocional dos envolvidos, a preservação da integridade física, moral, socioeconômica e sociológica dos conflitantes; e) e, por fim, é dada autoridade aos indivíduos para solucionarem suas questões de acordo com às suas necessidades (LIMA, 2021, p. 548).

Para tanto, Tartuce (2018, p.211) destaca que a possibilidade da maior flexibilização deriva da autonomia e independência em que os conciliadores e mediadores têm para conduzir o caso concreto, isto é, permite-se a eles paralisar, recusar e interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento.

A base da Mediação é a comunicação entre as partes envolvidas a fim de que sozinhas cheguem a uma resolução para aquele conflito. Isso se dá mediante a fala e escuta, através do princípio da oralidade, permeando a pauta de atuação do facilitador do diálogo a busca do consenso (Lei de Mediação, artigo 2º, VI), visando que as pessoas através de outro princípio o da não competitividade, faz com que descubram por si a melhor solução.

Todavia, para a adequada comparação da possibilidade de realizar a autocomposição, deve-se considerar a disponibilidade do direito em debate. Acerca do objeto da mediação, dispõe o artigo 3º da Lei de Mediação:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (Lei Federal nº 13.140/2015)



Importante observar os limites subjetivos para o cabimento de cada uma dessas convenções. Como é de conhecimento geral, o art. 3º da Lei de Mediação é um divisor de águas no que se refere à definição dos limites do acordo a partir da espécie de direito em jogo tudo isso reforça a tese de que há a necessidade premente de se determinar o alcance de cada uma das espécies de direito contempladas no art. 3º.

Para tanto, se faz necessário a distinção entre direitos indisponíveis e intransigíveis, e à possibilidade de transação ou autocomposição em relação a esses direitos.

Os direitos indisponíveis são aqueles que não podem ser livremente renunciados ou transacionados pelo titular, uma vez que têm um caráter de proteção à dignidade humana, à vida, à integridade física, à liberdade, à igualdade, entre outros valores fundamentais. Por exemplo, não é possível renunciar ao direito à vida ou ao direito de não ser submetido à tortura.

Esses direitos são considerados intransigíveis e não admitem autocomposição ou transação, sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para garantir sua proteção.

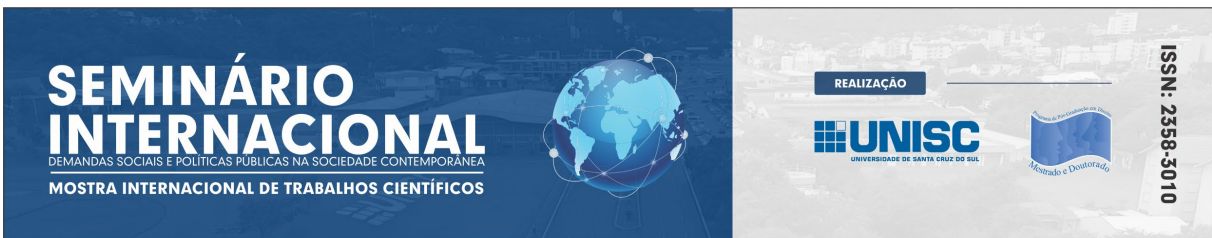
Já os direitos disponíveis são aqueles que podem ser livremente renunciados ou transacionados pelo titular, uma vez que têm um caráter patrimonial ou econômico, como, por exemplo, o direito de propriedade ou o direito de receber uma indenização. Nesse caso, é possível chegar a um acordo por meio de autocomposição ou transação, desde que o acordo respeite as normas legais e seja homologado pelo Poder Judiciário.

No entanto, é importante destacar que mesmo nos casos de direitos disponíveis, a homologação judicial é uma condição de eficácia do acordo, ou seja, sem a aprovação do Judiciário, o acordo não terá validade legal. Além disso, nos casos em que os direitos disponíveis envolvem questões sensíveis ou de interesse público, como meio ambiente ou direitos trabalhistas, por exemplo, é possível que haja limitações à transação ou autocomposição, a fim de garantir a proteção desses valores.

Desse modo, nada impede que a mediação seja realizada acerca de direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação, sem esclarecer os critérios de admissibilidade de transação dos direitos indisponíveis.

4. A transação e a indisponibilidade do direito na esfera sanitária.

Ao utilizar a mediação como política adequada para o tratamento de disputas, incluindo conflitos sanitários, as partes envolvidas têm a oportunidade de dialogar e buscar uma solução conjunta, o que pode levar a uma solução mais satisfatória e duradoura do que se a questão



fosse resolvida através de um processo judicial adversarial. Além disso, a mediação pode proporcionar às partes um amplo acesso à justiça, pois é um processo menos formal e mais acessível do que um processo judicial.

Segundo Leticia de Campos Velho Martel (2010, p. 18-19) a doutrina brasileira refere, com poucas exceções, que os direitos fundamentais são indisponíveis:

Na mesma esteira, os privatistas soem afirmar que os direitos da personalidade são indisponíveis e os internacionalistas que os direitos humanos o são. Ainda, no âmbito do direito penal, é forte a ideia de que o consentimento da vítima (ou ofendido) não produz efeitos jurídicos, quando se tratar (o que é normalmente o caso) da proteção de 'bens' ou de 'direitos indisponíveis'. Também na ambiência dos direitos sociais, assevera-se que são indisponíveis. É assim que ocorre no ramo trabalhista e previdenciário e, também, quanto aos direitos à saúde e à educação. Apesar de, em um primeiro olhar, juristas de vários ramos do direito adotarem a premissa da indisponibilidade dos direitos fundamentais, não se pode inferir a inexistência de um problema quanto ao assunto.

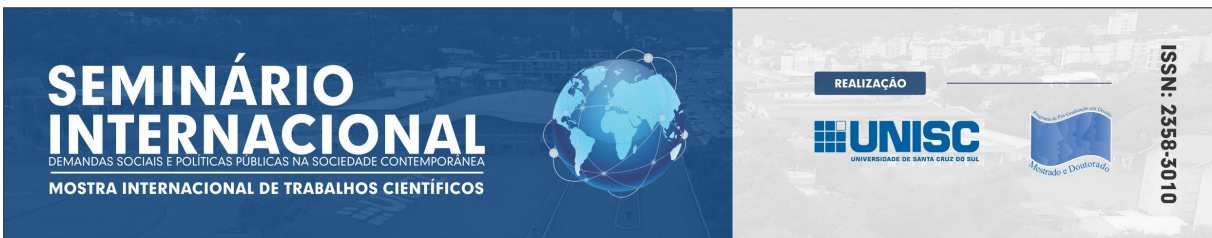
De um lado, a Constituição não expressa a indisponibilidade dos direitos fundamentais, como o direito à saúde. De outro, questões práticas recebem respostas que se distanciam da premissa de indisponibilidade.

O direito à saúde é garantido constitucionalmente no Brasil, e ninguém pode negar sua natureza difusa, fundamentalíssima e, portanto, indisponível. E, aparentemente, deve ser resolvido pela judicialização em vista da sua natureza.

Segundo o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde (CNJ, 2022) mais de 520 mil processos judiciais referentes à saúde tramitam na Justiça brasileira. Os dados são referentes ao período entre 2020 e 2022. Já foram ingressadas, até agosto de 2022, mais de 89 mil novas ações sobre saúde pública e 50 mil referentes à saúde suplementar, estando entre os assuntos mais judicializados, estão questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos, ao tratamento médico-hospitalar, reajuste contratual e leitos hospitalares.

Nesta perspectiva pelo vertiginoso aumento das demandas judiciais, resta evidente que o Estado tem falhado nas políticas públicas de Saúde, sendo dever dos diversos agentes envolvidos a busca por meios que garantam efetivo acesso aos mais variados recursos disponíveis, à toda coletividade, o que não ocorre através de demandas individualizadas, no Poder Judiciário (SPENGLER NETO; BECKER; QUADROS, 2019, p. 72).

Assim, a atuação da mediação aos conflitos sanitários, em especial aqueles que envolvam direitos indisponíveis passíveis de transação, visa ao direito de acesso à justiça e a prestação jurisdicional efetiva e adequada às necessidades dos jurisdicionados.



Em face disso, necessário se faz distinguir a “transação”, “direitos disponíveis” e “direitos indisponíveis que admitam transação”, a fim de concluir sua aplicabilidade ao direito sanitário.

Segundo a doutrina clássica de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1984), a transação é o negócio jurídico bilateral que importa em concessões recíprocas entre as partes visando à eliminação de controvérsias sobre o conteúdo, a extensão, a validade ou a eficácia de uma relação jurídica de direito material, tal como dispõe o art. 840 do CC, segundo o qual "É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

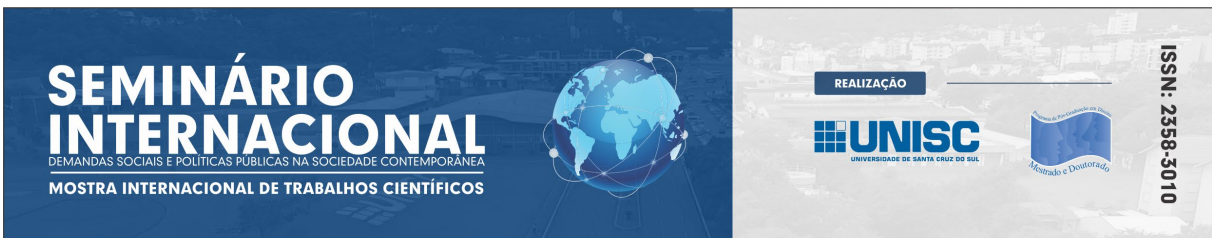
De forma clássica, associa-se a disponibilidade do Direito ao seu caráter patrimonial (pecuniário). Complementando a diferenciação dos institutos, não podem ser objeto de transação os direitos não patrimoniais e os de natureza pública (direitos indisponíveis), nos termos do art. 841, Código Civil (MIRANDA, 1984).

Aduz COSTA (2019) que o conceito de indisponibilidade é de difícil compreensão, uma vez que não há definição expressa na legislação brasileira. O que se encontra são referências esparsas na Constituição Federal (artigos 127, 225 e 231) bem como no Código de Processo Civil (artigos 373, § 3º, I e 392).

Por outro lado, se tem os direitos indisponíveis não transacionáveis e transacionáveis. No primeiro caso haverá norma expressa proibindo o acordo ou ainda a violação a um direito fundamental, expressamente estabelecendo uma relação de incompatibilidade entre a transação e direitos indisponíveis.

Em segundo lugar, nas hipóteses de direitos indisponíveis transacionáveis, para COSTA (2019, p. 217) a negociação num processo autocompositivo acerca de um “quantum”, pode trazer mais efetividade na concretização desse direito, uma vez que a solução dos conflitos pode ser construída pelas partes, com o seu consentimento, dentro de suas reais possibilidades.

A saúde é um direito fundamental e social reconhecido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. Embora seja considerado um direito indisponível, a sua transacionabilidade dependerá da natureza da pretensão e das circunstâncias do caso concreto. Todavia nem todo conflito sanitário é intransigível, como exemplo no caso de um paciente que necessita de um tratamento médico específico e não disponível pelo SUS (cunho patrimonial/pecuniário), é possível que ele busque um acordo extrajudicial com o plano de saúde ou com o médico responsável pelo tratamento, desde que sejam observados os requisitos legais e a homologação judicial. Nesse caso, o direito à saúde é considerado indisponível, mas pode ser transacionado para que sejam atendidas as necessidades do paciente.



Assim, observando os exemplos práticos, tem-se que não é possível tratar indisponibilidade como sinônimo de intransigibilidade.

GRINOVER (2018, p. 37) enfatiza que o processo se amolda não só ao direito material, mas sobretudo ao tipo de conflito que se objetiva solucionar. Ou seja, se adequa o procedimento ao direito material subjacente e ao tipo de conflito que a crise de direito ocasionou.

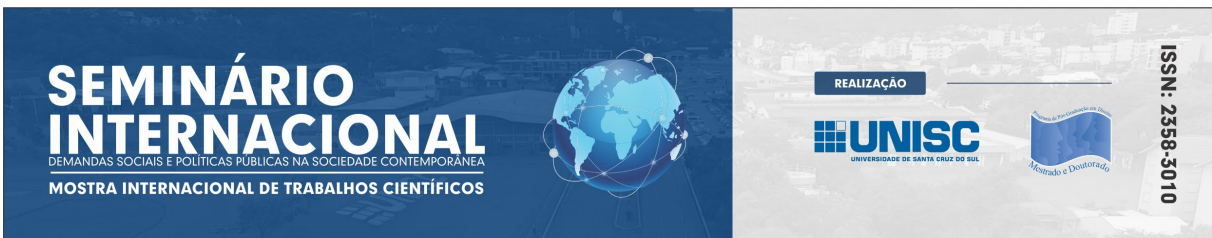
Para AITH (2019, p. 29) a partir do instrumentalismo do processo, ainda que a pretensão possua como objeto o direito à saúde, deve-se colocar a técnica processual a seu serviço e não ao contrário. Assim, a aplicação da mediação como meio de resolução de conflitos no Direito Sanitário é um instrumento facilitador do acesso à justiça e da democracia garantindo o não perecimento do Direito e assegurando às partes o amplo acesso à justiça, a segurança jurídica em tempo razoável.

Segundo GABBAY (2011.p.25) “uma das características centrais da mediação é a sua flexibilidade procedimental, de forma que é o processo que deve se adequar ao conflito, e não o conflito ao processo (regra geral de “one size does not fit all”)”. Inclusive que as partes celebrem negócios jurídicos processuais, antes ou durante, o processo permitindo a flexibilização das normas procedimentais de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

Corroborando, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021), através da Recomendação N. 100, de 16 de junho de 2021, recomendou aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação.

Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo inaugurou, na data de 12 de dezembro de 2022, o Cejusc-Saúde Pré-Processual (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania na Área da Saúde), sendo um modelo inédito no país (sistema on line - www.tjsp.jus.br/CejuscSaude) onde todos os envolvidos no termo de cooperação (convênio entre Justiça Estadual de São Paulo, Justiça Federal, Ministério da Justiça, Governo do Estado, Prefeitura de São Paulo, Conselho de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems-SP), Ministério Público do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado e Defensoria Pública da União) sabem que se trata de uma importante ferramenta para atender o cidadão paulista com mais celeridade e para os entes públicos trabalharem com mais segurança e economia.

Na página do [Cejusc-Saúde](http://www.tjsp.jus.br/CejuscSaude), o cidadão preenche o formulário on-line com dados pessoais, seleciona os medicamentos da lista do SUS, insere a documentação necessária (receita e relatório médico em arquivo pdf) e escreve um breve relato dos fatos. Assim, o Judiciário



encaminha a demanda para o órgão competente, que presta informações em até 72 horas: se fornecerá o remédio e quando; se não fornecerá e os motivos; se oferecerá outro medicamento com mesmo efeito terapêutico etc.

Caso a questão não seja solucionada, o cidadão poderá ingressar com um processo na Justiça.

Com efeito transacionar direitos indisponíveis, como o direito à saúde, é impossível. No entanto, existem situações práticas que demonstram a possibilidade de negociar direitos indisponíveis no âmbito da mediação.

5. Conclusão

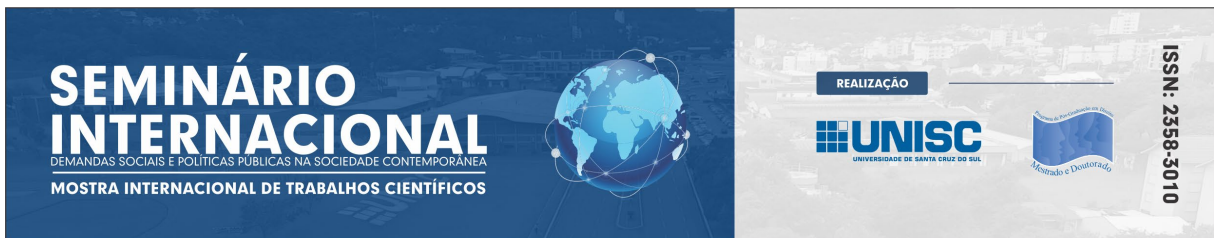
É dever do Estado assegurar o direito fundamental à saúde, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, por se tratar de um direito indisponível bem como de cunho não-patrimonial, a assistência à saúde só consegue ser efetivada por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Todavia, nos últimos anos, houve uma crescente no número de processos judiciais, se apresentando relevante o estudo e aprimoramento de novos modelos de solução de conflitos. Neste contexto surge como alternativa, para efetivação do direito fundamental à saúde, a chamada mediação apta a solucionar de outra forma as demandas.

Contudo, para a adequada comparação da possibilidade de realizar a autocomposição, deve-se considerar a disponibilidade do direito em debate, dispõe o artigo 3º da Lei de Mediação. Assim avaliou-se algumas possibilidades do tratamento do conflito sanitário através da mediação, uma vez que a saúde é um direito indisponível, inicialmente, bem de caráter não patrimonial (cunho não monetário).

Nem todo conflito sanitário é intransigível e alguns podem estar relacionados a questões contratuais ou financeiras, que podem ser resolvidas por meio de negociação e acordos extrajudiciais. Além disso, é importante colocar a técnica processual a serviço da pretensão que possua como objeto o direito à saúde, ou seja, buscar formas de solução que sejam mais adequadas à natureza do conflito, evitando assim que a técnica processual se torne um obstáculo para a realização do direito à saúde.

Nesse sentido, iniciativas como o Cejusc-Saúde do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP, 2022) são importantes para prestar auxílio ao cidadão na tentativa de solução da demanda, sem a necessidade de uma decisão judicial. Esses centros de mediação e conciliação podem ser eficazes na resolução de conflitos de saúde, permitindo que as partes encontrem



soluções justas e satisfatórias de forma mais ágil e menos onerosa do que através de um processo judicial.

Posto isto, conclui-se, que a aplicação da mediação como meio de resolução de conflitos no Direito Sanitário é um instrumento facilitador do acesso à justiça e da democracia garantindo o não perecimento do Direito e assegurando às partes o amplo acesso à justiça, a segurança jurídica em tempo razoável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NORMA DE PROPORCIONALIDADE: O PROBLEMA DOS MEDICAMENTOS E SERVIÇOS NÃO INCORPORADOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DOS MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA**. Revista Direito, Estado e Sociedade. University of Toronto Law Journal. Toronto, v. 55, 2019, pp. 197-230. DOI: [10.17808/des.55.901](https://doi.org/10.17808/des.55.901)

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL (2010). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. (2015). **Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. (2015). **Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre Mediação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL (2021). **Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1443552021061860ccb12b53b0d.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça . **Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde/Conselho Nacional de Justiça** Brasília: CNJ, 2022. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 mar. 2023.

COHN, Amélia. **“Caminhos da reforma sanitária”**, revisitado. Estud. av., São Paulo, v. 32, n. 93, p. 225-241, 2018. Disponível em:



http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0142018000200225&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 dez. 2022.

COSTA, Nilton César Antunes da, and Rebeca Barbosa dos SANTOS. "A transação de direitos indisponíveis na mediação." *Revista Direito UFMS, Campo Grande* 5.1 (2019): 208-232.

CRUZ, Mariana Fordellone Rosa. **O Dever do Estado na Efetivação do Direito à Saúde: Os papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**. 2014. Dissertação. (Mestrado em Saúde). Universidade de São Paulo. São Paulo/SP.

DALLARI, SUELI GANDOLFI - FSP ; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA – FSP. **Direito sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde**. Editora Juruá. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011. Tese. (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo. São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em juízo: O excesso do judiciário e a escassez dos leitos de UTI no Estado do Ceará**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **DE MÃOS DADAS COM POLLYANNA: A MEDIAÇÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO 174 DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO – CSJT - E AS DISPUTAS TRABALHISTAS**. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 2, n. 69, p. 375 - 405, jun. 2022. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2406>>. Acesso em: 02 maio 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i69.2406>.

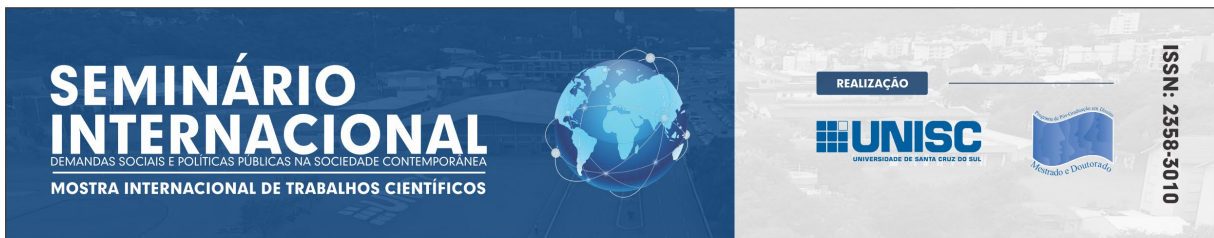
MARTEL, Doutora, Professora PUC-RJ, Brasil, L. de C. V. (2012). **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 13(2), 405–408. Recuperado de <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2110>

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1984. t. IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico] : a teoria, a prática e o projeto de lei. Organizadores: Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto. - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2010. Disponível em: http://ead.tjrs.jus.br/navi/tjrs/agenda/pdf.php?%20COD_ARQUIVO=4309 Acesso em: 02 mar. 2023.

SPENGLER NETO, T.; BECKER, J.C.; QUADROS, L. P. de. **O juiz, a jurisdição e a celeridade processual: implementação de políticas públicas em busca de prestação**



jurisdicional adequada. In: SPENGLER, F. M.; NETO, T.S. (Org.). Políticas Públicas para o acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2019. p. 71-87

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos Civis.** Rio de Janeiro: Método, 2018.

TJSP. **CEJUSC-SAÚDE. Pedido de medicamentos.** São Paulo: TJSP, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=88356>. Acesso em: 26 mar. 2023.
Acesso em: 26 mar. 2023.