

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA

PACTUAÇÃO JUDICIAL DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS: OS
DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CURITIBA

2023

VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA

PACTUAÇÃO JUDICIAL DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS: OS
DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Doutora em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ângela Cássia Costaldello

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Rocha, Valéria Maria Lacerda

Pactuação judicial dos componentes não padronizados:
os desafios da administração pública na judicialização da
saúde / Valéria Maria Lacerda Rocha. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito.

Orientadora: Angela Cassia Costaldello.

1. Administração pública. 2. Conciliação (Processo civil).
3. Direito à saúde. 4. Direitos fundamentais. I. Costaldello,
Angela Cassia. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA EM DIREITO

No dia vinte e nove de novembro de dois mil e vinte e tres às 14:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA**, intitulada: **PACTUAÇÃO JUDICIAL DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS: OS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**, sob orientação da Profa. Dra. ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MELINA GIRARDI FACHIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO), FERNANDA SCHUHLI BOURGES (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATOLICA DO PARANÁ- PUCPR), CLÊNIO JAIR SCHULZE (INSTITUTO LUIZ MARIO MOUTINHO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutora está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 29 de Novembro de 2023.

Assinatura Eletrônica
30/11/2023 10:53:03.0
ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
30/11/2023 14:33:37.0
MELINA GIRARDI FACHIN
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
30/11/2023 14:44:22.0
ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
05/12/2023 11:18:23.0
JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO)

Assinatura Eletrônica
01/12/2023 17:07:40.0
FERNANDA SCHUHLI BOURGES
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATOLICA DO PARANÁ- PUCPR)

Assinatura Eletrônica
30/11/2023 15:53:04.0
CLÊNIO JAIR SCHULZE
Avaliador Externo (INSTITUTO LUIZ MARIO MOUTINHO)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **VALÉRIA MARIA LACERDA ROCHA** intitulada: **PACTUAÇÃO JUDICIAL DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS: OS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**, sob orientação da Profa. Dra. ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutora está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 29 de Novembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

30/11/2023 10:53:03.0

ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

30/11/2023 14:33:37.0

MELINA GIRARDI FACHIN

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

30/11/2023 14:44:22.0

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

05/12/2023 11:18:23.0

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO)

Assinatura Eletrônica

01/12/2023 17:07:40.0

FERNANDA SCHUHLI BOURGES

Avaliador Externo (PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ- PUCPR)

Assinatura Eletrônica

30/11/2023 15:53:04.0

CLÊNIO JAIR SCHULZE

Avaliador Externo (INSTITUTO LUIZ MARIO MOUTINHO)

Dedico esse trabalho aos meus ascendentes e aos meus descendentes:

Lacerda e Socorro me proporcionaram a vida.

Laura e Arthur me proporcionaram a vontade de viver.

AGRADECIMENTOS

Gratidão é o sentimento mais sublime e humilde que pode ter um ser humano.

A gratidão é um sentimento que se vivencia muito mais do que se consegue descrever. Seria uma injustiça não fazer menção a todos que direta ou indiretamente estiveram comigo ao longo desse doutorado. Ciente de que posso cometer uma profunda injustiça, meu primeiro agradecimento será destinado a todos aqueles que ao longo de minha jornada sempre estiveram felizes com minhas vitórias. A quem possa ter me ofertado um simples sorriso durante os percalços da vida.

Meu muito obrigada aos meus pais, Lacerda e Socorro, que além da vida, ensinaram-me a trilhar o caminho do bem, do justo e do honesto.

Meus filhos, Laura e Arthur, por tantas ausências ao longo da criação deles, mas sempre foram para e por eles todas as noites mal dormidas.

Meu muito obrigada a Roberto pela força, paciência e companheirismo durante essa jornada, que apesar de ter chegado no curso da caminhada, nunca deixou de dar apoio e atenção ao meu sonho.

Meu muito obrigada à Professora Ângela Costaldello pela paciência, dedicação e sapiência durante a orientação dessa tese.

Meus sinceros agradecimentos ao Professor Sérgio Alexandre por ter lutado pelo nosso Dinter, um sonho que se realiza através de uma ação, chamada luta.

Meu muito obrigada a todos os colegas do Dinter e professores da UERN, em especial a Armando Ponte e Fábio Ataíde, pelo companheirismo, amizade, apoio e estudos durante todo o curso.

Meu muito obrigada a todos os professores do Dinter, representantes da UFPR, que dedicaram tempo e conhecimentos para essa trajetória, a qual abriu um leque de conhecimento na minha jornada não apenas profissional, mas como ser humano.

Minha eterna gratidão aos servidores e todos os participantes do CEJUSC Saúde de Natal, do Comitê Estadual de Saúde do RN e demais parceiros de jornada na busca de soluções para a saúde pública do nosso tão sofrido povo.

E, por último, não menos importante, mas por sua força em minha vida, ao meu Criador, aquele que está e sempre esteve comigo. Minha força, meu alento e minha sabedoria. Tudo por ti e para ti.

Está na hora de grandes estrategistas da divulgação conceberem e colocarem em execução um grande projeto de formação de nova mentalidade e de incentivo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos, tanto no plano judicial como na esfera extrajudicial, divulgando as grandes e inegáveis vantagens das soluções amigáveis.

Kazuo Watanabe

RESUMO

A presente pesquisa pretende justificar o uso da pactuação judicial nos componentes não padronizados, através da adoção de determinados critérios legais e jurídicos que devem ser observados pelo Administrador Público e pelo Poder Judiciário, quando o acordo envolver esse tipo de procedimento. O principal objetivo do estudo é desenvolver um sistema de critérios que devem ser observados pelo gestor público ao celebrar um acordo judicial com relação aos componentes não padronizados, evitando, assim, todas as consequências de uma sentença condenatória. Pretende-se, no decorrer da narrativa, apresentar a judicialização da saúde no cenário nacional, principalmente após a consagração do Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988, demonstrando as principais consequências que advém com uma condenação judicial dos entes públicos, e que poderiam ser evitadas caso houvesse o acordo judicial. Para se conseguir atingir o principal objetivo do trabalho, analisar-se-ão, em especial, os impactos da judicialização da saúde no bom funcionamento do orçamento público, as consequências advindas com uma sentença condenatória e os benefícios que existem atualmente com o uso dos meios consensuais implantados pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses através da Resolução nº 125/2010 do CNJ, e que, posteriormente, foi reconhecida na reforma do Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação). A partir dessas premissas é que se compreenderá como os meios alternativos de solução dos conflitos podem ser utilizados pela administração pública nos processos envolvendo saúde pública. Entretanto, para todo esse desiderato, é necessário humanizar e equacionar o princípio da legalidade administrativa com a política nacional de consensualização dos conflitos, desmistificando, assim, a questão da responsabilidade civil e criminal por parte do Administrador Público. A hipótese desse trabalho volta-se a responder se podem os gestores públicos celebrar acordos judiciais quando os processos contêm pedidos relacionados aos componentes não especializados. A resposta a essa indagação é o maior objetivo dessa pesquisa. Ademais, é de fundamental importância que os tribunais nacionais com a administração pública busquem criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) específicos em matéria de saúde, objetivando o tratamento adequado a esse tipo de demanda. A pesquisa foi feita através do método hipotético-dedutivo a partir da constatação de que os métodos adequados de solução dos conflitos de interesses podem reduzir os impactos de uma sentença judicial, em especial nas contas públicas, desde que se sigam alguns critérios de observação obrigatória. Foram realizados estudos na literatura jurídica, nacional e estrangeira; foram feitas a análise jurisprudencial e os levantamentos de dados junto ao CEJUSC Saúde de Natal, o que possibilitou concluir e justificar que apesar da ausência do pedido judicial constar dos protocolos clínicos e terapêuticos do Sistema Único de Saúde (SUS), atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é possível o administrador público se utilizar da conciliação e da mediação judicial para minorar os impactos das sentenças condenatórias nos processos de saúde, uma vez que há meios jurídicos que devem ser observados quando da celebração do acordo.

Palavras-chave: Administração pública. Conciliação. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Componentes não padronizados.

ABSTRACT

This research aims to justify the use of judicial agreements in non-standard cases through the adoption of specific legal and juridical criteria that must be observed by the Public Administrator and the Judiciary when such agreements are involved. The primary objective of this study is to develop a set of criteria for public managers to follow when concluding judicial agreements concerning non-standard cases, thereby avoiding the repercussions of a condemnatory judgment. Throughout the narrative, we intend to present the judicialization of healthcare in the national context, especially after the recognition of the Right to Health in the Federal Constitution of 1988. We will illustrate the main consequences of a judicial condemnation of public entities and how these could be avoided through a court settlement. To achieve the main goal of this work, we will analyze the impacts of healthcare judicialization on the proper functioning of the public budget, the consequences of a conviction, and the benefits of using consensual methods as implemented by the National Judiciary Policy for the Appropriate Treatment of Conflicts of Interests through CNJ Resolution No. 125/2010, which was later incorporated into the 2015 reform of the Civil Procedure Code and Law No. 13.140/2015 (Mediation Law). Based on these assumptions, we will explore how alternative means of conflict resolution can be utilized by public administration in cases involving public health. However, to achieve this goal, it is crucial to harmonize the principle of administrative legality with the national policy of conflict resolution, thus dispelling myths surrounding civil and criminal responsibility on the part of the Public Administrator. Consequently, this work seeks to answer whether public managers can enter into judicial agreements when cases involve non-specialized components, which is the main focus of this research. Moreover, it is of paramount importance that national courts and public administration strive to establish Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSC) dedicated to healthcare matters, aiming for the appropriate treatment of this type of demand. The research was conducted using the hypothetical-deductive method, revealing that suitable conflict resolution methods can mitigate the impact of a court judgment, particularly on public finances, provided that specific mandatory criteria are adhered to. We conducted studies in the legal, national, and international literature, analyzed jurisprudence, and collected data from CEJUSC Saúde de Natal. This research allows us to conclude and justify that despite the absence of judicial requests in the clinical and therapeutic protocols of the Unified Health System (SUS), it is currently possible for public administrators to use conciliation and judicial mediation to mitigate the impacts of condemnatory judgments in healthcare cases, given the existence of juridical means that must be observed when entering into agreements.

Keywords: Public administration. Conciliation. Right to health. Judicialization of health. Medications and medical procedures not included.

RESUMEN

Esta investigación pretende justificar el uso del acuerdo judicial en componentes no registrados, mediante la adopción de ciertos criterios jurídicos y legales que deben ser observados por el Administrador Público y el Poder Judicial, cuando acuerdan involucrar este tipo de procedimiento. El principal objetivo del estudio es desarrollar un sistema de criterios que debe observar el administrador público para concluir un acuerdo judicial en relación con componentes no registrados, evitando así todas las consecuencias de una condena. Se pretende no escapar de la narrativa para presentar la judicialización de la salud en el contexto nacional, especialmente después de la consagración del Derecho a la Salud en la Constitución Federal de 1988, demostrando las principales consecuencias que una condena judicial impone a dos entidades públicas, y eso podría evitarse si hubiera acuerdo judicial. Para lograr el objetivo principal del trabajo, analizar, en particular, los impactos de la judicialización de la salud en el buen funcionamiento del orden público, las consecuencias derivadas de una condena y los beneficios que existen actualmente con el uso de medios consensuales. implementada por la Política Judicial Nacional para el Tratamiento Adecuado de los Conflictos de Interés a través de la Resolución CNJ n° 125/2010, que luego fue reconocida en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 2015 y por la Ley n° 13.140/2015 (Ley de Mediación). A partir de estos supuestos, será posible comprender cómo la administración pública puede utilizar medios alternativos de resolución de conflictos en procesos que involucran la salud pública. Sin embargo, por todo este desiderátum es necesario humanizar y equiparar el principio de legalidad administrativa con la política nacional de consensualización de conflictos, desmitificando así el tema de la responsabilidad civil y penal por parte del Administrador Público. Por lo tanto, la hipótesis de este trabajo vuelve a responder si los administradores públicos pueden celebrar acuerdos judiciales cuando los procesos contienen solicitudes relacionadas con componentes no especializados. La respuesta a esta pregunta es el objetivo principal de esta investigación. Además, es de fundamental importancia que los tribunales nacionales y la administración pública busquen crear Centros Judiciales de Resolución de Conflictos y Ciudadanía (CEJUSC) específicos en materia de salud, con el objetivo de dar un tratamiento adecuado a este tipo de demandas. La investigación se realizó mediante el método hipotético-deductivo partiendo del hallazgo de que los métodos adecuados para la resolución de conflictos de intereses pueden reducir los impactos de una sentencia judicial, especialmente en las cuentas públicas, siempre que se sigan ciertos criterios de observación obligatorios. Se realizaron estudios en la literatura jurídica, nacional y extranjera, se realizaron análisis jurisprudenciales y levantamientos de datos con el CEJUSC Salud de Natal, lo que permitió concluir y justificar que a pesar de la ausencia de la solicitud judicial en los protocolos clínicos y terapéuticos de En el Sistema Único de Salud (SUS), actualmente en el ordenamiento jurídico brasileño es posible que el administrador público utilice la conciliación y la mediación judicial para disminuir los impactos de las sentencias condenatorias en los procesos de salud, ya que existen medios jurídicos que deben ser observados cuando celebrando el acuerdo.

Keywords: Administración pública. Conciliación. Derecho a la salud. Judicialización de la salud. Medicamentos y procedimientos médicos no especializados.

LISTA DE SIGLAS

AgR	Agravo Regimental
AME	Atrofia Muscular Espinhal
ANS	Agência Nacional de Saúde
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ATS	Avaliação de Tecnologias em Saúde
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCMJ	Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores
CEAF	Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias
CP	Consulta Pública
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DGITIS	Departamento de Gestão de Incorporação de Tecnologias e Inovação em Saúde
DPU	Defensoria Pública da União
FONAJUS	Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IAP	Institutos de Aposentadoria e Pensões
IAPAS	Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social
IC	Inquérito Civil
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social

INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MBE	Medicina Baseada em Evidência
MULTIDOOR COURTHOUSE	Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas
NAT	Núcleos de Apoio Técnico
NATJUS	Núcleos de Apoio Técnicos
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Método Consensual de Solução de Conflitos
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PGM	Procuradoria Geral do Município
PIB	Produto Interno Bruto
PNM	Política Nacional de Medicamentos
PROADI	Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp	Recurso Especial
SESAP	Secretaria de Estado da Saúde Pública
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termos de Ajustamento de Condutas
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRT12	Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região
TRT22	Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
URSS	União da República Socialista Soviética
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	21
2.1	A MULTIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	22
2.2	UNIVERSALIZAÇÃO, EQUIDADE E INTEGRALIDADE: A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL	34
2.2.1	Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS)	35
2.2.2	Processo evolutivo do direito à saúde como responsabilidade estatal	39
2.3	AS ESCOLHAS RACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	50
3	A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	61
3.1	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	62
3.2	LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.....	69
3.3	OS BLOQUEIOS JUDICIAIS E A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ORÇAMENTO PÚBLICO	78
4	OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA	92
4.1	DO ACESSO À JUSTIÇA: REVISITANDO O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO ...	93
4.1.1	A nova compreensão do direito de acesso à justiça	96
4.1.2	O sistema multiportas e o acesso à justiça.....	104
4.2	A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS.....	110
4.2.1	Recontextualização da teoria dos conflitos na Política Judiciária Nacional.....	113
4.2.2	Os métodos autocompositivos introduzidos pela Política Judiciária Nacional	116
4.3	A ESTRUTURA DE ATENDIMENTO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA CONCILIATÓRIA.....	126
4.3.1	A importância do NUPEMEC e dos CEJUSCS	126
4.3.2	Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos em Saúde (CEJUSCS).....	131

5	REQUISITOS JURÍDICOS PARA A COMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS	136
5.1	CONTEXTUALIZANDO A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS EM PROCESSOS DE SAÚDE	142
5.1.1	A conciliação e a mediação nos processos que envolvem os componentes padronizados	149
5.1.2	Os entraves jurídicos opostos pela administração para os componentes não-padronizados	152
5.2	DESCORTINANDO OS ENTRAVES JURÍDICOS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DE ACORDO NOS PROCESSOS COM COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS	162
5.2.1	Sistematizando os critérios jurídicos para a composição	164
5.2.1.1	A evidência científica	168
5.2.1.2	Os requisitos jurisprudenciais das decisões dos Tribunais Superiores	173
5.2.1.3	A celebração do acordo em um CEJUSC com temática em Saúde com a participação de todos os interessados	179
5.2.1.4	A homologação judicial: Princípio da Juridicidade X Princípio da Legalidade	186
5.2.1.5	A participação do Tribunal de Contas	191
5.3	AS VANTAGENS DA AUTOCOMPOSIÇÃO PARA A FAZENDA PÚBLICA NOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS	192
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	201
	REFERÊNCIAS	208
	ANEXO 1 - REPORTAGEM CEJUSC SAÚDE - MUTIRÃO DE SAÚDE CEJUSC RN	227
	ANEXO 2 – TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017	228
	ANEXO 3 – 1º TERMO ADITIVO AO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017	237
	ANEXO 4 – PORTARIA CONJUNTA Nº 18/2019-TJ DE 13 DE MAIO DE 2019	240

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado Constitucional e Democrático de Direito onde o administrador público assume formalmente deveres fundamentais perante o indivíduo, é quase certo que em algum momento essa obrigação constitucional será judicialmente cobrada pelos interessados diante das falhas ou omissões que os serviços públicos prestados podem ocasionar.

Assim ocorreu no Brasil com as demandas envolvendo a saúde pública a partir do ano 2000, quando as ações propostas diante do Poder Público aumentaram vertiginosamente sem qualquer tipo de controle, seja por parte da administração pública seja por parte do Poder Judiciário. Diante desse quadro de crescentes demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, percebe-se que algo precisa ser feito para atenuar as consequências das decisões e sentenças condenatórias que impactam diariamente nos orçamentos públicos.

Uma das formas de redução dos impactos ocasionados pelas demandas de saúde pode ser alcançada através da utilização de meios alternativos para a composição dos litígios. O interesse pelo tema teve início quando na cidade do Natal, em 2012, foram levados para a Semana Nacional de Conciliação mais de 170 processos, e desses processos, quase 150 foram conciliados¹, evitando-se assim o prolongamento dos referidos processos judiciais e já entregando às partes interessadas um termo de acordo judicial com força de título executivo judicial. Esses acordos sinalizaram a pacificação do conflito existente entre o administrado e o gestor público, o que permitiu à parte interessada a possibilidade de uma execução judicial caso o acordo fosse descumprido, além de evitar o desgaste do processo de conhecimento. Para o administrador público era a oportunidade de resolver a lide sem sofrer as consequências de uma sentença condenatória, afora poder delimitar os termos de uma possível execução, caso viesse a ocorrer.

A partir do êxito na participação dessa semana nacional da conciliação em 2012, foi criado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) uma Câmara de Conciliação, denominada TJ Saúde, que funcionou até o ano de 2021², quando foi transformada em Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) com matéria específica em saúde, denominado CEJUSC Saúde³.

Vale destacar que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS) orienta aos Tribunais de Justiça que

¹ Dados obtidos junto a Secretaria do Cejusc Saúde da Cidade de Natal. Cf. Anexo 1.

² Termo de Cooperação nº 10/2017 (Anexo 2).

³ 1º Termo Aditivo ao Termo de Cooperação nº 10/2017 (Anexo 3).

mediante ações dos Comitês Estaduais da Saúde, que proponham medidas para prevenção de conflitos judiciais e viabilizem o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes às demandas de saúde.

Ocorre que ao se observar as ações desenvolvidas pelos entes participantes, Estado do Rio Grande do Norte e Município de Natal, durante as sessões conciliatórias realizados no CEJUSC Saúde da Comarca de Natal, percebeu-se que muitos acordos não são formalizados com base no princípio da legalidade porque os pedidos não estão previstos nos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS). Aduzem os gestores públicos que não podem realizar acordos fora dos limites legais porque estariam a incorrer em improbidade administrativa, considerando que a administração pública estaria vinculada ao princípio da legalidade.

Diante desse cenário de apego exacerbado ao princípio da legalidade administrativa estrita e da grandiosidade que é a Política Judiciária Nacional de Consensualização dos Conflitos é que foi pensada a presente pesquisa, cuja tese se propõe a justificar o uso da conciliação e da mediação judicial como instrumentos possíveis de uso mesmo em se tratando de componentes não padronizados, que são aqueles que não estão nas regulamentações administrativas, comumente se denomina de protocolo SUS.

Parece ser bastante plausível que uma pactuação feita pela própria administração pública respeitada a sua realidade orçamentária, é muito mais vantajosa do que se submeter a uma condenação judicial e a eventuais bloqueios judiciais para o cumprimento das decisões, afetando, assim, diretamente o seu planejamento orçamentário. Os bloqueios judiciais ocorrem como consequência da decisão não cumprida, em que o juiz, através dos sistemas judiciais, procura valores nas contas públicas, fazendo o resgate e o entregando à parte vencedora para que faça a compra do medicamento ou realize o procedimento que foi determinado na decisão judicial.

O principal objetivo da pesquisa é justificar a utilização dos métodos alternativos de pacificação dos conflitos, em especial a conciliação e a mediação, como instrumentos que podem ser utilizados pelo administrador público para solucionar os litígios surgidos com as demandas de saúde que exigem o atendimento por meio dos componentes não especializados, reduzindo a interferência do Poder Judiciário no orçamento público ocasionada pelos bloqueios judiciais, bem como evitando todas as consequências advindas com a sentença condenatória.

O desafio central proposto no presente estudo será atingido a partir da verificação e análise de alguns objetivos específicos que se propõem no curso do trabalho, como inicialmente a apresentação e contextualização da judicialização da saúde no cenário nacional,

principalmente após a consagração do direito à saúde como direito fundamental, o qual foi inserido nos Direitos Sociais do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Após, serão analisados os impactos dos processos de saúde nos orçamentos públicos a partir dos bloqueios judiciais, os quais atingem diretamente as contas públicas para que as decisões possam ser efetivamente cumpridas.

Ademais, é importante, também, compreender como a política nacional de conciliação implantada no ordenamento jurídico pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, e, posteriormente reconhecida pela reforma do Código de Processo Civil em 2015, está modificando o acesso à justiça no cenário nacional, estimulando o uso dos meios alternativos de solução dos conflitos tanto por particulares como pela administração pública. O foco principal será destinado à solução dos conflitos de saúde.

Analisar-se-á, também, a importância dos CEJUSC específicos em matéria de saúde, locais onde os acordos devem ser formalizados.

Buscar-se-á justificar tanto jurídica como legalmente, a possibilidade de acordos judiciais em demandas de saúde, mesmo nos casos fora dos protocolos do Sistema Público de Saúde como também dos componentes não padronizados, criando, assim, os critérios necessários para a pactuação judicial. Objetiva-se, portanto, o uso da conciliação e da mediação pelos administradores públicos em ações de saúde, desmistificando a possibilidade de responsabilidade civil, criminal e administrativa, mesmo que o procedimento ou o fármaco não esteja contemplado pela política pública.

Para cumprir com todos os propósitos da pesquisa, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, em que a partir de uma hipótese geral se fez um levantamento bibliográfico amplo e especializado sobre o assunto, e se propôs um estudo aprofundado e fundamentado da matéria para se chegar às conclusões de defesa da tese proposta.

Desta forma, o estudo partiu da observação do argumento indiscriminado do princípio da legalidade estrita por parte dos representantes do Poder Público, para justificar a impossibilidade de acordo nas audiências de conciliação realizadas no Cejusc Saúde da Cidade de Natal.

Esse temor, por parte da Administração Pública, de promover os acordos, existe mesmo diante de um termo de cooperação entre os órgãos interessados (Estado e Município) e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, no sentido de evitar o ajuizamento de ações ou solucionar os processos em tramitação (Cláusula Primeira do Termo de Cooperação Técnica nº 10/2017), respaldado pela Política Nacional de Conciliação implantada no país desde 2010, e solidificada em 2015 pelo Código de Processo Civil (CPC).

Verificou-se, a partir da experiência com as conciliações realizadas no CEJUSC Saúde da cidade de Natal, que existe uma mistificação por parte dos administradores públicos com relação ao uso da conciliação e mediação judiciais, ocasionada pelo receio de incorrer em improbidade administrativa caso não respeitem os estritos termos legais, em especial quando a mediação e o procedimento não estão incorporados nos protocolos do SUS.

A partir dessa constatação, levantou-se a seguinte hipótese: existe a possibilidade do uso da conciliação e da mediação judicial pela administração pública quando os processos envolvem componentes não especializados, mesmo diante do princípio da legalidade e no atual contexto da política judiciária nacional da consensualização dos conflitos?

Buscando responder a indagação, procedeu-se o levantamento de dados bibliográficos da doutrina nacional e estrangeira. Pesquisaram-se as bases jurisprudenciais dos principais tribunais do país. Coletaram-se pesquisas catalográficas e dados estatísticos e tudo o que foi necessário para que se comprovasse a tese de que há possibilidade de acordos pela administração pública para solucionar da melhor forma possível as demandas da saúde. E que os acordos podem ser feitos mesmo que o componente não esteja padronizado, reduzindo os impactos das sentenças condenatórias que atingem na maioria das vezes o orçamento público.

A pesquisa foi dividida em quatro partes de acordo com o que se pretende alcançar em cada etapa de estudo.

Na primeira parte do trabalho, descreve-se como o direito à saúde foi consagrado no ordenamento jurídico nacional a partir da Constituição Federal de 1988, tornando-se um direito social fundamental insculpido no artigo 6º, e, como ao Estado-Administração foi dada a função/dever de garanti-lo mediante políticas públicas (art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB))⁴.

Nessa parte da pesquisa, o objetivo é apresentar a importância e o espaço que foi criado para se garantir a saúde do povo brasileiro, especialmente levando em consideração o que preceitua a Organização Mundial da Saúde, que considera como saúde não só a ausência de doença, mas “o estado de completo bem-estar físico, mental e social”⁵, garantido pelos países que fazem parte da organização internacional, como um direito necessário para a

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**. 48. ed. Con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de diciembre de 2014. Ginebra: WHO, 2014. p. 1. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2022.

felicidade do ser humano, para o desenvolvimento das relações harmoniosas e para a segurança de todos os povos⁶.

Ainda nesse tópico do trabalho, apresentar-se-á o SUS, estrutura criada pela Lei 8080/90, para o desenvolvimento das políticas públicas de atendimento e efetividade do direito à saúde. Estuda-se nesse tópico a sua estrutura e funcionamento, contextualiza-se a história da saúde dentro da sistemática mundial, que vai desde a Reforma Sanitária que aconteceu no mundo a partir da década de 70 até a sua previsão constitucional como sistema universal e integral.

Nesse ponto da pesquisa, o foco principal é compreender que no Brasil existe uma política pública desenvolvida pela União, em colaboração e parceria com os Estados e Municípios brasileiros que buscam garantir o direito à saúde desde “à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 2º, § 1º da Lei nº. 8080/90)⁷.

Intenciona-se, ainda, nesse ponto, compreender como as tecnologias em saúde são incorporadas e disponibilizadas aos usuários do Sistema Único de Saúde, as quais são conhecidas como Protocolos do SUS ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Os protocolos orientam a Administração Pública nas escolhas dos medicamentos e procedimentos que se devem oferecer aos usuários, preservando-se, assim, os princípios da universalidade, integralidade e igualdade (artigo 2º, §1º), preconizados pela Lei 8080/90⁸. As escolhas, mesmo que trágicas, precisam ser racionais, haja vista que as necessidades são infinitas e os recursos finitos. É necessário saber o que e como escolher. Assim, através da Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) a Administração faz a sua escolha e incorpora os componentes que podem ser distribuídos e ofertados a todos sem qualquer tipo de discriminação.

Na segunda parte do trabalho, os estudos estão relacionados com a judicialização da saúde, o ativismo judicial e os impactos das decisões judiciais no orçamento público. Nesse tópico, o objetivo é demonstrar como através da judicialização da saúde houve um aumento

⁶ “Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que **los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos: La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades**”. Cf. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 1, grifo nosso.

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

⁸ *Ibid.*

dos bloqueios judiciais e que estes afetam diretamente as finanças públicas, impactando negativamente sobre o planejamento orçamentário do ente demandado.

Apresentam-se as falhas ou omissões que muitas vezes provocam a judicialização, seja porque as novas tecnologias em saúde chegam ao mercado em uma velocidade maior do que a incorporação do SUS, ou porque a própria administração é omissa na distribuição e oferta. Assim, a necessidade de efetivação do Direito à Saúde acaba por motivar as ações judiciais, seja por causa de desabastecimento ou por não incorporação.

Destaque-se, por oportuno, que os gastos com a saúde pública aumentaram consideravelmente, conforme informações do próprio Ministério da Saúde, de R\$ 231,5 bilhões para R\$ 290,4 bilhões, representando um crescimento nominal de 25,5%, o que corresponde a 3,9% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro⁹. É necessário, portanto, que se criem mecanismos de controle dos gastos públicos em especial nas demandas judiciais relacionadas à saúde, sob pena do sistema público colapsar diante de tantos gastos.

Partindo dessas observações é que se defende o uso dos meios consensuais de resolução dos conflitos na redução dos impactos ocasionados pelas sentenças e decisões condenatórias nas ações judiciais, sendo a terceira parte da pesquisa. Nesse tópico, o objetivo principal é estudar a política nacional de conciliação, que começou a ser implantada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, e, atualmente, está consolidada no CPC, a partir de 2015.

A litigância pura e simples, sem um mínimo de racionalidade, não é bem-vista, seja porque os Tribunais estão assoberbados de demandas e não conseguem responder a contento, seja porque a política de pacificação é uma realidade não só no Brasil, mas também em outras partes do mundo.

Portanto, na terceira parte do trabalho, o objetivo é apresentar a conciliação e a mediação como alternativas de acesso à justiça, em contraposição ao sistema clássico de jurisdição. A meta é compreender que a atual política conciliatória existente no Brasil permitiu a criação de novos acessos à pacificação dos conflitos, em que as próprias partes, independentemente de serem particulares ou administradores públicos, podem solucionar seus litígios sem a necessidade de uma decisão adjudicatória, não sendo, assim, a decisão judicial a melhor solução em decorrência das inúmeras consequências que advêm com a condenação.

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa do grupo de contas de saúde aponta que gasto corrente com saúde no Brasil aumentou em 25,1% entre 2015 e 2019**. Brasília, DF, 2 fev. 2022a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/fevereiro/pesquisa-do-ipea-aponta-que-investimento-em-saude-no-brasil-aumentou-25-1-entre-2015-e-2019>. Acesso em: 2 mar. 2023.

O desafio consiste em analisar que, mesmo com o princípio da legalidade estrita, a administração pública no Brasil pode e deve buscar a composição amigável do litígio. O problema central que se verificou quando da constatação da hipótese da presente tese é que como a inclusão, incorporação e prestação dos serviços públicos relacionados à saúde estão todas previstas em protocolos resolutivos, os chamados PCDT, os quais devem ser respeitados pelo administrador público na execução da política pública. Os representantes dos entes públicos se recusam a realizar acordos em processos de saúde alegando que não podem ir além dos PCDT.

Desta forma, constatando que o princípio da legalidade estrita não pode se sobrepor à política conciliatória implantada no ordenamento jurídico nacional, movimento esse que vem se fortalecendo a partir de 2010 com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, e reconhecida pelo CPC em 2015, e que se obedecidos critérios para que se faça uma pactuação judicial dos componentes não especializados, pretende-se, nessa parte final do trabalho, apresentar a razão de ser do estudo, ou seja, que a concepção do princípio da legalidade deve ser alterada do conceito estrito para o conceito amplo diante das novas exigências sociais como também compreender que, além da letra literal da lei, existe uma dinâmica social exigindo uma atitude atualizada por parte do administrador público, e que esse novo olhar passa por remodelar conceitos, admitir novas formas de agir e buscar efetividade nas tomadas de decisões.

Ao final do estudo, a partir de novos enfoques para os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, os quais serão revisitados em consonância com os princípios da juridicidade e da eficiência administrativa, a tese propõe a criação de um sistema de critérios legais e jurídicos que possam justificar para o administrador público a possibilidade de pactuação judicial dos componentes não padronizados, atenuando os efeitos de uma sentença condenatória e permitindo que a gestor retome o controle da política pública de saúde.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A vida e a saúde são formalmente reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social, ao lado da educação, da alimentação, do trabalho, da moradia, do transporte, do lazer e da segurança pública¹⁰.

Afirmou também que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o qual deverá realizá-lo mediante políticas públicas sociais e econômicas que devem ser desenvolvidas de forma universal, gratuita e igualitária, mediante ações e serviços que promovam sua proteção e recuperação¹¹.

Para que se possa compreender o atual quadro da Judicialização do Direito à Saúde no território brasileiro, é necessário ter a noção da importância do Direito à Saúde no cenário jurídico nacional, desde sua consagração nos ordenamentos jurídicos até a assunção pelo Estado de garantidor dessa política pública.

É primordial saber que, ao se falar em saúde, não se está apenas justificando sua relevância por ser um direito cuja natureza é fundamental, mas porque é através do exercício desse direito que se permite a própria continuidade da espécie humana em toda sua complexa estrutura que é formada por mente, corpo e interações sociais.

Essa complexidade do ser humano levou a Organização Mundial da Saúde¹² a afirmar que saúde não se tratava apenas da ausência de doenças, porém “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Garantir a saúde da população é um dever de todos os Estados que subscreve a declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS), atentos que a saúde é um direito necessário para a felicidade do ser humano, para o desenvolvimento das relações harmoniosas e para a segurança de todos os povos¹³.

¹⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Cf. BRASIL, [2020].

¹¹ “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”. Cf. *Ibid.*

¹² “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Cf. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 1.

¹³ “Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que **los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos: La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades**” Cf. *Ibid.*, p. 1, grifo nosso.

Assim, além de sua importância legal e jurídica, o Direito à Saúde apresenta uma multidimensionalidade que o diferencia dos demais direitos fundamentais reconhecidos nas mais diversas constituições do mundo. Como bem adverte Müller¹⁴ entender o que é saúde é essencial para que se possa saber o alcance de seu conteúdo e a operatividade de sua tutela legal.

Por esse motivo é que serão analisados quais os exatos termos do Direito à Saúde estarão presentes ao longo da pesquisa, objetivando delimitar o alcance, a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro e as consequências ocasionadas com a judicialização da saúde no cenário nacional. Considera-se, então, saber qual a definição desses termos realmente interessa nessa pesquisa e, dessa forma, reconhecer os impactos das decisões judiciais na Saúde Pública.

2.1 A MULTIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Como já sinalizado, esse momento inicial destina-se a delimitar o alcance do termo “Direito à Saúde”, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Especialmente aquele utilizado para se propor as ações judiciais que almejam a sua satisfação e que será objeto da pesquisa. Tal propósito é de suma importância para que o estudo possa atingir seu desiderato que é a defesa da utilização de meios adequados à solução dos conflitos referentes à judicialização da saúde pública para os componentes não especializados, buscando, assim, tentar justificar uma redução dos impactos das decisões judiciais nos cofres públicos.

Ocorre que nem sempre é fácil compreender o que significa “direito à saúde”, haja vista se tratar de um direito humano e fundamental, que envolve uma gama de significados e consequências quando se tenta delimitar sua aplicação e interpretação. Por isso a importância de se traçar o alcance pretendido ao termo “direito à saúde” no ordenamento jurídico brasileiro o qual se coaduna com os objetivos do presente estudo.

Inicialmente, é oportuno afirmar que, no Brasil, o Direito à Saúde é um direito fundamental e social do ser humano reconhecido na Constituição Federal de 1988. As primeiras indagações que se fazem são: a) o que é um direito social fundamental? e b) por que o Estado assumiu a tarefa de garanti-lo?

¹⁴ “Debemos preguntarnos que es la salud? Porque el término salud, es impreciso, en consecuencia, intentaremos su esclarecimiento porque del alcance que le otorguemos dependerá el contenido y la operatividad de su tutela”. Cf. MÜLLER, Aguéda. La salud, un derecho humano. In: AIZENBERG, Mariza (org.). **Estudios acerca del derecho de la salud**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley/ Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014. p 15.

Para responder a essas duas perguntas, faz-se necessário compreender que os direitos humanos e os direitos fundamentais, embora em uma análise superficial aparentem ser semelhantes ou possuam o mesmo significado, suas características são diversas, quando analisados dentro do contexto histórico de origem. Enquanto os direitos humanos são aqueles vinculados à natureza humana ou a própria condição humana, e, portanto, intrinsecamente ligados à dignidade humana, os direitos fundamentais baseiam-se nas prescrições subjetivas consagradas pelas Constituições e, portanto, estão positivadas no ordenamento jurídico como tal. Os direitos humanos são aqueles fundados necessariamente na dignidade da pessoa; já os direitos fundamentais “independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo”, como bem pontuado por Ingo Sarlet¹⁵.

Desta forma, todo direito humano tem fundamento na dignidade humana, mas nem todo direito fundamental tem como base a dignidade humana, afirma Ingo Sarlet¹⁶. Ademais, é a dignidade humana um valor, um princípio, que está presente nas sociedades modernas e cujo conceito aberto não encontra uma definição pronta e acabada, seja de ordem filosófica, política ou jurídica, estando em uma constante evolução e concretização. Porém, o certo é que a dignidade humana constitui fundamento de toda ordem jurídica que se diz democrática¹⁷.

A Constituição Federal de 1988 adotou como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB/88), o que nas lições de Flávia Piovesan¹⁸ constitui a exigência de que todos os direitos e garantias fundamentais terão de alcançar a maior carga de efetividade possível em sua consolidação e alcance interpretativo para atenderem a referido princípio.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011. p. 48.

¹⁶ “Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa repisar – nem todos os direitos fundamentais (pelo menos não no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana”. *Cf. Ibid.*, p. 48.

¹⁷ “O fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito”. *Cf. Ibid.*, p. 21.

¹⁸ Com a Carta democrática de 1988, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Com esse raciocínio se conjuga o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, particularmente das normas concernentes a direitos e garantias fundamentais, que hão de alcançar a maior carga de efetividade possível — o princípio vem a consolidar o alcance interpretativo que se propõe relativamente aos parágrafos do art. 5º do Texto. *Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464.

Assim, os direitos fundamentais podem ou não terem embasamento na dignidade da pessoa humana. Porém, uma vez estando ligado a esse valor, não podem ser menosprezados pelo Estado Democrático de Direito. “A dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada)”, segundo Ingo Sarlet, sendo inerente à condição humana¹⁹.

Em se tratando de Direito à Saúde, é um direito que além de humano também é social, fundamental e estritamente vinculado à dignidade humana. Garanti-lo na sua máxima efetividade e concretização é objetivo do próprio Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, para que se possa entender a assunção da responsabilidade pelo Estado por determinadas prestações sociais, faz-se necessário uma breve digressão sobre o surgimento do que hoje se entende como direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito, haja vista que ambos surgiram quase que concomitantes e destinados à máxima efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sob os auspícios da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, é preciso entender que a assunção do princípio da dignidade da pessoa humana foi algo essencial dentro do Estado Democrático de Direito. É inconcebível que um Estado que se diga democrático, não esteja preocupado com o mais relevante princípio normativo que é a dignidade de seu próprio povo. O Estado brasileiro adotou a dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, estando expressamente previsto no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988²⁰.

Ora, a existência da humanidade antecede em centenas de milhares de anos às constituições escritas dos Estados Democráticos modernos, enquanto o aparecimento do homem data de cerca de 200 mil anos²¹. O reconhecimento formal dos direitos fundamentais surge com a positivação jurídica desses direitos, que ocorreu há pouco mais de dois séculos, como as declarações de direitos, fruto de revoluções, como a Revolução Francesa e a Revolução das 13 Colônias Inglesas na América.

¹⁹ SARLET, 2011, p. 45.

²⁰ Constituição da República. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. Cf. BRASIL, [2020].

²¹ A hipótese científica mais aceita atualmente para a origem da humanidade é de que a espécie humana moderna (chamada de *Homo sapiens*) surgiu na África, há cerca de 200 mil anos, depois de um processo evolutivo de milhões de anos. Segundo informações da Human Origins Program (Programa Origens Humanas) do Museu Nacional de História Natural do Smithsonian (Estados Unidos), antes do homem moderno, outros hominídeos já ocupavam o planeta. Cf. QUAL é a origem da humanidade segundo a ciência. **National Geographic Brasil**, [S. l.], 21 dez. 2022. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2022/12/qual-e-a-origem-da-humanidade-segundo-a-ciencia>. Acesso em: 2 ago. 2023.

As declarações escritas (formais) dos direitos fundamentais podem até ser um fenômeno relativamente recente, porém no tocante à sua solidez e garantia já é algo que está sedimentado tanto na teoria do Direito Constitucional como nos próprios textos das Constituições modernas, em especial no mundo ocidental, conforme adverte Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Uma evolução muito rápida permitiu que, no último quarto do século XVIII, fossem redigidas declarações de direitos fundamentais, tanto no ‘velho’ como no ‘novo’ mundo. Essas foram sendo cada vez mais reconhecidas como fundamento da ordem estatal constitucional, devendo ser respeitadas pelo legislador comum, pela Administração Pública e pelos Tribunais²².

O reconhecimento dos direitos fundamentais, inerentes à espécie humana, surgiu simultaneamente ao aparecimento dos Estados Modernos. Entenda-se por Estado Moderno aquele formado pelos poderes constituídos, com definição clara das atividades desses poderes e no qual os indivíduos tiveram assegurados seus direitos fundamentais.

Entretanto, deve-se, aqui, destacar conforme bem lembra Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que não foi a natureza humana o fator determinante para o reconhecimento dos direitos fundamentais, existindo, inclusive, muitas sociedades que privaram grupos humanos da liberdade, instituíram a desigualdade política e até mesmo reconheceram uma suposta desigualdade natural²³.

A sociedade grega é um exemplo claro de que a ideia de democracia não estava ligada à condição de igualdade de seus cidadãos. O Estado Grego, reconhecido por suas lições sobre democracia, não admitia, por exemplo, que determinados cidadãos participassem da vida política como informa Dalmo Dallari que, de acordo com Aristóteles, “o nome de cidadão só se deveria dar com propriedade àqueles que tivessem parte na autoridade deliberativa e na atividade judiciária”²⁴.

Percebe-se, então, que o próprio Aristóteles retirava da participação político-democrática determinadas pessoas por não as considerar cidadãos. Ainda segundo os estudos

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 35.

²³ “Nenhum direito ou obrigação, nenhuma regra de conduta social pode ser deduzida da natureza humana. Isso é de fácil comprovação histórica já que o ‘homem’ viveu sob os mais variados regimes sociais e isso não seria possível se a sua natureza fosse sempre a mesma ou se tal suposta natureza fosse determinante para a outorga de direitos, que nada mais seria do que o seu reconhecimento pelo poder político. Não se pode imaginar uma sociedade na qual os homens não durmam ou não se alimentem, pois isso faz parte de sua verdadeira natureza. De outro lado, há muitas sociedades que privaram vastos grupos de seres humanos de liberdade, instituindo desigualdade política a despeito de suposta igualdade ou mesmo em razão do reconhecimento de suposta desigualdade natural”. *Cf. Ibid.*, p. 65.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

de Dalmo Dallari, para o filósofo grego, artesãos e mercenários não tinham a sabedoria necessária para participar da vida política, a qual era destinada “àqueles que não têm necessidade de trabalhar para viver”²⁵, o que não condizia com a realidade dessas pessoas.

Fica claro, portanto, que não foi a condição humana em si o fator determinante para o reconhecimento dos direitos como fundamentais. A fundamentalidade veio através da ordem jurídica implantada, a qual declarava que aqueles direitos seriam fundamentais porque são essenciais ao ser humano, independentemente de classe, gênero ou etnia.

Daí a importância de que os Direitos Fundamentais estejam previstos na Constituição do Estado, pois é através de seu reconhecimento formal (escrito) que lhe é garantido a sua condição de essencial, fundamental e vinculado a princípio da dignidade humana.

Como afirma José Canotilho, “sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de Direito Constitucional”²⁶.

Portanto, conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles que estão positivados na Constituição Federal, tendo a máxima efetividade possível, sob pena de se tornarem meras promessas vagas. Segundo Flávia Piovesan, as normas constitucionais desempenham uma importante função no ordenamento jurídico, não só porque concretizam os direitos fundamentais, mas porque é através delas que se dá maior eficácia “especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais”²⁷.

As primeiras manifestações acerca do reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos fundamentais datam do final do Século XVIII, com três grandes movimentos, como o famoso “*Bill of Rights*”, que versa sobre a Declaração de Direitos ocorrida em 1689 com a Revolução Inglesa. Mais à frente, percebem-se a Declaração de Independência das 13 ex-colônias Inglesas na América do Norte, ocorrida em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução Francesa, em 1789²⁸.

²⁵ “E diz(Aristóteles) taxativamente que a cidade modelo não deverá jamais admitir o artesão no número de cidadão. Isto porque a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àqueles que não têm necessidade de trabalhar para viver, não sendo possível praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou de mercenário”. Cf. DALLARI, 2011, p. 146.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.377

²⁷ PIOVESAN, 2013, p. 117-118.

²⁸ É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que conduziram ao Estado Democrático de Direito: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominaram de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights* de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das Treze Colônias americanas em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa que tem sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais

Os primeiros documentos que foram frutos desses movimentos revolucionários iniciam a positivação do que hoje se denomina de Direitos Fundamentais, os quais estão protegidos por um Estado Democrático de Direito, organizado política e juridicamente sob a égide de um texto normativo, denominado de Constituição Federal.

Esses Estados, por se proclamarem democráticos, além de garantir esses direitos, devem desenvolver todas as atividades necessárias para a sua efetivação e concretização, especialmente os direitos sociais que surgiram durante o Estado de Bem-estar Social ou “*Welfare State*”, logo após as duas grandes guerras. Destaque-se que as declarações que surgiram com a ascensão da nova classe dominante, a burguesia, formada principalmente pelos senhores feudais que tinham acumulado riquezas com as grandes navegações e estavam insatisfeitos com a instabilidade econômica e social gerada pelos monarcas, clamavam por proteção individual contra o Estado absolutista. Esse novo grupo de pessoas objetivava nada mais que a defesa de sua propriedade e de sua liberdade diante dos desmandos de Estados Autocráticos ou Absolutistas, que existiram durante toda a Idade Média e que poderiam atralhar os planos de riqueza e ascensão social²⁹.

Paulo Bonavides, ao afirmar que “a noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece, no entanto, constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal”³⁰, oferece o enfoque de que foi a classe burguesa a grande responsável por legar as futuras gerações o que hoje se denomina de direitos fundamentais.

Desta forma, mesmo que as primeiras declarações de direitos estejam atreladas aos ideais de um Estado liberal e burguês, elas, no entanto, serviram de marco para todas as conquistas que ocorreriam posteriormente no desenrolar dos fatos, pois a cada formação estatal surgida ao longo da evolução humana, foram sendo inseridos os direitos fundamentais na Constituição.

Segundo Paulo Bonavides, a Declaração Francesa de 1789 foi o documento que melhor exprimiu a noção que até hoje se tem dos direitos fundamentais, como sendo aqueles direitos naturais, inalienáveis e sagrados, que pertencem a todos os indivíduos. Embora as declarações inglesa e americana fossem normas formalmente mais concretas, a declaração

foram expressos na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência de Rousseau. Cf. DALLARIL, 2011.

²⁹ “Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstâncias que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízos à vida econômica e social”. Cf. *Ibid.*, p. 78.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020. p. 37.

francesa foi de longe a mais pensada no sentido de proteger o gênero humano independente de classe social³¹.

Ainda nas lições de Paulo Bonavides³², os ideais revolucionários do Século XVIII insculpiram os três princípios cardeais de todos os conteúdos possíveis dos direitos fundamentais, inclusive, como uma espécie de profecia até mesmo quanto a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos de fraternidade. Segundo o autor, os direitos fundamentais³³ foram sendo institucionalizados em etapas, as quais foram se manifestando em gerações³⁴, e, que por uma questão de coincidência estiveram relacionados com os ideais da Revolução Francesa.

Vale aqui registrar a advertência que faz Ingo Salert sobre o equívoco que pode surgir quando se fala em direitos geracionais³⁵. Segundo o doutrinador, a classificação dos direitos em gerações pode levar o entendimento de que os direitos fundamentais foram evoluindo e se substituindo em cada geração. Não é isso que ocorre. No contexto histórico, os direitos fundamentais não foram se substituindo ao longo do tempo; ao contrário, encontram-se “em um permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”. O autor opta, portanto, por uma classificação dimensional dos direitos fundamentais, justificando sua

³¹ Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. Cf. BONAVIDES, 2020, p. 562.

³² “Em rigor, o lema revolucionário do Século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. Cf. *Ibid.*, p. 562.

³³ Os primeiros direitos fundamentais foram todos aqueles que permitiriam ao indivíduo o exercício de sua liberdade em face do Estado, nasceram da necessidade de proteção do ser humano contra os possíveis abusos perpetrados pelas ações do poder constituído. São direitos classificados pela doutrina como de primeira geração ou direitos de resistência, que são aqueles que estão vinculados a liberdade do indivíduo em face da atividade estatal. São exemplos: o direito de propriedade, o direito de ir e vir, o direito à vida privada etc. São direitos de primeira geração aqueles que estão vinculados aos ideais de liberdade do indivíduo. Numa segunda fase, os direitos positivados foram aqueles aos quais o Estado teria um dever prestacional, seriam os chamados direitos fundamentais sociais, ou, como classificados por alguns doutrinadores de segunda geração. São direitos prestados pelo Estado em face da justiça social que lhes está ínsita, são exemplos: moradia, alimentação, saúde, escola etc. São proteções objetivas que nascem a partir da noção de igualdade de todos perante a lei, classificados como direitos sociais. Os direitos de terceira geração seriam aqueles surgidos a partir do ideal de fraternidade, ou seja, aqueles inerentes ao usufruto dos bens comuns. Esses direitos não dizem respeito somente a espécie humana, mas a coletividade, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado e sustentável. Cf. *Ibid.*, p. 562-572.

³⁴ Segundo Paulo Bonavides já existem, também dentro dessa linha da fraternidade, os direitos da quarta e da quinta gerações, que seriam “a democracia, o direito à informação e ao pluralismo” os direitos da quarta geração, e a paz, como de quinta geração. Ressalta o constitucionalista que “a guerra é um crime e a paz é um direito”. Cf. *Ibid.*, p. 571 e 593.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 158.

classificação no sentido de que com as dimensões além de apontar “para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais”, preserva-se a unidade e a indivisibilidade destes no contexto do direito constitucional interno. Reconhece, entretanto, que a discordância que tem com relação à classificação geracional é apenas terminológica, “havendo, em princípio, consenso no que diz respeito ao conteúdo” de referidos direitos³⁶.

Vale aqui registrar a advertência que faz Ingo Salert sobre o equívoco que pode surgir quando se fala em direitos geracionais. Segundo o doutrinador, a classificação dos direitos em gerações pode levar ao entendimento de que os direitos fundamentais foram evoluindo e se substituindo em cada geração; porém não é isso que ocorre³⁷.

No contexto histórico, os direitos fundamentais não foram se substituindo ao longo do tempo; ao contrário, se encontram “em um permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”, segundo Ingo Sarlet³⁸. Portanto, por uma classificação dimensional dos direitos fundamentais, justificando sua classificação no sentido de que com as dimensões, além de apontar um o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar dos direitos fundamentais, preserva-se a unidade e a indivisibilidade destes no contexto do direito constitucional interno. Reconhece, entretanto, que a discordância que tem com relação à classificação geracional é apenas terminológica.

Diversas são as classificações adotadas pela doutrina nacional e estrangeira, além da divisão dos direitos fundamentais em gerações, da qual se filia Bonavides e da teoria dimensional, defendida por Ingo Salert. Entretanto, merece também destaque a classificação que foi apresentada por Martins e Dimoulis, a partir dos estudos de Jellinek.

Segundo os referidos doutrinadores, para Jellinek, os direitos fundamentais são divididos levando em consideração a relação jurídica existente entre o Poder Público e os indivíduos, existindo, assim, uma trilogia na classificação dos direitos fundamentais. Esses seriam, portanto, classificados da seguinte forma: direitos individuais de *status* negativo ou de pretensão resistida, os quais são direitos de resistência em face do Estado; direitos de *status* positivo ou prestacionais, como os direitos fundamentais sociais, os quais requerem uma atitude por parte do poder público; os direitos de *status* ativo ou de participação positiva dos

³⁶ SARLET, 2015, p. 145.

³⁷ *Ibid.*, p. 158.

³⁸ *Ibid.*, p. 145.

indivíduos, que seriam os direitos políticos, caracterizados pelo poder de participar da vida política do país, como o sufrágio universal³⁹.

A proposta classificatória de Jellinek, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins e, permite delimitar a atividade estatal em face dos direitos fundamentais, em que os direitos individuais ou direitos negativos proíbem a atividade estatal. Os direitos sociais obrigam a atividade estatal e os direitos políticos permitem que o Estado haja de acordo com a vontade do cidadão, que tem a prerrogativa de influenciar a atividade estatal (direitos políticos)⁴⁰.

Segundo os doutrinadores acima mencionados, essa divisão ainda não contempla os direitos coletivos como o direito à reunião e à associação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz e ao desenvolvimento econômico. Porém, adverte Martins, que isso não seria propriamente direitos fundamentais, mas “propósitos e objetivos políticos da atividade estatal”⁴¹.

As classificações doutrinárias que melhor se coadunam com o presente trabalho são as apresentadas por Paulo Bonavides e por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, haja vista que aqui será levado em consideração o direito à saúde que apareceu com o advento do Estado Social e que compreende aquele direito social fundamental reconhecido pelas constituições democráticas, cujas características são de inalienabilidade, imprescritibilidade e universalidade, tendo o poder público o dever de garanti-lo mediante ações positivas prestacionais.

Consagrado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a saúde é, portanto, um direito social e fundamental. É social porque é um direito de segunda geração, ou, ainda, de *status* positivo em face do Estado, fruto das “reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza)”⁴² as relações de classes

³⁹ “Se denominarmos a esfera do Estado como a letra E, a esfera de cada indivíduo (titular do direito) com a letra I, podemos distinguir três categorias ou espécies de direitos fundamentais conforme o tipo de relacionamento entre EI. Essa tipologia permite estabelecer uma distinção conceitual entre os direitos negativos (de resistência), dos direitos prestacionais (incluindo os direitos fundamentais) e os direitos políticos, conforme as definições dadas por Jellinek que formulou sua classificação trialista nos finais do Século XIX”. Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2022, p. 70.

⁴⁰ “Com ela, adota-se como critério classificatório a forma de relacionamento entre as esferas do Estado e do Indivíduo. Nos direitos negativos, é proibida a interferência de E em I; nos direitos sociais, isso constitui obrigação do Estado; nos direitos políticos, cabe ao indivíduo, como cidadão, isto é, sujeito político ativo, a prerrogativa de influenciar a esfera E”. Cf. *Ibid.*, p. 74.

⁴¹ *Ibid.*, p. 79.

⁴² SARLET, 2015, p. 146.

na sociedade pós-industrialização. É fundamental porque “nasce e se desenvolve na Constituição do qual foi reconhecido e assegurado sob tal perspectiva”⁴³.

A sua natureza prestacional origina-se no fato de que ao Estado incumbe a missão de prestá-lo através de ações desenvolvidas por políticas públicas. São direitos que permitem aos indivíduos exigirem do Estado prestações para a sua efetivação, são exemplos de direitos sociais: a saúde, a educação, a moradia, a segurança e todos os demais direitos inseridos no artigo 6º da CRFB de 1988⁴⁴.

A saúde é, portanto, daqueles direitos que estão na categoria de “*status positivo*” na relação indivíduo *versus* Estado. Que, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, são aqueles “que permitem aos indivíduos exigirem determinada atuação do Estado no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade”⁴⁵.

Os direitos prestacionais correspondem geralmente a deveres fundamentais⁴⁶ do Estado. No caso do direito à saúde está previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”⁴⁷. O constituinte afirmou expressamente ser um dever do Estado, e esse dever é classificado como fundamental porque está justamente vinculado a um direito fundamental, no caso a saúde do cidadão brasileiro e, como adverte Konrad Hesse, os “direitos fundamentais não podem existir sem deveres”⁴⁸. Portanto, é o Estado o maior responsável por sua garantia e efetividade.

Ainda nas lições de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, embora os deveres fundamentais não sejam referenciados pelo constituinte com a nomenclatura “deveres fundamentais”, eles existem e devem ser cumpridos porque não existiria um direito fundamental sem uma garantia que o assegurasse⁴⁹. É crível que a cada direito fundamental

⁴³ SARLET, 2015, p. 146.

⁴⁴ Constituição Federal. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Cf. BRASIL, [2020].

⁴⁵ DIMOULIS; MARTINS, 2022, p. 72.

⁴⁶ “A Constituição Federal não se refere a ‘deveres fundamentais’, apesar de usar repetidamente a expressão direitos fundamentais. Temos aqui um indício do desinteresse constitucional pelos deveres fundamentais. Mesmo assim, seu Capítulo I do Título II é intitulado ‘Dos direitos e deveres individuais e coletivos’”. Cf. *Ibid.*, p. 82.

⁴⁷ BRASIL, [2020], art. 196.

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

⁴⁹ A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizado com ações apropriadas (legislação conformadora e políticas públicas na esfera executivo=governamental). O mesmo acontece com as garantias de organização públicas e privadas que apenas podem ser efetivadas por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado. Cf. DIMOULIS; MARTINS, *op. cit.*, p. 82.

corresponde um dever fundamental, sob pena de se tornarem vazias as normas prescritoras desses direitos.

Uma especificidade que ainda pode ser observada dos direitos sociais é o fato de que para sua efetivação é importante a intervenção do Estado, haja vista que são direitos que dificilmente a iniciativa privada promoveria. A execução desses direitos, ante o caráter social que lhe é inerente, é destinada a atenuar as desigualdades sociais. Segundo Ingo Sarlet, são direitos com uma carregada densificação do “princípio da Justiça Social”⁵⁰, e, por esse motivo é o Estado “um agente de suma importância para que se concretizem”, o que se reafirma, também, nas palavras de Paulo Bonavides⁵¹.

Acredita-se que no ordenamento jurídico nacional a saúde é, talvez, a principal atividade a ser prestada pelo Poder Público, acompanhada em seguida pela educação, alimentação e moradia, considerando que sem saúde não existe vida nem a dignidade humana; e não há que se falar em qualquer outro direito fundamental. Como bem consta na declaração da OMS é um princípio básico “para o desenvolvimento das relações harmoniosas e para a segurança de todos os povos”⁵².

Delimitada, portanto, a importância do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao exame de quais os parâmetros desse direito serão utilizados no presente estudo, considerando o caráter multidimensional⁵³ que lhe é inerente.

Abrangendo várias perspectivas e possibilidades, “saúde” é um termo jurídico com muitas facetas e particularidades. Por isso é preciso definir qual dela a pesquisa se propõe a estudar. Para que se possam compreender essas várias perspectivas que envolvem o direito à saúde, elencam-se abaixo algumas de suas características.

A primeira perspectiva mais comum que é atribuída ao termo “saúde” é a noção de um direito individual ligado ao bem-estar físico e mental. Nessa definição, encontra-se o indivíduo em sua esfera particular e pessoal, no seu estado de plena ausência de enfermidades.

⁵⁰ SARLET, 2015.

⁵¹ BONAVIDES, 2020, p. 581.

⁵² “Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que **los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos: La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades**”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 1, grifo nosso.

⁵³ “El derecho a la salud es un derecho ‘multidimensional’ porque su satisfacción implica la consecución de varios estándares de calidad de vida (física, mental, etc.) Es también, un derecho de ‘tendencia expansiva’ ya que su contenido no es estático: la evolución del hombre en el tiempo y los adelantos tecnológicos y científicos (en pos del bienestar de los pueblos, por cierto, han ido variando los estándares mínimos que conforman una ‘existencia digna para cualquier habitante de una sociedad dada. Además afirma que el derecho a la salud abarca no solo la salud individual sino también la salud colectiva, la salud es un bien de toda la comunidad, un bien social”. Cf. MÜLLER, 2014, p. 26.

Uma segunda perspectiva é a ideia ligada ao direito à saúde coletiva, em que constam as faculdades que dizem respeito ao bem-estar ou usufruto de uma vida saudável em sociedade e está relacionada às condições dignas de moradia, trabalho e lazer. Nesse viés, a preocupação ultrapassa o bem-estar físico e individual para se preocupar com o ambiente pessoal, profissional e de lazer em que o indivíduo está inserido, onde possa viver com saúde, de forma equilibrada e que possa ao mesmo tempo usar os recursos naturais que estão à sua disposição como também que possa deixar o planeta em estado pleno para as futuras gerações.

Nessa perspectiva da solidariedade ou da fraternidade universal, o direito à saúde está ligado ao acesso a um meio ambiente saudável. É o direito de nascer, crescer e viver em um mundo naturalmente viável, preservando não só as condições da vida presente, mas a própria existência do planeta. É o direito ao uso adequado dos recursos naturais e da preservação das espécies. São direitos que estão postos à disposição de todos os seres humanos para que possam desfrutar de um meio ambiente sustentável.

Portanto, quando se pretende garantir o direito à saúde, não se pode restringir apenas o direito ao acesso a uma medicina curativa, pois o termo é muito mais amplo do que se imagina. Garantir a saúde física e mental, nos termos preconizados pela OMS é, antes de tudo, permitir o acesso a todas as ações, seja da medicina curativa, seja da medicina preventiva. Engloba-se, então, “o esclarecimento e a educação da população, a higiene, o saneamento básico, as condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável, campanhas de vacinação, dentre tantas outras coisas” como ensina José Magalhães⁵⁴.

Vários são os significados que estariam inseridos na expressão *direito à saúde*. Porém a pretensão do trabalho é abordar a sua dimensão enquanto direito subjetivo, individual ou coletivo, vinculados à saúde física e mental. É o direito de ser e estar saudável, livre de quaisquer enfermidades que possam acarretar problemas físicos ou mentais, garantido tanto pela medicina curativa como pela medicina preventiva, incorporadas na política pública de saúde.

O estudo adotará, portanto, o direito à saúde que deve ser concretizado por meio de políticas públicas implementadas pelo Estado enquanto poder público responsável pelo Sistema Único de Saúde. A abordagem será na perspectiva desse direito público, subjetivo, fundamental e social, destinado a garantir uma vida saudável, promovido e garantido pela

⁵⁴ “O direito à saúde não implica somente direito de acesso à medicina curativa. Quando se fala em direito à saúde, refere-se a saúde física e mental, que começa com a medicina preventiva com o esclarecimento e a educação da população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras coisas”. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

adoção e desenvolvimento das políticas públicas que são prestadas de forma universal, equânime e igualitária como requer o Estado Democrático de Direito.

2.2 UNIVERSALIZAÇÃO, EQUIDADE E INTEGRALIDADE: A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL

Inicialmente, delimitou-se qual a dimensionalidade do *direito à saúde* no do ordenamento jurídico brasileiro e como é utilizada no presente trabalho. Neste momento, o objetivo é apresentar a estrutura administrativa que foi montada para efetivar a concretização desse direito no território nacional.

Já se viu que a saúde⁵⁵ é um direito social e fundamental, que deve ser prestado pelo Estado mediante políticas públicas⁵⁶ nos termos da Constituição Federal de 1988. Também se afirmou que as ações de saúde são de relevância pública, e que cabe ao Poder Público desenvolver as atividades de regulamentação, fiscalização e controle dessas ações que devem ser implantadas e executadas diretamente pelo Estado ou através de terceiros, pessoa física ou jurídica da iniciativa privada⁵⁷.

Essa opção pela execução público-privada foi feita pelo constituinte originário, ao preceituar que as ações prestacionais seriam desenvolvidas pelo Estado com a possibilidade de participação da iniciativa privada de maneira complementar⁵⁸ às atividades estatais.

Frise-se que, de acordo com Ingo Salert, os direitos fundamentais vinculam todas as pessoas jurídicas de Direito Público e “as pessoas jurídicas de direito privado que, nas suas relações com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública”⁵⁹. Assim, sejam prestadas diretamente pelo Poder Público ou por particulares, as ações de saúde possuem natureza de prestações fundamentais e, para o seu desenvolvimento, necessitam do planejamento e da execução das políticas públicas.

Nos tópicos a seguir, apresentar-se-ão os princípios e a estrutura administrativa que foi montada a partir da Constituição Federal de 1988, e que atualmente compõem o SUS,

⁵⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Cf. BRASIL, [2020].

⁵⁶ “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”. Cf. *Ibid.*

⁵⁷ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Cf. *Ibid.*

⁵⁸ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Cf. *Ibid.*

⁵⁹ SARLET, 2015, p. 147.

grande garantidor da saúde pública dos brasileiros. Inicialmente, serão abordados os princípios norteadores dessa política pública e, em seguida, a estrutura administrativa que foi criada a partir da Lei 8080/90.

2.2.1 Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS)

Princípios são pilstras sobre as quais se fundamentam o ordenamento jurídico de uma sociedade. São aquelas diretrizes e valores que têm o condão de desnudarem o sentido que foi imposto pela regra, “por trás de cada regra passa a existir um princípio”, segundo Lênio Streck⁶⁰.

Através dos princípios, busca-se assegurar o melhor conteúdo de justiça e de coerência jurídica que se devem dar ao interpretar uma norma. Assim, quando se fala em princípios do Sistema Único de Saúde está se referindo às bases de sustentação da política pública de saúde no Brasil, implantada pela Constituição Federal de 1988.

Assimilar os princípios que foram estabelecidos pelo legislador ordinário ao dar efetividade aos comandos constitucionais que prescreveram a forma de como o Estado deverá prestar as ações de saúde do povo brasileiro é imprescindível para que se possa formar uma opinião coerente quanto ao fenômeno da judicialização da saúde. Haja vista que compreender como a política pública se movimenta, se pode racionalmente opinar sobre a justiça ou não que existe por trás de cada decisão judicial. É com base nos princípios organizadores da política pública de saúde que se entende o modo pelo qual são prestadas as ações de saúde pública no Brasil.

Desta forma, serão divididos os princípios em duas categorias conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e replicados pela Lei 8080/90. A primeira refere-se aos princípios constitucionais básicos, diretamente vinculados à própria essência do Sistema Único de Saúde, a saber: universalização, equidade e integralidade. A segunda refere-se aos princípios organizativos que são aqueles relacionados com a estrutura administrativa do SUS. Dizem-se organizativos porque a função é montar, estruturar, dividir e estabelecer as competências de cada ente federal de modo que as responsabilidades sejam pactuadas e devidamente prestadas por cada ente responsável. São princípios organizativos: a regionalização, a hierarquização, a descentralização, o comando único e a participação popular.

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica (em) crise**: uma exploração da construção do Direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 110-111.

Nas lições de Ruben Mattos, esses princípios e diretrizes foram traçados a partir da Reforma Sanitária que ocorreu no Brasil no final da década de 70, o que produziu um amplo consenso em torno dos princípios básicos, os quais “deveriam nortear a atuação do Estado na saúde, a começar pela inequívoca afirmação de que a saúde deveria ser considerada como um direito de todos e um dever do Estado”. Tinham como objetivo dar um enfoque diverso do que se vinha tratando no país sobre saúde pública, que antes era destinada apenas ao trabalhador empregado. Afirma ainda o autor que o movimento também conseguiu formular consenso com relação aos princípios organizativos os quais nortearam “a construção de um sistema de saúde”⁶¹. São princípios vinculados à organização administrativa: a regionalização, a descentralização e a participação popular.

Portanto, usa-se aqui a denominação de princípios básicos para designar aqueles que estão diretamente vinculados à própria assistência pública e foram inspirados nos ditames dos artigos 6º e 196º da Constituição Federal de 1988. Estes prescrevem ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado. São os princípios da universalização, equidade e integralidade.

Serão chamados de organizativos aqueles princípios que dizem respeito à organização administrativa do SUS. Já os princípios que buscam definir quais são as atribuições de cada ente federado e que traçam as responsabilidades administrativas e montam os planos de atuação da política pública, são a regionalização e a hierarquização, a descentralização e o comando único; por último, a participação popular.

Abaixo far-se-á uma breve explanação sobre cada um desses princípios, cujo objetivo é esboçar uma síntese sobre as particularidades de cada princípio, os quais são vetores para o desenvolvimento da atividade interpretativa da legislação brasileira sobre a política pública de saúde.

Um dos mais importantes princípios do SUS é a universalização.

Afirmar que a saúde é universal, significa de dizer que todos, independente de sexo, raça, credo, profissão e classe social, têm direito à saúde no Brasil e possuem “a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”⁶², conforme os ditames legais. Registre-se que durante muitos anos a proteção à saúde no Brasil era voltada apenas ao trabalhador empregado. Agora, a partir da CRFB/88, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Segundo Renato Tasca e Rodrigo Benevides, “a

⁶¹ MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. **Journals Interface**, Botucatu, v. 13, p. 771-780, 2009. Suplemento 1. p. 773.

⁶² “Art. 7º. [...] I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.” Cf. BRASIL, 1990.

universalização representa o objetivo central dos sistemas de saúde”⁶³, e, inclusive, está baseado em vários acordos internacionais.

No ano de 2014, por ocasião do 53º Encontro do Conselho Diretor da OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde), todos os países das Américas e do Caribe se comprometeram a implantar o acesso e a cobertura universal em termos de assistência à saúde. Em 2015, a agenda 2030 em relação aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável afirmou que constitui meta do objetivo 3 a saúde e o bem-estar. Já em 2019, a Declaração Política das Nações Unidas reiterou o compromisso de garantir saúde para todos, compreendendo como o direito de todas as pessoas terem acesso a serviços integrais de atenção à saúde, com qualidade e proteção financeira. Percebe-se, portanto, que a universalidade não é algo criado e mantido apenas pelo sistema público de saúde do Brasil, mas um fator que envolve uma política e preocupação internacional e global.

Caminhando *pari passu* ao princípio da universalidade, tem-se a equidade. O objetivo desse princípio é que as pessoas possam ser tratadas de acordo com as suas desigualdades. Observa-se que o legislador preferiu o termo equidade no lugar de igualdade, significando, portanto, que optou por ver que as pessoas não são iguais. Existem diferenças que precisam ser respeitadas. Assim, devem-se tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam, preceito inserto no princípio da equidade.

“Para o SUS, todo cidadão é igual perante a lei e deve ser atendido de acordo com suas necessidades”, afirma Ana Luiza Chieffi e Rita Barata. De acordo ainda com as autoras, os serviços de saúde precisam conhecer as necessidades dos diferentes grupos da população e trabalhar para satisfazê-las, “oferecendo mais a quem mais precisa, contribuindo para a diminuição das desigualdades existentes”⁶⁴.

A integralidade considera que a política pública deve atender a saúde em todas as suas necessidades, tanto através da medicina preventiva, como na medicina curativa. A integração de ações inclui “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de

⁶³ TASCA, Renato; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. SUS: desafios para tornar eficiente um sistema universal e subfinanciado. In: OCKÉ-REIS, Carlos Octávio *et al.* SUS: avaliação da eficiência do gasto público em saúde. Brasília, DF: Ipea/CONASS/OPAS, 2022. cap. 1, p. 41-59. p. 41.

⁶⁴ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/btPynPdQLS3LzjgyLmRMGhR/?lang=pt#>. Acesso em: 27 ago. 2023.

complexidade do sistema”⁶⁵. Para Ruben Mattos, “a integridade estabelece que o SUS deva se pautar pelo atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das atividades assistenciais”⁶⁶.

Os princípios organizativos dizem respeito à forma como as ações de saúde serão implantadas, dividindo-se as competências e traçando as funções de cada ente da Federação. Estão previstos ao longo do artigo 198⁶⁷ da Constituição Federal de 1998: a descentralização com direção única em cada esfera de governo, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas e a participação da comunidade.

A descentralização significa que o poder e a responsabilidade são distribuídos entre as três esferas de governo. Com relação à saúde “objetiva prestar serviços com maior qualidade e garantir o controle e a fiscalização por parte dos cidadãos”⁶⁸. No SUS, todos os entes devem ter condições gerenciais, técnicas, administrativas e financeiras para desenvolverem as ações de saúde. “Para que valha o princípio da descentralização, existe a concepção constitucional do mando único, onde cada esfera de governo é autônoma e soberana nas suas decisões e atividades, respeitando os princípios gerais e a participação da sociedade”⁶⁹, de acordo com o próprio Ministério da Saúde.

Quanto à regionalização e à hierarquização, os serviços devem ser organizados de acordo com a complexidade, prestados dentro de uma determinada área geográfica, planejados a partir de critérios epidemiológicos com a definição e conhecimento da população a ser atendida⁷⁰. No tocante à hierarquização, os serviços devem ser divididos de acordo com os níveis de atenção, garantindo “as formas de acesso a serviços que façam parte da complexidade requerida pelo caso, nos limites dos recursos disponíveis numa dada região”⁷¹. A atenção básica é de responsabilidade dos Municípios, enquanto a média e a alta complexidade, dos Estados. A União apresenta-se como arrecadadora e gestora dos recursos,

⁶⁵ “Art. 7º. II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.” Cf. BRASIL, 1990.

⁶⁶ MATTOS, 2009, p. 775.

⁶⁷ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”. Cf. BRASIL, [2020].

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde de a a z**: Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

além de definir as políticas públicas a nível nacional, através dos órgãos especializados que auxiliam o Ministério da Saúde.

A participação popular no sistema público de saúde, nas lições de Patrícia Werner, pressupõe a participação da comunidade nas várias instâncias de deliberação⁷², como a Conferência da Saúde, os Conselhos de Saúde e suas relações com os Secretários e as Comissões Intergestores, órgãos “que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde”⁷³, conforme afirma o Ministério da Saúde.

Vale destacar que a participação da sociedade no planejamento, execução e fiscalização das políticas públicas é o princípio que traduz a gestão democrática e transparente no SUS. “Se não se respeitar essa estrutura lógica, ter-se-á a construção de outro modelo de gerenciamento do direito à saúde no Brasil, mas não o SUS”, afirma Patrícia Werner⁷⁴.

Desta forma, a participação da coletividade nas estruturas administrativas do SUS é a base de uma gestão transparente, a qual permite a sociedade participar não só das escolhas da política pública, mas também da fiscalização do dinheiro público. Trata-se de uma clara expressão da democracia participativa na esfera administrativa, o que traduz a possibilidade de escolhas pelos próprios usuários. “A democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa e possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de suas escolhas”, afirma Ronald Dworkin.⁷⁵

2.2.2 Processo evolutivo do direito à saúde como responsabilidade estatal

O SUS é um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, que busca atender a população brasileira de forma gratuita e integral, atuando desde a mais simples necessidade até a mais complexa estrutura de tratamento, garantindo que se tenha acesso ao mínimo existencial dos direitos fundamentais com relação a uma vida saudável, embora muitas vezes possam ocorrer falhas ou omissões quando do desenvolvimento das ações de saúde.

Nas justificativas da Portaria nº 3916/98⁷⁶, o próprio Ministério da Saúde reconhece a grandiosidade que foi a implantação de um Sistema Público de Saúde, no molde pensado

⁷² WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde: a experiência das jornadas de direito à saúde do Conselho Nacional de Justiça. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde**: visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240-275.

⁷³ BRASIL, 2021a.

⁷⁴ WERNER, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 503.

⁷⁶ “O sistema de saúde brasileiro, que engloba estabelecimentos públicos e o setor privado de prestação de serviços, inclui desde unidades de atenção básica até centros hospitalares de alta complexidade. [...] É

pelo constituinte, afirmando que “é indiscutível, portanto, a importância dos serviços de saúde, os quais constituem, ao lado de uma série de outros, fator de extrema importância para a qualidade de vida da população”.

Não se trata apenas de oferecer uma medicina curativa, mas também preventiva. Acrescente-se, ainda, que o direito à saúde de forma efetiva e plena, nos termos da Lei nº 8080/90, além de expressar a organização social e política do país, terá como condicionantes “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”⁷⁷. Todos esses elementos, que estão previstos na lei, motivam a implantação das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde.

Não é apenas prevenir e curar, mas atuar de forma ampla em um sistema que pretende agir em várias vertentes para que se possa garantir a saúde em sua plenitude, conforme preceitos da própria Organização Mundial da Saúde.

Objetivando compreender a atual estrutura administrativa de atendimento ao direito à saúde no Brasil, é necessário contextualizar como esse aparato começou a se desenvolver no país a partir do processo de industrialização, com vários movimentos nacionais e internacionais.

Registre-se que a questão da saúde pública não foi algo que aconteceu somente no Brasil. Desde a década de 1960 havia pesquisas sobre a importância social e econômica da saúde para o desenvolvimento da sociedade, abrindo caminho para que os estudos se voltassem à saúde como um conjunto de ações a serem desenvolvidas pelo Estado com a participação ativa da sociedade.

Entre os inúmeros acontecimentos registrados com tal orientação, merecem destaque “a abertura da China Nacionalista ao mundo exterior - com a realização das duas primeiras missões de observação de especialistas ocidentais promovidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS)”, sob a liderança de Halfdan Mahler (1973-1974), e o movimento canadense “desenvolvido a partir do Relatório Lalonde – Uma Nova Perspectiva na Saúde dos

indiscutível, portanto, a importância dos serviços de saúde, os quais constituem, ao lado de uma série de outros, fator de extrema importância para a qualidade de vida da população. Esses serviços representam, hoje, preocupação de todos os gestores do setor, seja pela natureza das práticas de assistência neles desenvolvidas, seja pela totalidade dos recursos por eles absorvidos”. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁷⁷ “Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Cf. BRASIL, 1990.

Canadenses (1974), posteriormente reforçado com o Relatório EPP – Alcançando Saúde Para Todos (1986)”⁷⁸.

A experiência bem-sucedida na China com os cuidados à saúde de idosos, soldados, trabalhadores rurais, como também o desenvolvimento de campanhas de saúde, entre tantas outras atividades voltadas à atenção básica de saúde, despertara o interesse da OMS para a publicação apenas de um livro sobre as ações desenvolvidas. O aproveitamento das ideias observadas na China rendeu uma proposta de atenção primária da saúde, que quatro anos depois foi adotada por todos os países do mundo na Declaração de Alma-Ata. Essa Declaração, que ocorreu em 1978, na antiga União da República Socialista Soviética (URSS), afirmou que saúde é “um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde”⁷⁹.

Enquanto isso, no Canadá, o Relatório Lalonde dava conta de que fatores sociais e econômicos influenciavam diretamente na saúde dos indivíduos e por isso era preciso atuar “sobre as iniquidades (incluindo o status socioeconômico), estendendo o âmbito da prevenção e apoiando o povo para enfrentar essas circunstâncias”. Assim, em 1981, a Primeira Conferência Nacional da Saúde, ocorrida no Canadá, “introduziu a ideia de que o contexto social era um poderoso determinante da saúde porque moldava o comportamento individual, admitindo-se que a escolha do estilo de vida dependia da classe social”⁸⁰.

Esses movimentos de observação da saúde comunitária na China e dos fatores econômicos estudados no Canadá foram moldando a “nova concepção de promoção da saúde, embora não totalmente delineada, porém já valorizando a saúde como componente central do desenvolvimento humano”⁸¹. Delineando-se os fatores necessários “para assegurar a qualidade de vida e o direito ao bem-estar social”⁸².

A saúde deixa de ser apenas a ausência de doença e passa a ser um estado de bem-estar físico, mental e social. É uma construção sistemática que ocorre no conceito de saúde, realizada a partir da constatação de que não se trata apenas da ausência de enfermidade, porém de algo bem maior que impacta na própria existência da vida em sociedade e por isso se deveria acrescentar termos como mente e sociedade ao conceito de saúde.

⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. **As cartas da promoção da** saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002a. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf. Acesso em: 2 ago. 2023. p. 7.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

⁸² *Ibid.*, *loc. cit.*

A partir desses movimentos, a Organização Mundial de Saúde iniciou uma série de conferências que foram denominadas de “Conferência Internacional de Promoção à Saúde”.

A Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção à Saúde, ocorrida em Ottawa, no ano de 1986, contou com o apoio da OMS e da Organização Canadense de Saúde Pública. Na ocasião, estiveram presentes vários países que vinham subscrevendo os documentos internacionais de promoção à saúde, como a Declaração de Alma-ATA, assinada na Rússia em 1978.

Já foram realizadas cinco Conferências Internacionais⁸³, todas sob a orientação da OMS e desempenhando importante papel na elaboração, manutenção e definição dos critérios necessários para a promoção à saúde. Essas conferências são encontros que ocorrem periodicamente com a participação de vários setores representativos dos países participantes da Organização das Nações Unidas (ONU) e da OMS. Estão ainda presentes nas conferências as seguintes organizações internacionais: OPAS⁸⁴ e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)⁸⁵. Registre-se que nessas conferências internacionais todos estão em defesa da

⁸³ “A partir da Primeira Conferência, e incluindo este mesmo evento, já foram realizadas sete iniciativas multinacionais, cinco de caráter internacional/global, respectivamente em em Ottawa (1986), Adelaide (1988), Sundsvall (1991), Jacarta (1997) e México (1999), e outras duas de caráter sub-regional em Bogotá (1992) e Port of Spain (1993)”. Cf. BRASIL, 2002a, p. 51.

⁸⁴ A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) trabalha com os países das Américas para melhorar a saúde e a qualidade de vida de suas populações. Fundada em 1902, é a organização internacional de saúde pública mais antiga do mundo. Atua como escritório regional da Organização Mundial da Saúde (OMS) para as Américas e é a agência especializada em saúde do sistema interamericano. O organismo internacional oferece cooperação técnica em saúde a seus países membros; combate doenças transmissíveis e doenças crônicas não transmissíveis, bem como suas causas; e fortalece os sistemas de saúde e de resposta ante emergências e desastres. Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde. **Brasil**. Washington, DC: Opas, [2021]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/brasil>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁸⁵ “UNICEF works in the world’s toughest places to reach the most disadvantaged children and adolescents – and to protect the rights of every child, everywhere. Across more than 190 countries and territories, we do whatever it takes to help children survive, thrive and fulfill their potential, from early childhood through adolescence. The world’s largest provider of vaccines, we support child health and nutrition, safe water and sanitation, quality education and skill building, HIV prevention and treatment for mothers and babies, and the protection of children and adolescents from violence and exploitation. Before, during and after humanitarian emergencies, UNICEF is on the ground, bringing lifesaving help and hope to children and families. Non-political and impartial, we are never neutral when it comes to defending children’s rights and safeguarding their lives and futures”.

“A UNICEF trabalha nos locais mais difíceis do mundo para chegar às crianças e adolescentes mais desfavorecidos – e para proteger os direitos de todas as crianças em todo o mundo. Em mais de 190 países e territórios, faz-se tudo o que for necessário para ajudar as crianças a sobreviver, prosperar e atingir o seu potencial, desde a primeira infância até à adolescência. Sendo o maior fornecedor mundial de vacinas, apoiamos a saúde e nutrição infantil, água potável e saneamento, educação de qualidade e desenvolvimento de competências, prevenção e tratamento do VIH para mães e bebés, e a proteção de crianças e adolescentes contra a violência e a exploração. Antes, durante e depois das emergências humanitárias, a UNICEF está no terreno, levando ajuda vital e esperança às crianças e às famílias. Apolíticos e imparciais, nunca somos neutros quando se trata de defender os direitos das crianças e de salvar vidas e futuros”. Cf. UNITED NATIONS CHILDREN’S FUND. **About Unicef**. Washington, DC: Unicef, 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/about-unicef>. Acesso em: 2 mar. 2022.

ampliação dos campos de ação em saúde e pensando em como desenvolver abordagens mais efetivas para o real alcance dos objetivos traçados.

Foi nesse fluxo das iniciativas internacionais, a partir das ideias desenvolvidas por esse trabalho da OMS, OPAS e UNICEF, que em 1988 o Brasil declarou na sua Constituição Federal que o direito à saúde era um direito fundamental.

Portanto, a saúde atingir uma elevação na categoria de direito fundamental não foi uma opção aleatória e sem qualquer objetivo do Constituinte de 1988, mas fruto de todo um movimento sanitário que corria no mundo todo, em que se abriu o campo de visão para a importância da saúde no desenvolvimento das sociedades.

Importante destacar que, aqui no Brasil, nem sempre se teve um sistema público de saúde integral como o SUS, conforme observa Conde⁸⁶. Até 1988 o direito à saúde era uma espécie de favor concedido aos brasileiros pelo Estado, restrito ao desenvolvimento de atividades laborativas e que em alguns momentos chegava a ser suprimido porque dependia da discricionariedade do administrador público.

As ações prestacionais de saúde eram voltadas a atender o trabalhador empregado, considerando ainda o viés proveniente da revolução industrial no surgimento do direito à saúde. Portanto, a proteção desse direito teve seu nascedouro na chamada assistência social da pessoa assalariada, fruto da industrialização que aconteceu no pós-guerra e que era desenvolvida em boa parte do mundo.

Conforme afirmado linhas atrás, somente no final da década de 60 e início da década de 70, o mundo passou a ter outra visão do conceito de saúde, ampliando sua concepção de que a saúde dos indivíduos deveria ser prestada pelo Estado, já que influenciava no desenvolvimento econômico e social da humanidade. “A proteção social compreendia um conjunto de políticas sociais, garantidas ou reguladas pelo Estado, que visava prover a cobertura dos riscos advindos da invalidez, da velhice, da doença, do acidente de trabalho e do desemprego” conforme destaca Rosa Marques e Sérgio Piola, cuja responsabilidade era do

⁸⁶ Até alcançar o atual status de direito vigente na Constituição a saúde percorreu um longo caminho nas cartas anteriores. Inicialmente considerada um favor do Poder Público ao indivíduo, a saúde era uma benesse do Estado para sua população e poderia ser restringida ou retirada a qualquer momento, vez que não havia qualquer instrumento jurídico capaz de resguardá-la da discricionariedade do administrador. Com a Constituição Federal de 1988 o cenário mudou. O direito à saúde erigiu à categoria de direito fundamental de segunda geração, designado, pois, como direito social, razão pela qual, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º, da CF, tem aplicação imediata. Cf. CONDE, Rayza Bezerra. Diferença de classe no Sistema Único de Saúde: uma análise acerca da constitucionalidade da prática. In: SILVA, Anderson Lincoln Vital da *et al.* (org.). **Reflexões sobre o direito à saúde**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 82-83.

Estado para com o trabalhador⁸⁷. Desta forma, a preocupação com a saúde era fruto da revolução industrial destinada ao empregado da indústria.

No Brasil, esse sistema de proteção social da saúde da pessoa assalariada começou por volta de 1919, quando se legislou sobre acidente de trabalho, sendo, portanto, uma das primeiras proteções ao direito à saúde que se tem notícia. Destinada aos trabalhadores da indústria, “tanto no Brasil como em outros países, a legislação acidentária teve papel importante no contexto do reconhecimento dos direitos sociais”, de acordo com Fernanda Covolan e Carlos Dias⁸⁸. Foi através desse movimento social que se percebeu como a saúde das pessoas impactava no desenvolvimento econômico do país, pois sem saúde não haveria produção.

A Lei nº 3.724/19 trazia a conceituação de acidente de trabalho e incluía hipótese indenizatória para as moléstias laborais. Apesar dos avanços para a época, ainda não era destinada a todos os brasileiros, sendo fruto de greves e reivindicações por melhores condições de trabalho, conforme contextualizam Fernanda Covolan e Carlos Dias esse cenário⁸⁹.

Em 1930, surgiram os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), que ficaram por quase 30 (trinta) anos como órgãos responsáveis também pelo atendimento à saúde do trabalhador brasileiro. E, somente em 1967, os Institutos de Aposentadoria e Pensões foram substituídos pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), dando início então à seguridade social do trabalhador e de sua família. Em 1977, o INPS foi desmembrado em três institutos, cada um assumindo uma função específica, a saber: o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS); o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) já existente; e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). O IAPAS tinha como atividade principal recolher e administrar os recursos de proteção social do trabalhador. O INPS era responsável pelos benefícios previdenciários e assistenciais destinados aos acidentados ou aposentados, enquanto o INAMPS, era responsável pela

⁸⁷ MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco. **Sistemas de Proteção Social e de Proteção à Saúde: medicina baseada em evidência e as decisões judiciais: módulo 1: política, gestão e financiamentos de sistemas públicos de saúde, PROADI-SUS**. São Paulo: Hospital Sírio-Libanês, 2019. Apostila. p. 4.

⁸⁸ COVOLAN, Fernanda Cristina; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. História da legislação social brasileira: os acidentes de trabalho entre 1919 e 1940. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 35, p. 1-33, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/37807>. Acesso em: 22 fev. 2023. p. 6.

⁸⁹ “As greves reivindicativas de melhores condições de trabalho, que tiveram lugar em diversas cidades brasileiras, mas em especial nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, no ano de 1917, obrigaram a ação do Congresso, e as discussões sobre a legislação trabalhista ganharam algum fôlego. [...] A legislação social, construída dentro dos trabalhos da Comissão Especial de Legislação Social, foi duramente combatida por diversos setores representados no Congresso, enquanto as greves se sucediam, ocasionando forte pressão no sentido do estabelecimento de alguma resposta que acalmasse os operários e o mercado de trabalho”. Cf. *Ibid.*, p. 11.

prestação da assistência médica previdenciária aos segurados contribuintes e seus familiares, conforme lições de Rosa Marques e Sérgio Piola⁹⁰. O aparecimento desses institutos foi importante para a transformação do Sistema Único de Saúde que se conhece na atualidade.

Assim, em 1988 a Constituição Federal aumenta essa proteção social para alcançar segmentos até então desprotegidos do povo brasileiro. A universalização do direito à saúde nada mais é do que fruto de uma discussão que já vinha se traçando desde a década de 1970, conforme já contextualizado, quando só o trabalhador assalariado era protegido, segundo Rosa Marques e Sérgio Piola⁹¹:

A Constituição de 1988 deu forma às propostas que vinham sendo discutidas desde o final de 1970 e significou o corolário de um processo já iniciado. De maneira geral, a Constituição de 1988 ampliou a cobertura da proteção social para segmentos até então desprotegidos; universalizou o direito à saúde integral; introduziu o piso de valor igual ao salário-mínimo, eliminou as diferenças de tipos e valores dos benefícios previdenciários entre os trabalhadores rurais e urbanos; introduziu a participação dos setores envolvidos na gestão (embora os conselhos não tenham poder decisório) incluindo aposentados, trabalhadores, empresários e Estado (Previdência), e dos usuários, prestadores e Estado (Saúde); ampliou as fontes de financiamento; e introduziu o princípio da descentralização das ações e serviços (Saúde e Assistência).

Portanto, analisando o contexto histórico, percebe-se que até 1988, quando o direito à saúde passa a ser um direito fundamental do ser humano, a única preocupação com a saúde do indivíduo era a sua proteção enquanto mão de obra assalariada, útil à sociedade capitalista que o explorava. Com a assunção da Carta Magna de 1988, esse cenário de benevolência é transformado em um direito fundamental, onde o Estado assume concretamente a função de garantidor do direito à saúde (artigo 196 da CRFB/88)⁹², destinada a todos os indivíduos, independente ou não da atividade laborativa.

A regulamentação das disposições do artigo 196 foi efetuada pela Lei nº 8080, dois anos após a promulgação da Constituição Federal. A referida legislação, sancionada em 19 de setembro de 1990, inaugurou um novo Sistema de Saúde Pública nunca visto na história do País. As disposições constitucionais tiveram como objetivo principal a pretensão de “estabelecer as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter

⁹⁰ MARQUES; PIOLA, 2019.

⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

⁹² “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”. *Cf.* BRASIL, [2020].

permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”, conforme preceitua o Art. 1º da Lei 8.080/90⁹³.

A Lei nº 8080/90 foi sancionada para regulamentar o artigo 196 da CRFB/88, denominada Lei Orgânica da Saúde. Esse diploma legal permitiu a criação, a regulamentação e a estruturação do sistema público de saúde brasileiro, o qual foi denominado de Sistema Único de Saúde, popularmente conhecido como SUS. Portanto, o SUS é composto por todo o aparato estatal que busca garantir a saúde pública dos indivíduos no território brasileiro, através de ações tanto na área da medicina preventiva como na curativa, atividades essas desenvolvidas de forma gratuita, universal e igualitária a todos os brasileiros.

A implantação desse Sistema Único de Saúde no território nacional é constituída por um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta, conforme prescrições do artigo 4º, da Lei nº 8080/90⁹⁴.

Com a Lei Orgânica da Saúde, como ficou conhecida a Lei n.º 8080/90, foi criado um dos maiores sistemas de saúde pública do planeta, nas lições de Kildare Carvalho⁹⁵:

O serviço público de saúde será organizado, formalmente, com um sistema único. Quer isto significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União (que implicava, por absurdo, na existência de dois ministérios e um sem-número de órgãos federais atuando no setor), nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo (o que dá unidade ao conjunto de órgãos, sujeitos a atribuições) e as partes que o integram.

A partir da proteção social do trabalhador assalariado foi desenvolvido um sistema único mantido por impostos, responsável por atender toda a população brasileira de modo universal e igualitário, por meio de políticas públicas que visam à redução do risco de doenças e demais agravos à saúde, promovendo atividades de prevenção e recuperação das enfermidades. A finalidade principal é que esse direito seja devidamente executado através de um planejamento adequado dos recursos públicos envolvendo todos os entes da federação, União, Estados e Municípios, além do Distrito Federal.

⁹³ “Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”. Cf. BRASIL, 1990.

⁹⁴ “Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”. Cf. *Ibid.*

⁹⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 817.

Segundo ainda a previsão da Constituição Federal de 1988⁹⁶, essas ações prestacionais englobam atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde de todos os indivíduos, de forma universal, gratuita e igualitária. É algo jamais visto neste País e que está em construção desde a promulgação da Carta Magna de 1988. O que poderia ser apenas mais uma vaga promessa de uma sociedade justa e solidária, trata-se na verdade “de um ambicioso projeto de superação do modelo anterior, fincado no art. 6º, da Constituição Federal, que garante a saúde como direito de todos e dever do Estado, impondo ao Poder Público o estabelecimento de ações e serviços de saúde”, conforme observa Clenio Schulze e João Gebran Neto⁹⁷.

Embora esse sistema público de saúde sofra com limitações orçamentárias, estruturais e físicas, a pretensão é atender de forma ampla e plena todos os indivíduos no território nacional. Seus objetivos passam pela identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde à formulação das políticas públicas, assegurando a promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações assistenciais e atividades preventivas integradas⁹⁸.

De acordo com o próprio texto constitucional, o sistema é mantido por uma ação conjunta entre a União, os Estados e os Municípios, os quais “devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população”⁹⁹, em que cada ente participa dentro de sua competência normativa e de forma solidária, nos termos estabelecidos pela Lei nº 8080/90.

Ainda segundo a Constituição Federal de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem investir anualmente uma parcela de sua arrecadação para promoção das ações e serviços públicos de saúde¹⁰⁰.

⁹⁶ Cf. Art. 196 da Constituição Federal de 1988, em BRASIL, [2020].

⁹⁷ SHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 121.

⁹⁸ “Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I – a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II – a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III – a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”. Cf. BRASIL, 1990.

⁹⁹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas, do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

¹⁰⁰ “§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015) II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”. Cf. BRASIL, [2020].

As prescrições previstas no parágrafo segundo do artigo 198 trazem os percentuais que devem ser aplicados pela União e as fontes de onde sairão os recursos dos Estados, Distrito Federal e Municípios. No parágrafo terceiro do referido artigo há a previsão de regulamentação por Lei Complementar. Essa Lei Complementar é a de número 141/12 que dispõe sobre os valores mínimos da arrecadação a serem aplicados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Portanto, hoje, todos os entes que compõem a Federação têm parâmetros certos e definidos os quais devem ser aplicados na execução das políticas públicas de saúde.

De acordo com inciso I, do parágrafo segundo, do artigo 198 da Constituição Federal de 1988, a União deverá aplicar um percentual de no mínimo 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde¹⁰¹. Os Estados e o Distrito Federal, por força do artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012, devem aplicar no mínimo 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos que lhe competem. E os Municípios, um percentual de 15% (quinze por cento), de sua arrecadação, tudo conforme as determinações do artigo 7º Lei Complementar nº 141/2012¹⁰².

É importante destacar que, como se trata de um serviço que será prestado de forma contínua e por tempo indeterminado, ter percentuais mínimos para o financiamento da saúde pública permite que o administrador tanto possa saber quanto gastará a partir do que arrecada como também protege o cidadão da discricionariedade do Poder Público.

Sérgio Sakurái, Rudinei Toneto Júnior e Amaury Gremanud, ao analisarem a influência da Emenda Constitucional nº 29/2000, a qual implantou o sistema de percentual mínimo para os gastos com a saúde, afirmam que:

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² “Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Parágrafo único. (VETADO). Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. Parágrafo único. (VETADO)”. *Cf.* BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

Em primeiro lugar, a instituição desses requisitos mínimos é benéfica por estabilizar os recursos aplicados pelas unidades subnacionais de governo na área em questão, ou seja, minimiza-se a possibilidade de que hajam oscilações constantes e bruscas, ao longo do tempo, nos montantes financeiros alocados à saúde. Em se tratando de serviços que precisam ser oferecidos de forma constante e estável à população, é natural considerar que a definição dos critérios aqui analisados seja de interesse de toda a sociedade¹⁰³.

Além dos percentuais mínimos garantidos pela Constituição Federal de 1988, o Sistema de Saúde Pública funciona através de pactuações, e para isso existem as Comissões de Intergestores Tripartite e Bipartite. Essas Comissões atuam na direção e nas articulações do SUS.

A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) é uma instância na esfera federal, atuante na direção nacional do SUS, sendo integrada pelos gestores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é composta de forma paritária por 15 membros, sendo cinco indicados pelo Ministério da Saúde, cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), cujo objetivo maior é a negociação, articulação e a construção dos pactos nacionais, estaduais e regionais que serão fornecidos pelo SUS.

Nos espaços estaduais temos as Comissões Intergestores Bipartite, cujo objetivo é orientar, regulamentar e avaliar os aspectos operacionais do processo de descentralização das ações em saúde pública. Essas comissões são constituídas de forma paritária por representantes do governo estadual e municipal, indicados através das respectivas pastas de saúde.

Não é a pretensão aqui se ater a essa complexa estrutura administrativa do Sistema Único de Saúde, mas apenas pontuar que toda essa estrutura, montada desde os dispositivos constitucionais da atual Carta Magna até as disposições infraconstitucionais existentes, foi concebida e estruturada para dar autonomia aos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios como gestores do SUS.

Portanto, pode-se concluir que é o administrador público, por meio das secretarias de Estado, o maior responsável por adequar os recursos às políticas a serem desenvolvidas. Ao Executivo compete regulamentar as leis para executar as políticas públicas necessárias à efetivação do direito à saúde, organizando a atuação estatal e delineando os conceitos que ficaram em aberto na Constituição.

¹⁰³ SAKURAI, Sérgio Naruhiko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial** São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

Por melhores que sejam as decisões judiciais, essas não podem substituir as ações da administração pública. A seguir, serão abordados os principais aspectos quanto às escolhas administrativas para que possa funcionar a estrutura prevista pela Lei 8080/90.

2.3 AS ESCOLHAS RACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Até aqui, se expôs a consagração do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e as influências sofridas pelos movimentos internacionais sobre o assunto, por meio de seu reconhecimento como um direito social fundamental, inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, cuja concretização se dá em forma de políticas públicas prestadas pelo Estado como um dever fundamental (artigo 196 da CRFB/88)¹⁰⁴.

Foi visto que a Organização Mundial da Saúde, entidade criada pela ONU em 1948 para auxiliar os países nas questões da saúde global, preceitua que saúde é o completo bem-estar físico e mental e não apenas a ausência de enfermidades¹⁰⁵. A OMS orienta, ainda, que todos colaborem para que haja saúde de qualidade aos povos do mundo inteiro objetivando o desenvolvimento e pacificação social da humanidade¹⁰⁶.

Delimitaram-se, também, os parâmetros que foram utilizados para definir o conceito de direito à saúde objeto do presente estudo, o qual será considerado como aquele direito subjetivo, individual ou coletivo, relacionado à integridade física e mental do indivíduo, nos termos consagrado pela OMS e prescrito pelo artigo 6º da CRFB de 1988.

Entretanto, forçoso é reconhecer, conforme leciona Melina Fachin, que aos direitos sociais se conferiu uma realização progressiva a cargo dos Estados através de políticas e ações públicas com parco monitoramento em sua consolidação, o que acaba por aumentar-lhes a judicialização, tornando, assim, o Judiciário um grande responsável por monitorar a sua efetivação, em especial o direito à saúde¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BRASIL, [2020].

¹⁰⁵ “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

“Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Cf. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 1.

¹⁰⁶ “*Los Estados parte en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos*”.

“Os Estados integrantes da Constituição declaram, de acordo com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são básicos para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”. Cf. *Ibid.*, p. 1.

¹⁰⁷ “Aos direitos sociais, por outro lado, conferiu-se a tutela fraca da realização progressiva, sendo os Estados responsáveis pela sua implementação, ao longo do tempo, na medida dos recursos disponíveis tendo em vista

Para finalizar esse capítulo, é importante entender o que se denomina na doutrina como escolhas trágicas¹⁰⁸, o que na saúde seria mais conveniente se chamar de escolhas racionais. Opta-se pelo termo *escolha racional* porque a expressão trágica traz em si uma ideia negativa e pessimista sobre um tema tão sensível que é a escolha administrativa na garantia de uma política pública universal, equânime e igualitária.

O termo trágico¹⁰⁹ em sua etimologia relaciona-se com a ideia daquilo que é funesto, sinistro, que se trata de uma tragédia. Porém, ressalte-se que a tragicidade das escolhas administrativas está muito mais ligada às questões de o que se escolher e o que se oferecer a todos de forma igualitária e universal, conforme se viu no item anterior, do que propriamente a *tragédia* de se ter o que escolher entre duas ou mais opções de modo que algum direito seja excluído. Em se tratando de saúde, todas as opções são contempladas, porém não conforme se pretende. Por exemplo, um tratamento cardíaco será feito, embora não seja o melhor ou o mais caro.

O caso é que não se escolhe uma tecnologia por ela ser a melhor ou não; ou, ainda, que para determinado tratamento, o sistema público deixará a população desassistida; o fato é que o gestor público precisa fazer, entre as várias possibilidades médicas e farmacêuticas, a escolha de qual tecnologia melhor atenderá a política pública da saúde, de acordo com os princípios do SUS: universalidade, equidade e igualdade.

Como afirma Harrison Leite, o termo *escolha trágica* leva a entender que algo foi escolhido de forma calamitosa e, portanto, presume-se que “há algo trágico a resultar das escolhas alocatícias”. Porém o que acontece é que “os recursos são escassos e essa escassez necessariamente leva a escolhas”. Por isso, o termo pode “infundir a ideia de injustiça na consciência da sociedade”¹¹⁰.

que tais direitos reclamam políticas e ações públicas com impactos orçamentários. E, coerente com a enunciação normativa, há um sistema parco de monitoramento – hodiernamente em consolidação – em relação a esses direitos”. Cf. FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 86.

¹⁰⁸ A expressão foi empregada por Guido Calabresi e Philip Bobbit referindo-se as difíceis opções alocativas que devem ser realizadas num ambiente de escassez de recursos. Ela deu título à obra. Cf. COLEMAN, Juley L.; HOLAHAN, William L. Book review: *Tragic choices*, by Guido Calabresi and Philip Bobbit. **California Law Review**, California, v. 67, p. 1379-1393, 1979. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72833655.pdf>, acesso em 13/02/2023. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁰⁹ “Adj. Relativo a tragédia; Fig. Sinistro; funesto: desenlace trágico. M. Aquele que faz ou representa tragédias”. Cf. FIQUEIREDO, Cândido de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. [S. l.: s. n.], 2010. *E-book*. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/31552/pg31552.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹¹⁰ LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 12. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 86.

Por esse motivo, utiliza-se, preferencialmente, o termo *escolhas racionais*, haja vista que são escolhas feitas dentro de critérios técnicos, por órgãos especializados e que buscam atender aos princípios da política pública de saúde.

Assim, as *escolhas racionais* são aquelas feitas originalmente pelo administrador público dentro da reserva do possível para a concretização dos direitos fundamentais. O Judiciário também o faz, quando intervém na política pública de saúde, buscando dar efetividade a esse direito fundamental. Contudo, a escolha feita pelo juiz ou tribunal não é da mesma forma que a administração pública. A escolha feita em um processo judicial muitas vezes não passa por critérios que são utilizados pelo Administrador Público, e isso pode gerar um descompasso gigantesco para os cofres públicos. Por esse motivo, é inadequado que o Judiciário faça essa escolha, e, se a fizer, que a faça acarretando os menores impactos possíveis.

O assunto sobre as escolhas racionais é bastante complexo e falar sobre ele é um ato audacioso. Entretanto, o objetivo é apenas introduzir noções básicas sobre o tema para que se compreenda a importância das soluções consensuais de resolução dos conflitos quando se tratar de processos de saúde, haja vista que a judicialização tem sérios impactos nessas escolhas, como já acentuado, cuja opção deveria ser do Executivo e do Legislativo, segundo Thaís Santos:

O Estado possui uma receita específica que precisa ser aplicada de maneira a atender a um maior número de necessidades, distribuído da maneira mais eficiente possível. O legislativo e o executivo, no limite de suas atribuições, são responsáveis por definir a alocação destes recursos limitados. Essas opções são, não só, administrativas como também políticas, de modo que as escolhas, teoricamente, são feitas pelos representantes do povo eleitos por ele para a satisfação de ideais preestabelecidos nas suas plataformas políticas apresentadas na campanha¹¹¹.

Para compreender as escolhas racionais feitas pelo Executivo e o Legislativo na concretização dos direitos fundamentais, faz-se necessário falar sobre três importantes assuntos: políticas públicas, mínimo existencial e reserva do possível.

Conforme já sinalizado, linhas atrás, as políticas públicas são todas as ações desenvolvidas pelos entes públicos para atender as funções assumidas constitucionalmente pelo Estado Social e Democrático de Direito. São ações que envolvem o Estado e o Governo, e que visam à redução da desigualdade social, da melhoria na qualidade de vida da população e da garantia da paz social.

¹¹¹ SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 89.

Segundo Régis Oliveira, são as “providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados”¹¹².

Nas lições de Maria Paula Bucci, “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹¹³.

Entende-se, portanto, como políticas públicas os projetos, procedimentos e medidas traçadas pelos governantes e legisladores para, no tocante as funções estatais assumidas, os direitos fundamentais, em especial os sociais, consagrados pela Constituição Federal, se concretizem. Os representantes legais do Executivo e do Legislativo assumem essa missão ao serem eleitos, e devem obediência às prescrições legislativas porque estas são elaboradas a partir da representatividade popular.

Assim, tanto o Executivo quanto o Legislativo, para cumprirem com seus deveres fundamentais impostos na concretização dos direitos fundamentais, precisam fazer as suas escolhas de acordo com as possibilidades orçamentárias possíveis.

Espera-se, portanto, que as escolhas sejam, no mínimo, racionais, em conformidade com critérios da razoabilidade e proporcionalidade, e que atendam o máximo possível à população às quais se destinam.

Conforme aduz Taís Santos, escolhas necessitam ser feitas, pois os recursos precisam ser alocados de modo a não beneficiar apenas uma parte da população e que não se atendam apenas uma pequena parte dessas necessidades¹¹⁴.

Atente-se que por mais que os recursos sejam limitados, as escolhas precisam atender com eficiência o maior número de pessoas. Como as políticas públicas visam à efetivação de direitos sociais fundamentais, em decorrência da escassez de recursos, o legislador delimita os gastos por intermédio das leis orçamentárias e o Executivo os cumpre de acordo com parâmetros já aprovados pelo legislativo.

Portanto, são *escolhas racionais* porque algum direito sofrerá limitações dentro desse critério de escolha. O importante é que ao se optar por um direito, o legislador e o

¹¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

¹¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

¹¹⁴ “O papel da Administração Pública então é alocar os recursos públicos de forma a não beneficiar apenas uma parte da população, ou atender a apenas uma pequena parte das necessidades e direitos fundamentais. Começa-se aqui a entender que, quase sempre, o Estado tem que fazer escolhas em que provera determinada política em detrimento de outra. E essa escolha se traduz na teoria das escolhas trágicas. É o legislativo e o executivo que, realizando os ideais políticos esperados pela sociedade (por elas escolhido através das eleições), que escolhem quais os direitos serão contemplados e de que forma”. Cf. SANTOS, 2015, p. 91.

administrador o façam de modo racional, impessoal, eficiente e com qualidade. “Como há limitação de recursos, sempre há de contar com escolhas trágicas, com a plena ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido”, conforme alerta Harrison Leite¹¹⁵. “Entretanto, o importante é saber se as prioridades constitucionais estão sendo alcançadas em relação aos seus fins últimos”, arremata o autor¹¹⁶.

Se de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 a saúde é um direito de todos e um dever do Estado¹¹⁷, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos, a responsabilidade do gestor do público é de extrema importância na escolha desses critérios de atendimento, considerando que o acesso a essas políticas devem ser universais e igualitárias, no tocante às ações e serviços de saúde, conforme explicitado.

Ainda de acordo com a atual Carta Magna, as ações de saúde são desenvolvidas mediante políticas públicas, sociais e econômicas que permitem a redução dos riscos de doença e outros agravos à saúde. Essas ações podem ser desenvolvidas pela iniciativa privada de forma complementar, como prescreve o artigo 199¹¹⁸ da CRFB. Assim, no Brasil, as ações prestacionais desenvolvidas para garantir o direito a tratamentos médicos e terapêuticos tanto podem ser prestadas diretamente pelo Estado como pelos particulares, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, o que corresponde aos serviços prestados por planos e seguradoras de saúde.

A saúde prestada pelos planos e os seguros de saúde não serão aqui objeto de estudo, porém anota-se que a iniciativa privada também poderá prestar essas ações de saúde de acordo com as normas estabelecidas pelo Poder Público, com a fiscalização da Agência Nacional de Saúde (ANS). Essas ações são custeadas em parte pelo usuário, com os recursos arrecadados pelos planos. O acesso é na grande maioria caro e não acessível a uma considerável parte da população brasileira. Daí a importante missão do Sistema Público de Saúde, a qual se destina à população menos favorecida do território nacional.

A essencialidade dos direitos sociais é inquestionável, são direitos que demandam a atuação do Estado ou do particular para se garantir o mínimo de dignidade ao ser humano. Porém, mesmo que houvesse uma base tributária sólida, em que todos os impostos fossem

¹¹⁵ LEITE, *op. cit.*, p. 85.

¹¹⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹¹⁷ BRASIL, [2020].

¹¹⁸ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Cf. BRASIL, [2020].

destinados a uma fiel execução dos objetivos orçamentários, não teria o País como prover todas as necessidades humanas. E, mesmo com a existência dos planos de saúde, considerando que uma grande parte da população brasileira não tem condições econômicas e financeiras de custear seus tratamentos médicos, necessitam, portanto, da ação governamental. Assim sendo, muitos são os que precisam dos serviços públicos de saúde, o que torna impossível prover todas as necessidades existentes.

Por isso, quando o Estado assume a execução dos direitos sociais, é necessário destinar os recursos da melhor forma possível para que o atendimento seja igualitário e o mais amplo que se possa atingir. Ao adotarem critérios para a escolha de execução das políticas públicas, o Administrador e o Legislador o fazem dentro do que é possível garantir com a verba que é arrecada, atendendo o maior número de pessoas, procedimento esse que é excelente porque satisfaz os critérios da universalidade e equidade, princípios do SUS.

Segundo Melina Fachin, os direitos e garantias fundamentais constituem-se em princípios que incorporam as exigências da justiça e dos valores éticos do sistema jurídico brasileiro¹¹⁹. Ademais, essas mesmas normas fundamentais desempenham uma função útil ao ordenamento e por isso, segundo Flávia Piovesan, não podem ser interpretadas de modo a diminuir o seu alcance e concretização. Desta forma, mesmo diante das escolhas racionais, no caso da saúde pública, não pode haver redução do alcance e concretização de normas fundamentais¹²⁰.

As escolhas racionais se iniciam justamente quando a Administração Pública começa a decidir qual o direito que será contemplado com os recursos públicos, estabelecendo prioridades entre direitos. Nas lições de Iverson Ferreira:

¹¹⁹ “À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”. Cf. FACHIN, 2013, p. 86, 90.

¹²⁰ “Vale dizer, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Considerando os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais”. Cf. PIOVESAN, 2013, p. 117.

Ao destinar tais recursos, escolhendo qual o direito a ser contemplado, é que se inicia a valoração das escolhas trágicas. Sendo os recursos considerados finitos e o número de demandas variadas, ao abrir mão de uma escolha e aceitar outra se inicia a ‘teoria das escolhas trágicas’; ao deixar de contemplar alguma necessidade tida como premente para a população, mas ao mesmo tempo considerada pelo administrador menos imperiosa que a escolhida. Os direitos sociais estão incluídos na categoria de direitos fundamentais. A alta elevação desses direitos, tidos como cláusula pétrea na ordem constitucional, demonstra a preocupação do legislador constituinte em promover o avanço social¹²¹.

Desta forma, é através dessas escolhas administrativas que se inicia a concretização dos direitos essenciais a uma vida digna e possível. Esses direitos são de extrema importância para se garantir a evolução e a igualdade social entre as pessoas. Vale destacar que esses direitos não são uma escolha aleatória do legislador, são direitos ligados às reais necessidades do ser humano e representam a opção por uma vida melhor em sociedade, conforme lecionam Fernanda Dantas e Janiny Ribeiro:

Os direitos sociais não possuem apenas um conteúdo valorativo perante a Constituição, mas especialmente um caráter de imponência perante o Estado. Em razão do conteúdo dotado de essencialidade destes que se pautam nas reais necessidades do ser humano, a sua imponência em face do Estado se dá em razão deste ser o ente gestor dos recursos públicos, devendo, assim, o Estado priorizar sua atuação e recursos em prol da concretização desses direitos. Isso porque tais direitos não são de cunho essencial por livre arbítrio ou convenção do legislador. Eles são frutos de uma significativa evolução histórica da sociedade, pautada nas necessidades primordiais do ser humano. É estritamente necessário que as regras constitucionais sejam veementemente cumpridas, respeitadas e não violadas, uma vez que não equivalem a meros conselhos direcionados ao Estado, mas sim a obrigações que este deve cumprir. São comandos oriundos de uma Constituição dirigente, que detém força normativa, que determina a forma, os parâmetros e os limites em que o Estado deve agir¹²².

Portanto, quando se escolhe atender um direito fundamental em detrimento de outro direito também fundamental se está diante do que já se denominou de “escolha trágica”, não significando que um direito seja menos importante que o outro, mas sim que não há recursos suficientes para atender a todas as necessidades humanas, e, portanto, escolhas precisam ser feitas. Algum direito terá que ficar de fora, e como saber qual direito é menos ou mais importante?

¹²¹ FERREIRA, Iverson Kech. Conceituando escolhas trágicas: a distinção de direitos e o mínimo existencial. **JusBrasil**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/841268875/conceituandoescolhas-tragicas-a-distincao-de-direitos-e-o-minimo-existencial>. Acesso em: 14 fev. 2023.

¹²² DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; RIBEIRO, Janiny Kala Pereira da Câmara. A administração pública e as escolhas trágicas na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **PublicaDireito**, [S. l.], 30 jul. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ba48bccfc0d72c73>. Acesso em: 14 fev. 2023.

Diariamente se tem notícias de novos e mais modernos tratamentos, os quais na grande maioria das vezes demoram a ser oferecidos pelo serviço público de saúde, e diante dessa ausência se demanda ao Judiciário para que haja a supressão dessa falha.

É importante repisar que, em matéria de saúde pública, as escolhas se baseiam nos princípios da universalidade e da igualdade¹²³, que foram inseridos pela Lei 8080/90. Todos os procedimentos médicos e terapêuticos oferecidos pelo Sistema Público de Saúde devem estar acessíveis de forma universal (para todos) e igualitária (do mesmo modo) aos seus usuários. Quando se escolhe o que oferecer à população usuária do SUS, essa oferta deve ser possível e viável de acordo com o orçamento público e da demanda que é gerada com aquela despesa orçamentária.

Entretanto, nesse contexto complexo, o Judiciário é acionado para intervir nessa escolha, seja porque não se está oferecendo adequadamente (omissão), seja porque ainda não está contemplado o procedimento médico ou terapêutico (ausência). E o que fazer diante desses casos em que o juiz é chamado para intervir em uma política pública objetivando garantir a efetivação de direitos sociais fundamentais tão importantes como o direito à vida e à saúde?

Nesses casos, quando através de uma demanda judicial se faz uma escolha referente a uma política pública de saúde, esta passa das mãos do Administrador e do Legislador para o Poder Judiciário, o qual vai precisar agir não porque tem a função de escolher, mas porque tem a jurisdição como dever de atuação.

Nas lições de Fernanda Bourges, no processo judicial há poucos espaços para as soluções multidisciplinares, flexíveis e criativas, impedindo assim que decisões sejam tomadas de acordo com as demandas administrativas¹²⁴.

Para Santos, tudo é uma questão de compatibilização entre necessidade e efetividade, sendo uma responsabilidade primeira da Administração Pública, e não dos demais Poderes:

¹²³ “Art. 2º, § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso **universal e igualitário** às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. *Cf.* BRASIL, 1990.

¹²⁴ “No âmbito judicial, com a necessidade de se obedecer a procedimentos previamente estabelecidos, formatos e formalidades necessárias há pouco espaço às soluções multidisciplinares, flexíveis e criativas”. *Cf.* BOURGES, Fernanda Schuhli. **Mediação administrativa: uma prioridade à solução de controvérsias entre os particulares e a administração pública: perspectivas do direito comparado francês**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021. p. 98.

Deve-se buscar uma forma de compatibilizar a necessidade do respeito e efetivação dos direitos fundamentais à realidade de um país com uma série de carências com os instrumentos de ação pública que conduzam à maior efetividade possível das políticas sociais. A Administração Pública é quem primeiro deve realizar esses direitos, e não o judiciário. Esses dois poderes precisam conversar numa busca efetiva da verdadeira implementação dos direitos aqui tratados, não um paliativo apenas para uma parcela mínima que busca tutela judicial¹²⁵.

Inúmeros são os casos noticiados diariamente Brasil afora, nos quais a Administração Pública é forçada a cumprir decisões judiciais para garantir o direito à saúde daqueles que se socorreram ao Poder Judiciário sob pena de aplicação de multa diária ou até mesmo bloqueio das contas públicas caso a decisão não seja cumprida.

Essa imposição ao Administrador Público por intermédio das decisões judiciais acaba por desequilibrar o planejamento administrativo, haja vista que todas as ações estatais tendentes à concretização dos direitos fundamentais são desenvolvidas a partir das escolhas feitas pela arrecadação estatal, conforme já explicado anteriormente.

O planejamento administrativo que é feito de acordo com a lei e a arrecadação pública fica comprometido porque os recursos são realocados pelas decisões judiciais em demandas individuais, garantindo o direito a determinado indivíduo enquanto toda uma coletividade pode ser prejudicada.

Essas escolhas, embora tenham a racionalidade que lhe são inerentes, destinam-se ao maior número possível de pessoas e não podem deixar de garantir a concretização de um núcleo mínimo dos direitos fundamentais necessários à realização de um conjunto de valores civilizatórios, conforme leciona Luís Roberto Barroso:

Dignidade da pessoa expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental¹²⁶.

No cenário constitucional atual, ao Estado foi incumbida a missão de efetivação dos direitos fundamentais. Dentre esses direitos fundamentais existem um núcleo essencial e

¹²⁵ SANTOS, 2015, p. 94.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

mínimo, e que não pode deixar de ser garantido a todos os indivíduos. Esse núcleo mínimo e essencial se denomina de mínimo existencial. E o que a Constituição Federal de 1988 definiu como direitos que fazem parte desse mínimo existencial? Como observa Ricardo Torres, não há na Constituição a definição do que seja formado esse mínimo existencial; presume-se que sejam todos aqueles direitos essenciais a uma vida digna; deve-se “procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”¹²⁷.

O certo é que, no Brasil, a saúde pode e deve ser incluída nesse núcleo essencial por sua importância para o ser humano, haja vista que é uma consequência natural do direito à vida e ambas são prescritas como direitos fundamentais. Ademais, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III da CRFB/88), passando necessariamente por uma vida com saúde.

Assim, considerando que a saúde é um direito fundamental e que está inserida no mínimo existencial, a sua concretização infelizmente enfrenta a escassez de recursos e a reserva do possível, impactando diretamente nas chamadas escolhas racionais do gestor e do legislador, conforme leciona Fernanda Dantas e Janiny Ribeiro:

É importante ressaltar que no âmbito das políticas públicas, os recursos disponíveis pela administração pública têm uma especial relevância tendo em vista que a efetivação dos direitos sociais envolve custos. Na situação de escassez de recursos públicos, não há como viabilizar todos os direitos sociais em seu máximo grau. Assim, a escassez de recursos faz com que os entes públicos, em muitos casos, realizem as escolhas trágicas, pois havendo a limitação no orçamento, deverá verificar o que é prioridade dentre as demandas exigidas¹²⁸.

Pretende-se aqui apenas alertar que muitas vezes as escolhas feitas na decisão judicial podem não ser as melhores, seja para a coletividade ou para o ente público. Entretanto, se o Judiciário for provocado, deverá prestar a tutela jurisdicional e de alguma forma fará a escolha que deveria ter sido feita pelo administrador público de acordo com o permissivo legal; com essa atitude, o Judiciário interferirá diretamente nas contas públicas.

Não é interessante deixar que as decisões em matéria de saúde fiquem exclusivamente nas mãos do Judiciário, uma vez que não foi ele o responsável por elaborar, planejar e executar as políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 14 fev. 2023.

¹²⁸ DANTAS; RIBEIRO, 2014, p. 13.

Essas escolhas racionais são, *a priori*, do Executivo e do Legislativo, os quais necessitam de critérios racionais de possibilidade *versus* disponibilidade orçamentária para a tomada de decisão. Tais opções são e devem permanecer com esses agentes públicos, os quais foram eleitos para o objetivo de concretizar o mínimo existencial dentro da reserva do possível, conforme alerta Taís Santos¹²⁹. A decisão judicial é um ato contra majoritário e por este motivo deve ser tomado com muita cautela e proporcionalmente aos danos causados pela ausência da política pública, evitando, ao máximo, prejuízos para os demais administrados não contemplados na ação judicial. Na atualizada e profícua lição da autora:

Não atendendo aos direitos e às garantias definidas na constituição, qualquer pessoa tem o direito (constitucional inclusive) de requerer auxílio judicial. Este é o ponto nevrálgico da questão das escolhas trágicas: no Brasil, ela não é observada pelo judiciário em sua maioria. Para uma parcela significativa da população e do próprio judiciário, este tem de verificar aplicação do direito ao caso concreto, entendendo direito como lei, mas não leva em consideração os recursos necessários para tal intento¹³⁰.

Por mais que no Brasil se tenha a oportunidade de socorro ao Judiciário para a concretização de direitos fundamentais, como no caso do direito à saúde, sua interferência nas escolhas do Executivo e o Legislativo é na esfera da autonomia e independência entre os poderes. Seja porque o Judiciário não tem conhecimento sobre como as escolhas foram feitas, seja porque nas demandas judicializadas os recursos são destinados às partes do processo e não para a coletividade.

Não se quer afirmar ou defender a impossibilidade da intervenção do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos próprios da atividade jurisdicional. O que se está a defender é que as decisões judiciais devem ser a última razão de ser quando se tratar de escolhas racionais, porque não é dado ao Judiciário optar por essa ou aquela política pública, haja vista que tal função cabe ao Executivo e ao Legislativo que foram eleitos para, entre outras funções, gerirem as verbas públicas dentro de escolhas racionais.

¹²⁹ “Pela escassez de recursos, entendendo o princípio da reserva do possível, a Administração Pública procura (ou ao menos deveria) aplicar estes recursos de maneira a concretizar não apenas as políticas públicas necessárias e obrigatórias, como também de maneira a garantir a observância dos seus princípios norteadores, incluindo o da eficiência”. Cf. SANTOS, 2015, p. 98.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 99.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Já foi contextualizado que, no Brasil, o direito à saúde passou a ser um direito fundamental desde a Constituição Federal de 1988, quando foi lançado no rol dos direitos sociais e se reconheceu como um dever do Estado, prestado mediante uma política pública universal, equânime e integral. Essa categorização da saúde em direito fundamental foi fruto de toda uma reforma sanitária que acontecia no país desde a década de 70 e que atendia os compromissos do Estado Social.

Esse audacioso reconhecimento feito pelo Constituinte de 88, ao mesmo tempo em que ocasionou uma evolução jurídica do direito à saúde, também gerou certa expectativa por parte daqueles que são os destinatários finais das ações de saúde promovidas pelo Estado.

Essa política pública se estabeleceu com os parâmetros de universalidade e integralidade e se destinam a atender a todos os seus usuários de modo universal, sem quaisquer tipos de distinção de classe, raça, gênero ou profissão; de modo integral, em todos os níveis de prestação, o ente público deve se responsabilizar desde a atenção primária até a alta complexidade, envolvendo atividades de prevenção e cura.

Uma importante questão que surge a partir do estabelecimento desses objetivos é saber se a universalidade e a integralidade possuem ou não limites, haja vista que a insatisfação social e as expectativas dos usuários na prestação dos serviços públicos de saúde têm ocasionado uma busca desenfreada pelos tribunais brasileiros.

Foi apresentada, até o presente momento, uma evolução legislativa e jurídica ocasionada pelo reconhecimento da saúde como um direito fundamental, insculpido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Não há dúvidas da importância da *saúde* alçar à categoria de direito fundamental, como também não se hesita ser essencial para um país como o Brasil possuir um sistema público de saúde nos moldes como foi estruturado o SUS, cujo objetivo é o atendimento da população mais carente.

O problema que ora se apresenta é saber se, ao buscar a efetivação desse direito por meio das ações judiciais, os resultados dessa *procura* podem ou não prejudicar a política pública montada pelo gestor, pois a *judicialização* tem provocado uma intensa interferência judicial nos orçamentos públicos e, do ponto de vista prático, é financeiramente ruim para a programação dos entes públicos.

Nessa vertente, os objetivos desse trabalho vislumbram apresentar como a judicialização da saúde encontra-se, atualmente, no cenário nacional, tal como apontar alguns

problemas enfrentados pelo Judiciário e pelo administrador público em razão dessa judicialização e compreender como as decisões judiciais impactam nos orçamentos públicos, de modo a colocar em risco a própria permanência do sistema público de saúde.

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A crescente necessidade de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pelas Constituições Estatais tem provocado, nos últimos anos, um fenômeno denominado de ativismo judicial.

Segundo Luís Roberto Barroso, o aumento significativo por justiça na sociedade contemporânea¹³¹ é uma consequência da ausência de efetivação desses direitos fundamentais que estão reconhecidos nas Constituições Federais dos países que as adotam como carta suprema. E, como não há o cumprimento daquilo que está estabelecido como direito fundamental, a população tem se socorrido ao Poder Judiciário para concretizar os direitos fundamentais que sequer chegam a ser implantados. Tanto essa interpretação como a aplicação da Constituição, por meio da jurisdicional constitucional, passou a ser cada vez mais utilizadas para solucionar problemas de cunho político não resolvidos na seara do Executivo e do Legislativo. Ainda na visão do autor, “desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária”¹³².

De acordo com Estefânia Barbosa e Katya Kozicki, “a abertura das normas de direitos fundamentais exigiu um novo papel do Poder Judiciário”¹³³, ao qual, de acordo ainda com seus ensinamentos, coube “densificar e dar significado a esses direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento”¹³⁴.

Nessa perspectiva de que ao Judiciário coube o papel de densificar e significar os direitos fundamentais é que se reconfigura a ideia de programaticidade dos direitos sociais, os

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 410.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Ibero-Americano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/400285>. Acesso em: 10 fev. 2023. p. 18.

¹³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 59-85, 2012. p. 63.

¹³⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

quais estariam na esfera de autonomia e conveniência do Poder Executivo à espera de um momento oportuno para implantá-los.

Embora a eficácia das normas programáticas não seja o tema principal do presente estudo, é bom lembrar que o administrador e o legislador não têm mais, com exclusividade ou talvez nunca tenham tido, a possibilidade de decidirem quando e como devem agir, ao tratar-se da concretização dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere ao direito à saúde, pois é necessário haver um tempo razoável para sua consolidação, como afirma Fábio de Oliveira:

É evidente que há um lastro temporal necessário para que a disposição programática encontre lugar na realidade ou mesmo comece a trilhar o caminho para este lugar. E que é razoável considerar que há uma liberdade política (que não deixa de ser igualmente jurídica) quanto a tal definição. O que não é razoável é concluir que toda demora é aceitável, que o tempo não tem medida, que o relógio que importa é apenas o do governo, que o *quando* é deliberação exclusiva do administrador ou do legislador. Daí a importância de definir um tempo razoável para a tomada das providências reclamadas pela programaticidade, após o qual se configura um estado de inconstitucionalidade por omissão¹³⁵.

Por conseguinte, diante da inércia do Executivo de efetivar os direitos fundamentais e com o dever de proteger a ordem constitucional democrática, passa o Judiciário a ter um protagonismo na materialização desses direitos através de uma atividade conhecida como ativismo judicial.

Segundo Patrícia Brito, embora essa atividade não deixe de ser um confronto do Judiciário com o Executivo e o Legislativo, “ela é perfeitamente compatível com os princípios democráticos e republicanos e contribui para o seu aperfeiçoamento”¹³⁶.

Essa inércia do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais consagrados nas constituições tem movimentado a estrutura judiciária por intermédio do controle de constitucionalidade das políticas públicas.

Diante das ausências ou da ineficácia das políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais é inevitável a atuação judicial como consequência natural do princípio da inafastabilidade da jurisdição, prescrito no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88. Segundo Clenio Shculze e João Gebran Neto, “A necessidade de concretização dos direitos

¹³⁵ OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Eficácia Positiva das Normas Programáticas. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 59-86, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2023. p. 4.

¹³⁶ BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública de saúde. In: In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203-239. p. 213.

fundamentais sociais como promessas da (pós) modernidade, a crise do estado legislador e a crise do Estado-administração”¹³⁷, foram os fatores que ensejaram a ascensão institucional do Poder Judiciário nas últimas décadas.

Já para Luís Roberto Barroso, a noção de ativismo judicial está ligada à participação ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo na atuação dos demais Poderes¹³⁸. Em suas lições, Barroso afirma que a judicialização e o ativismo são primos, vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm a mesma origem, pois as causas imediatas dos dois os distanciam¹³⁹.

A judicialização é a própria atuação do Judiciário dentro do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Já o ativismo judicial é a escolha, a forma, o modo de interpretar a constituição, expandindo ou restringindo o seu alcance por meio da atividade jurisdicional.

Todas as vezes que o Judiciário for chamado para atuar na interpretação e/ou concretização de direitos fundamentais, agindo dentro de uma margem que seria da competência do Legislativo ou do Executivo, fugindo de sua função primordial de aplicação do direito aos fatos, se está diante do ativismo judicial. Quando o Poder Judiciário é acionado para atuar na concretização de políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais se está diante da judicialização da política pública. Então, forçoso é concluir que tanto a judicialização das políticas públicas provoca o ativismo judicial, como o ativismo judicial provoca uma interferência na política pública pela ação da jurisdição. Trata-se, em vista disso, de ações que são encaradas de forma simultânea.

Importante compreender o que são políticas públicas, que, segundo Maria Paula Bucci, são os programas de governo resultantes da lei na orientação do Estado quanto os meios postos à sua disposição na realização dos objetivos politicamente relevantes e determinados¹⁴⁰. Logo, pode-se dizer que as políticas públicas são os instrumentos de concretização dos direitos sociais que necessitam de uma série de decisões coordenadas para a sua implementação¹⁴¹.

¹³⁷ SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 29.

¹³⁸ “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Cf. BARROSO, 2009.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

¹⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Para Héctor Santana e Roberto Freitas Filho, políticas públicas constituem o “modo pelo qual a comunidade política decide, coletivamente, organizar a oferta e o modo de fruição de direitos que são limitados pela necessidade de se estabelecer critérios sobre a alocação de recursos orçamentários destinados a determinada prioridade normativa”¹⁴². Ainda segundo os autores, como são ações criadas para atenderem a direitos prestacionais, “dependem de uma ação específica do Estado no sentido de prover instalações, serviços, produtos e ações direcionadas a sua efetivação”¹⁴³.

Assim, as políticas públicas buscam a intervenção na realidade social de modo que se atinjam fins relevantes, como “redução de desigualdades, diminuição da pobreza, proteção de grupos sociais vulneráveis e oferta adequada e universal de serviços essenciais”¹⁴⁴, arrematam os autores.

Atente-se para o fato de que as normas de direitos sociais são diretivas e que por excelência carecem de políticas públicas para a sua concretização. Essas normas possuem finalidades e funcionalidades que tornam particularmente complexas suas aplicações¹⁴⁵, de acordo com Héctor Santana e Roberto Freitas Filho¹⁴⁶. São normas que, consoante os autores, não dizem respeito aos direitos que podem ser apropriados individualmente em uma epistemologia liberal, mas sim que “pedem efetividade, não somente eficácia”.

O grande dilema é que quando há intervenção judicial na política pública da saúde restringindo ou ampliando direitos, ou até, muitas vezes, determinando qual a decisão deve ser tomada pelo ente público competente, o Judiciário coloca-se no lugar do Executivo, agindo exteriormente à sua competência institucional, provocando um ativismo judicial exacerbado com a possibilidade concreta de bloqueios das contas públicas¹⁴⁷.

¹⁴² SANTANA, Héctor Valverde; FREITAS FILHO, Roberto. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 75-100, 2018. p. 78.

¹⁴³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁷ EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. *Cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 597182 – RS**. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Min. Cezar Peluso, 10 de outubro de 2006a.

A concretização do direito à saúde pelo uso da jurisdição ocasionou um fenômeno denominado nos últimos anos de *judicialização* da saúde. Tal acontecimento é bastante evidente na atualidade em decorrência das inúmeras ações judiciais que tramitam nos tribunais nacionais. A partir disso, indaga-se se os tribunais podem adentrar nas questões políticas; e, na visão de Ronald Dworkin, cabem aos tribunais (juízes) as decisões baseadas em argumentos de princípios (argumentos legais), ficando os argumentos políticos a cargo dos representantes eleitos majoritariamente pelo povo¹⁴⁸. Como bem adverte Estefânia Queiroz e Katya Kozicki, “o conceito de política pública (*policy*) diz respeito a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos poderes públicos”¹⁴⁹. Esse é um fato comum em um Estado social, pois seus princípios estariam mais relacionados à proteção dos direitos individuais, como concluem as autoras¹⁵⁰.

Portanto, a judicialização da saúde é um fenômeno que surgiu com a sua consagração como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, diante da ausência de políticas públicas para a efetivação desse direito. Como defende Arcênio Brauner, o juiz, pelo ativismo judicial na tutela da vida, poderá substituir-se ao legislador ou ao administrador para custear medicamento e geralmente proceder até o sequestro de verbas públicas, mediante os bloqueios judiciais (natureza de arresto) devidamente abalizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) (Informativo Semanal nº 502)¹⁵¹.

A intervenção do judiciário na política pública de saúde tem ocorrido em todas as esferas da Federação, seja em causas coletivas ou individuais, percebendo-se claramente a forte presença do ativismo judicial na tomada das decisões judiciais referentes ao Direito à Saúde.

Essa atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde tem incluído o deferimento de medidas simples, como concessão de medicações da atenção básica que podem faltar nas unidades de saúde¹⁵². O que se configura uma simples omissão por parte do administrador

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7670/false>. Acesso em: 2 mar. 2023. p. 73-75.

¹⁴⁸ “*Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo*”.

Os argumentos de princípios se propõem a estabelecer o direito individual; os argumentos políticos se propõem a estabelecer o objetivo coletivo. Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed. Tradução para o espanhol Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 2012. p. 158.

¹⁴⁹ BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 72.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, André Luiz Ferandes *et al.* **A novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 597-624. p. 623.

¹⁵² O Brasil passa por uma fase de desabastecimento de remédios em diversas regiões. A falta de medicamentos tem afetado não só farmácias, mas hospitais e unidades públicas de saúde na maioria das cidades do País. O desabastecimento se dá pela ausência de matéria-prima para compor as substâncias e, também, a escassez de

público, no que se refere à emissão de decisões mais complexas, por exemplo, vê-se a condenação dos entes públicos na criação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI)¹⁵³ ou o custeio de medicações de alto custo para doenças raras¹⁵⁴. Inúmeras são as intervenções diárias do Judiciário nos orçamentos públicos a partir do deferimento de liminares em sede de ações judiciais.

Contudo, não se pretende emitir um juízo de valor sobre esse tipo de ativismo judicial. Entende-se que caso haja realmente a ausência da política pública e diante da necessidade da coletividade, o Judiciário tem o poder-dever de agir em um constante diálogo interinstitucional, próprio das sociedades modernas. É o que observa Ramiro Sant’Ana, quando analisa a judicialização sob o ponto de vista das defensorias públicas:

A judicialização é uma reação dos cidadãos às falhas na implementação das políticas do SUS, situação que causa graves injustiças de acesso em franco prejuízo aos cidadãos das classes populares. Combater as injustiças tanto no planejamento quanto na execução das políticas públicas de saúde deveria ser o objetivo primeiro de qualquer conjunto de iniciativas em favor do SUS. Por tal razão, a judicialização da saúde, notadamente na forma estruturante como realizada pela Defensoria Pública, deve ser considerada precioso instrumento democrático para concretização do direito à saúde conforme os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal de 1988¹⁵⁵.

insumos para embalagem. O atual cenário se torna preocupação do Conselho Municipal de Secretários de Saúde de São Paulo (Cosems/SP), que listou mais de 40 substâncias escassas nas prateleiras. A maioria é de medicamentos considerados simples, mas de suma importância para o funcionamento do serviço público, como dipirona, cetoprofeno e até soro fisiológico. Cf. IBITINGA. Prefeitura Municipal de Ibitinga. **Cidades do Brasil enfrentam falta de medicamentos pela ausência de matéria prima**. Ibitinga, 2 ago. 2022. Saúde. Disponível em: <https://www.ibitinga.sp.gov.br/noticias/saude/cidades-do-brasil-enfrentam-falta-de-medicamentos-pela-ausencia-de-materia-prima>. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁵³ Em quatro anos, o sistema público de saúde do Ceará deverá ter 150 novos leitos de unidades de Terapia Intensiva (UTI), no mínimo. A determinação da Justiça, em caráter liminar, atende à ação civil pública da Defensoria Pública da União (DPU) no estado. Por decisão do juiz da 2ª Vara da Justiça Federal no Ceará Jorge Luís Girão Barreto União, Estado e os municípios de Fortaleza e Caucaia são obrigados a incluir em seus planos de governo a criação de, no mínimo, 35 leitos de UTI por ano. Cf. NOGUEIRA, Edwirges. Justiça determina criação de 150 leitos de terapia intensiva no Ceará. **Agência Brasil**, Fortaleza, 27 maio 2015. Disponível em: <https://www.ibitinga.sp.gov.br/noticias/saude/cidades-do-brasil-enfrentam-falta-de-medicamentos-pela-ausencia-de-materia-prima>. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁵⁴ A Justiça Federal do Distrito Federal determinou que a União deposite em **48 horas R\$ 8,39 milhões** para a compra do medicamento **Zolgensma** para o bebê Arthur Belo, de 1 ano e 10 meses, sob pena de multa diária de R\$ 80 mil. Arthur tem **Atrofia Muscular Espinhal (AME)**, uma doença genética neurodegenerativa rara, progressiva, e que pode levar à morte antes dos dois anos de idade. O remédio é considerado o mais caro do mundo e é primeira terapia gênica desenvolvida para o tratamento da doença. Cf. VILHENA SILVA ADVOGADOS. **Justiça do DF Determina compra de medicamento mais caro do mundo**. São Paulo, 21 set. 2023. Disponível em: <https://vilhenasilva.com.br/justica-do-df-determina-compra-de-medicamento-mais-carro-do-mundo/>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹⁵⁵ SANT’ANA, Ramiro Nobrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 194-211, 2018. p. 208.

Reconhece-se o importante papel da judicialização para os cidadãos das classes menos favorecidas, conforme afirma Ramiro Sant'Ana¹⁵⁶. Porém, não se pode ignorar o fato de que, se de um lado se garantem direitos, por outro essa judicialização tem impactado diretamente nos orçamentos públicos, ocasionando muitas vezes danos irreparáveis no atendimento da coletividade.

Segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o juiz deve levar em consideração as consequências práticas de sua decisão. Não se pode pensar apenas em garantir ou efetivar o direito fundamental que foi judicializado, mas estar atento às repercussões no mundo dos fatos¹⁵⁷.

Defende-se que é necessária a intervenção judicial na concretização de direitos fundamentais por meio de um ativismo judicial moderado, em que o magistrado deve estar atento às consequências de suas decisões judiciais. Como leciona Patrícia Brito as políticas públicas, como toda atividade política, devem se compatibilizar com a Constituição Federal, e caso isso não aconteça e o Poder Judiciário for acionado, ele “deve analisar essas questões sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CRFB)”. E deve atuar na sua função de controle quando “os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, inclusive, a dos direitos fundamentais”¹⁵⁸.

É preciso haver um equilíbrio entre a justiça social que é feita pelo Poder Judiciário e a manutenção das contas públicas. Afinal, os entes públicos também possuem planejamento de seus gastos, e a interferência imoderada do Judiciário pode causar prejuízos insanáveis.

De acordo com Lênio Streck, o Estado Democrático de Direito necessita da Justiça Constitucional para a efetivação de normas constitucionais porque a Constituição não é um texto meramente formal e programático. Afirma o autor que:

¹⁵⁶ SANT'ANA, 2018.

¹⁵⁷ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Cf. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 2 fev. 2023.

¹⁵⁸ BRITO, 2017, p. 217.

O Estado Democrático de Direito necessita da Justiça Constitucional para efetivação de normas constitucionais porque a Constituição não é um texto meramente formal e programático. O que importa ressaltar, desde logo, é que a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional. Guardada as especificidades dos vários países, a justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, questão que vem à tona desde o momento em que se passa a entender que as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia, quando se abandona o conceito de Constituição no seu sentido meramente formal e programático¹⁵⁰.

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno real que vai acontecer quando não houver a efetivação dos direitos fundamentais e demais prescrições constitucionais. Isso ocorre dentro de uma atividade que é prevista pela própria Constituição (Art. 5º, inc. XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça ao direito”) ¹⁵¹. As normas constitucionais, em especial as que se relacionam aos direitos fundamentais, não estão apenas no plano formal e programático da lei maior em um Estado Democrático de Direito elas precisam não só de eficácia, mas de efetividade, como afirmaram Héctor Santana e Roberto Freitas¹⁶¹. Entretanto, as decisões judiciais devem estar nas possibilidades fáticas de seu cumprimento pelo poder público, sob pena de atingir indevidamente outras políticas públicas também custeadas pelo dinheiro público.

Não se quer retrair a possibilidade de questionamento judicial do cidadão quando houver falha, omissão ou não prestação da política pública. O que se pretende é buscar um equilíbrio nos impactos dessa judicialização.

3.2 LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

De acordo com o que se expôs no item anterior, a concretização dos direitos fundamentais pela via da jurisdição constitucional provoca uma atividade denominada de ativismo judicial, que se traduz em uma interferência do Judiciário nas políticas públicas a cargo do Executivo e do Legislativo.

Ademais, a atuação judicial em ações políticas denomina-se de “judicialização da política pública” e nas ações de saúde denomina-se “judicialização da saúde”. De acordo com

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 99-100.

¹⁶⁰ BRASH, [2020].

¹⁶¹ “As normas jurídicas instituidoras de direitos sociais, portanto carentes de políticas públicas para a sua fruição, possuem características de finalidade e funcionalidade que tornam particularmente complexa sua aplicação, dentre as quais: 1. dizem respeito a direitos que não são apropriáveis individualmente em uma episteme liberal, enquanto direitos subjetivos; 2. sua produção de efeitos é apreciada de forma distinta do modelo tradicional, ou seja, são normas que pedem efetividade, não somente eficácia. Cf. SANTANA; FREITAS FILHO, 2018, p. 78.

João Gandini, Samantha Barione e André Souza, quando se menciona judicialização do direito à saúde, logo vem à mente “às milhares de ações judiciais ajuizadas em face do Poder Público com o fim de vê-lo condenado a prestar um determinado serviço e/ou a custear um tratamento, medicamento, exame ou insumo terapêutico”¹⁶².

Apesar de a jurisdição ser uma atividade própria do Judiciário, por força da natureza de sua função constitucional, o ativismo judicial não o é, como advertem João Gandini, Samantha Barione e André Souza: “em que pese a efetivação do direito à saúde ser legítima preocupação dos três poderes do Estado brasileiro, não é possível ignorar que cada um deles possui orientação específica e se guia por valores e princípios próprios”¹⁶³.

Destacam-se dois importantes fatores que provocam a judicialização das políticas públicas, a saber: primeiro, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual garante que toda violação ou ameaça ao direito não será excluído da apreciação judicial; segundo, o controle judicial de constitucionalidade das leis em face da Constituição. Se juízes e tribunais se negassem a interferir nas políticas públicas, isso seria impossível diante dessas duas funções básicas atribuídas constitucionalmente ao Judiciário.

Portanto, forçoso é afirmar que a judicialização das políticas públicas ocorrerá, independente ou não, da vontade dos gestores públicos e o Judiciário terá que decidir porque é constitucionalmente obrigado. Essa obrigatoriedade é traduzida nos ensinamentos de João Gandini, Samantha Barione e André Souza:

É plenamente possível, portanto, a concretização do direito à saúde por meio da intervenção do Poder Judiciário, e isso, independentemente de o magistrado ter ou não uma visão ativista, poderá se dar em sede de ações individuais ou coletivas em que se postula a obrigatoriedade do Estado de prestar determinado serviço de saúde ou mesmo de custear algum tratamento/medicamento. Se o juiz entender ser o caso de deferimento da tutela, deverá impor ao Poder Público a obrigação de efetivar as prestações de saúde, podendo ainda ficar incumbido de promover em favor da população medidas preventivas e de recuperação que garantidas por políticas públicas bem-intencionadas, tenham como objetivo precípua concretizar o que dispõe o artigo 196 da CF¹⁶⁴.

Nesse compasso, é preciso contextualizar o fenômeno da judicialização da saúde dentro dos limites de atuação do Judiciário.

¹⁶² GANDINI, João Agnaldo Donizetti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255-276. p. 261.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 268.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 260

Cabe ao Estado, por meio da atuação do Poder Executivo e do Legislativo, a árdua tarefa de garantia do direito à saúde (art. 196 da CRFB/88), e é evidente que em algum momento possa falhar ou até mesmo não se concretizar. Assim sendo, questiona-se sobre o que fazer quando constantemente devem ser cumpridas as decisões judiciais em que se determina a concretização desse direito.

Nos Estados constitucionais democráticos em que os poderes constituídos assumem formalmente esses deveres fundamentais¹⁶⁵, como ocorreu no Brasil com a Constituição Federal de 1988, é possível que em algum momento os interessados possam vir cobrar do administrador público a efetivação desses deveres. Desse modo, embora não haja na Constituição Federal a expressão “deveres fundamentais”, estes geralmente surgem a partir dos direitos fundamentais, conforme afirma Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Tais deveres estatais são implícitos, deduzindo-se do respectivo direito ou garantia fundamental. Nessas hipóteses, o dever fundamental do Estado nada mais é do que o reflexo do direito fundamental no espelho. [...] Com base nisso definimos os deveres fundamentais como deveres de ação ou omissão, proclamados pela Constituição (fundamentalidade formal) cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação. Muito frequentemente a titularidade e os sujeitos passivos são difusos e o conteúdo do dever (conduta exigida) somente pode resultar de concretização infraconstitucional¹⁶⁶.

Ainda de acordo com o pensamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os deveres fundamentais, além de nascerem dos direitos fundamentais como o caso dos direitos sociais, estes, na maioria das vezes, só são efetivados através da atividade legislativa do poder competente ou mediante a execução da política pública de competência do executivo governamental¹⁶⁷. A cada direito fundamental surge um dever fundamental para algum dos Poderes ou até mesmo para os três Poderes conjuntamente.

Registre-se, ainda, que as disposições inseridas nos direitos sociais fundamentais, em especial o direito à saúde, durante anos ficou sob o entendimento de que a interpretação de referidas normas seria de eficácia limitada, cujo conteúdo era programático em face da atividade do Administrador Público. Essa natureza programática dos direitos sociais foi, durante anos, adotada pelos tribunais brasileiros com base nos estudos inseridos na obra

¹⁶⁵ “Por que a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais? O desinteresse é devido por um lado, à hostilidade de muitos autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado à sua limitada relevância na Constituição de inspiração liberal.” Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2022, p. 82.

¹⁶⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2022, p. 82-92.

¹⁶⁷ A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizada com ações apropriadas (legislação conformadora e políticas públicas na esfera executivo-governamental). Cf. *Ibid.*

“*Aplicabilidade das normas constitucionais*”, desenvolvidos pioneiramente por José Afonso da Silva, segundo o qual as normas de direito à saúde deveriam ser classificadas da seguinte forma¹⁶⁸:

‘A saúde é um direito de todos e dever do Estado [...]’ (art. 196); ou: ‘É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um [...]’ (art. 217); ‘dever do Estado’, aí, não impõe propriamente um obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido; sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de sua atuação prática. Aquelas dependem de legislação (a lei disporá..., regulará...etc.); o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei; estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados. Baseada nessas circunstâncias, a doutrina, como já indicamos, estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos: a) normas programáticas, como as dos arts. 196 e 217, citados que versam sobre a matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.); e b) normas de legislação, como aquela primeiramente apresentada, que não têm conteúdo ético-social, mas se inserem na parte organizativa da constituição¹⁶⁹.

A interpretação de considerar como normas programáticas os direitos sociais tomaram um novo rumo após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 271286, quando em seu voto, o relator do caso, o Ministro Celso de Mello, afirmou que a classificação dos direitos sociais em normas programáticas¹⁷⁰ não poderiam ser interpretadas como promessas constitucionais inconsequentes para o administrador público.

¹⁶⁸ Em 1967, José Afonso da Silva publicou a primeira edição de “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”, estudo pioneiro que tratou a matéria de forma completa e sistematizada. A classificação por ele proposta, que se tornou referência de erudição e profundidade, acabou sendo absorvida por toda a jurisprudência brasileira e, em particular, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Cf. LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal/Conselho Editorial, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/curso-analisa-dogmatica-da-interpretacaoconstitucional/interpretacao-e-aplicabilidade-das-normas-constitucionais.pdf/view>. Acesso em: 2 mar. 2023. p. 63.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 83-84.

¹⁷⁰ “E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua

O julgamento que ocorreu em 12 de setembro de 2000 ficou nacionalmente conhecido porque se tratava de um pedido para fornecimento pelo Estado do recém-descoberto coquetel para os portadores do *Human Immunodeficiency Virus* (HIV), que ainda não estava incorporado aos medicamentos dispensados pela política pública do SUS. O julgado condenou o Município de Porto Alegre a conceder, gratuitamente, o acesso ao medicamento, mesmo que não previsto na política pública, como consequência da garantia do próprio direito à vida. Em seu voto, o ministro enfatizou que “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”¹⁷¹.

Sendo assim, até meados dos anos 2000, os tribunais partiam do pressuposto que as normas de direito sociais eram de natureza programática e estavam dentro da conveniência e oportunidade do Administrador Público e somente com a disponibilidade orçamentária é que essas normas poderiam ser postas em prática.

A partir desse julgamento se iniciou um movimento que, atualmente, já está consolidado: *judicialização da saúde*, a qual se caracteriza pela busca do Judiciário para a concretização do direito à saúde, quando este não é efetivado ou quando é insuficientemente prestado. Esse fenômeno tem levado ao protocolo de milhares de ações diariamente nos tribunais brasileiros. Um novo cenário nacional surgiu quando o STF reviu o seu posicionamento anterior com relação aos direitos sociais, afirmando que referidas normas não poderiam se transformar em promessas constitucionais inconsequentes (RE 271286).

atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário no Agravo Regimental 271286 – RS**. Paciente com HIV/AIDS – pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde – fornecimento gratuito de medicamentos – dever constitucional do poder público (cf, arts. 5º, caput, e 196) – precedentes (STF) – recurso de agravo improvido. o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁷¹ BRASIL, 2000.

Por oportuno, é importante lembrar que a possibilidade dos indivíduos recorrerem ao Judiciário é uma garantia própria dos Estados Democráticos. Um Estado onde o cidadão não pode se socorrer para garantir seus direitos não é um país livre e tampouco democrático.

A possibilidade de defesa dos direitos individuais e coletivos é uma característica dos regimes democráticos. Como bem alerta José Canotilho, a democracia não tem uma compreensão estática, “é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”¹⁷².

Por isso, aqui no Brasil, enquanto Estado Social e Democrático, sob a proteção do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, o princípio da jurisdição é um direito fundamental do povo brasileiro. Todos, sem qualquer distinção, podem se socorrer ao Judiciário sempre que seus direitos forem lesados ou até mesmo ameaçados de serem violados. “Tem-se aqui de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito”, afirma Gilmar Mendes e Paulo Branco¹⁷³.

Porém, essa proteção judicial tem, muitas vezes, suscitado uma busca desenfreada por justiça diante de tantos entraves que possam dificultar o acesso a determinados direitos. É o que acontece quando não se tem uma prestação adequada no tocante à saúde pública. Aliado a esse fator, sempre existiu a perspectiva de que o SUS tivesse um atendimento universal e integral, o que talvez tenha promovido certa frustração aos seus usuários, que “mesmo com o planejamento satisfatório, a garantia da universalidade nunca foi tarefa fácil diante de recursos escassos”¹⁷⁴. A proposta de um sistema público tão amplo pode ter contribuído para acionamento judicial do administrador público, porque “as pessoas que não usufruem do acesso à saúde eventualmente recorrem à justiça para garantir seu direito”, afirma, ainda, José Sebastião Santos¹⁷⁵.

Como consequência, inúmeras são as razões invocadas sobre as deficiências do SUS nas mais diversas ações judiciais propostas em desfavor do administrador público; entre elas, destacam-se, segundo João Gandini, Samantha Barione e André Souza, as seguintes:

¹⁷² CANOTILHO, 2003, p. 289.

¹⁷³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 192.

¹⁷⁴ SANTOS, José Sebastião *et al.* A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial** São Paulo: Atlas, 2010. p. 279.

¹⁷⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

A falta de atualização das listas de medicamentos dispensados gratuitamente; demora do processo de registro de medicamento no órgão de fiscalização nacional; a (in)definição dos dentinários do serviço público de saúde e da interpretação atribuída pelo administrador ao princípio da integralidade ditado pela Constituição Federal; a dificuldade de interpretação do cipoal de normas que regulamenta o sistema; a dificuldade de identificação do ente federado responsável pela prestação da integral assistência médica etc.¹⁷⁶.

A judicialização da Saúde é uma realidade presente nos tribunais nacionais, cuja motivação pode ter sido provocada pelos audaciosos objetivos estabelecidos pelo Constituinte e que foram ratificados pelo legislador infraconstitucional ao regulamentar o Sistema Único de Saúde. Tais objetivos, ocasionalmente, são inalcançáveis pelo Executivo que, não obstante os investimentos, não tem como suprir todas as necessidades.

O exposto acima, seguramente, ocasionou a crescente judicialização da saúde no Brasil que, nos dias de hoje, não tem recuado; ao contrário, a cada ano tem aumentado. Conforme os dados da Justiça, entre os anos de 2020 a 2022, houve um aumento de 93.080¹⁷⁷ ações, correspondendo a quase 50% (cinquenta por cento) a mais em apenas dois anos.

São pretensões até certo ponto dignas, em se tratando de garantir saúde à população brasileira. Apesar disso, é preciso ter cuidado com o excesso de judicialização. Assim, é importante saber se há ou não a possibilidade de limitação do acesso a todo e qualquer medicamento ou procedimento médico através das ações judiciais.

Garantir a saúde pública em toda sua completude, por meio da criação de um *super sistema* prestacional vai desde a ação preventiva até o mais complexo procedimento médico, atuante em diversos setores como alimentação, saneamento, moradia, trabalho, atividade física, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços essenciais¹⁷⁸. É algo extraordinário, que está em consonância com o movimento mundial de reconhecimento do direito à saúde como uma preocupação que envolve não só a ausência de doença; abrange, também, os fatores sociais e econômicos das sociedades modernas, preconizados pelas Conferências Mundiais de Saúde realizadas pela OMS. Contudo, tentar manter esse sistema através de demandas judiciais é algo temerário para o próprio sistema público de saúde.

Atente-se que o SUS proporciona uma estrutura administrativa que promove ações preventivas e curativas de doenças mediante atividades da atenção básica de saúde como

¹⁷⁶ GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. 261.

¹⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estatísticas processuais de direito à saúde**. Brasília, DF: CNJ, 2023a. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu>. Acesso em: 2 set. 2023.

¹⁷⁸ “Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”. Cf, BRASIL, 1990.

também tratamentos de altíssima complexidade, como os oncológicos, transplante de órgãos e o tratamento de doenças raras. Procedimentos esses que estariam muito distantes da população carente e miserável se não fosse custeado pelo Poder Público de alguma forma.

Provavelmente os problemas surgem e continuarão a aparecer como consequência dessa superestrutura de atendimento aliado à escassez orçamentária. Como adverte Harrison Leite, “no âmbito do Direito, aqui o mais importante, para além das situações que a legislação expressamente determina o percentual do recurso a ser aplicado, importa saber é se as prioridades constitucionais estão sendo alcançadas com relação aos seus fins últimos”¹⁷⁹.

De acordo com Clenio Shulze e João Gebran, “a crise do Estado-Legislador e a crise econômico-financeira do Estado administrador”¹⁸⁰ foram os fatores determinantes para que o Judiciário fosse acionado cada vez mais no papel de garantidor de direitos. Ainda segundo os autores, “o conjunto de prestações que envolvem o mínimo existencial pressupõe, portanto, ao menos: uma renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental”¹⁸¹. Por conseguinte, como a saúde faz parte desse mínimo existencial, deve ser garantida pelo Estado é essencial que haja políticas públicas eficientes para a garantia para sua existência. A principal dificuldade está em satisfazer todas as necessidades do ser humano diante da escassez dos recursos.

Então, as causas da judicialização estão presentes na crise de credibilidade que passam o Executivo e o Legislativo aliado ao fato de que *Saúde* faz parte do mínimo existencial, carecendo de uma atenção redobrada quando se fala em concretização desse direito.

O desejo de se viver bem, com qualidade e de forma saudável é uma aspiração dos seres humanos. Ninguém quer ou pretende adoecer por vontade própria; todavia, quando se trata de recursos públicos e de atendimento à necessidade de uma determinada camada da população é preciso ter cautela e saber como aplicar corretamente esses recursos. Acredita-se que a grande dificuldade hoje é saber se esse direito à saúde teria ou não algum limite material. Muitas vezes, alguns pedidos envolvem alto custo e pouca efetividade, o que deveria ser levado em consideração diante da escassez dos recursos. Veja o que pensa Harrison Leite sobre esse fato:

¹⁷⁹ LEITE, 2023, p. 85.

¹⁸⁰ “A necessidade de concretização dos direitos fundamentais sociais como promessas da [pós] modernidade, a crise do estado-legislador e a crise do Estado-Administrador, o excesso de burocratismo são alguns dos fatores que ensejaram a ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro nos últimos vinte anos”. Cf. SHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 29.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 34.

Voltando ao exemplo da saúde, por ser tema dos mais controversos na realidade jurídica brasileira, imagine-se o surgimento de novas técnicas para casos isolados. No início atende-se a todos os pacientes. Mas, crescente a demanda, o impacto financeiro da prestação do serviço levantaria questionamentos acerca da continuidade da sua prestação e da procura de outros meios menos custosos, embora menos eficientes em algumas situações. E aí, surge a necessidade da escolha trágica, ocorrente quando os recursos presentes no orçamento não se tornam viáveis para toda larga população de pacientes¹⁸².

Assim, é possível saber qual a extensão desse direito fundamental? Teria a população brasileira acesso a todo e qualquer medicamento ou procedimento médico, já que o artigo 196 preceitua que é dever do Estado a assistência à saúde?

Nesse aspecto, a questão principal que se coloca é se esse direito fundamental, cuja importância é inegável e que faz parte do mínimo existencial, com o qual todos os outros direitos possuem algum tipo de conexão, é absoluto ou relativo, se pode ou não sofrer limitações orçamentárias.

Afirmam Gilmar Mendes e Paulo Branco que os direitos fundamentais sofrem dois tipos de restrições; uma imediata, que é feita pelo próprio texto constitucional, e outra mediata, que ocorre por lei ordinária desde que “promulgada com fundamento imediato na própria Constituição”¹⁸³. Consoante o entendimento de Mendes, os direitos fundamentais podem sofrer restrições se obrigados pelo próprio texto constitucional ou por normas infraconstitucionais que estejam com fundamento imediato na Constituição.

De acordo com Clenio Schulze e João Gebran, por um lado, deve-se levar em consideração a escassez financeira e o fato de que se deve interpretar que a Constituição Federal não conferiu a todos os brasileiros o direito a ter a melhor prestação de saúde existente, porque isso não está escrito no artigo 196 da Carta Magna. Por outro lado, não existe a disposição expressa e clara de que o dever do Estado está limitado aos recursos existentes¹⁸⁴. Então, a conclusão a que se chega é que o planejamento administrativo deve se pautar em generalidade e pluralidade de atendimento, orientado pela “preocupação de garantir o mínimo existencial a toda a população, devendo, para tanto, empregar da melhor maneira possível os recursos (finitos) disponíveis”, como se observa nas palavras de João Gandini,

¹⁸² LEITE, *op. cit.*, p. 85.

¹⁸³ MENDES; BRANCO, 2018, p. 200.

¹⁸⁴ Outro ponto a destacar é a inexorável escassez financeira. Não se pode imaginar que a Constituição confere a todos brasileiro o direito de ter a melhor prestação de saúde existente no mundo. Isso não está escrito no artigo 196 da Carta Magna e em nenhum dispositivo constitucional. É verdade que ‘não há’ disposição expressa e clara de que o dever do Estado está limitado aos ‘aos recursos disponíveis’, dando a falsa impressão ao intérprete literal, de que esses direitos são absolutos. Cf. SHULZE; GEBRAN NETO, 2015.

Samantha Barione e AndréSouza¹⁸⁵. Não se pode garantir tudo, mas o que for garantido tenha o máximo de efetividade e destinatários possíveis, dentro da necessidade dos atendimentos. O que não é aceitável é que o que está previsto ainda não seja prestado com qualidade e eficiência. A judicialização muitas vezes ocorre por deveres que não são prestados com o mínimo de dignidade possível.

Mesmo diante da importância do direito à saúde, as decisões judiciais não podem romantizar a sua concretização apenas na interpretação literal da lei. É importante levar em consideração que existe uma escassez de recursos e que os cofres públicos possuem restrições orçamentárias. Desta forma, embora haja a amplitude e a importância existente em torno de se garantir o direito à saúde, defende-se que não pode esse direito ser interpretado de forma absoluta, não cabendo ao Judiciário definir e criar políticas públicas além das previstas pelo gestor e pelo legislador. Não obstante, também é negado ao gestor deixar de cumprir com eficiência suas obrigações.

Deve-se, assim, ser analisada a possibilidade de cumprimento da decisão judicial dentro das limitações financeiras do orçamento público, garantindo a máxima proteção do direito à saúde, dentro do que foi planejado. Portanto, responder à pergunta de como é possível retirar milhões para uma causa individual, deixando toda uma coletividade sem a devida assistência é uma tarefa bem mais complexa do que aparenta e não se resume a uma locução simplista de “sim” ou “não”, haja vista envolver vários fatores de cunho filosófico, social, econômico e ético. É preciso, antes de tudo, analisar cada caso, e decidir por uma medida viável. Por essa razão, é que se conceda à Administração a análise da situação em conjunto com o Judiciário, para adotarem uma linha de atuação, evitando qualquer tipo de perplexidade com a imposição de uma decisão judicial.

3.3 OS BLOQUEIOS JUDICIAIS E A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ORÇAMENTO PÚBLICO

No item anterior, abordaram-se as limitações que podem ou não sofrer os direitos fundamentais. Viu-se que os direitos fundamentais não são absolutos e sofrem limitações desde que estejam previstas na Constituição ou em leis infraconstitucionais que se fundamentam na Constituição¹⁸⁶.

¹⁸⁵ GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. 272.

¹⁸⁶ “Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes

Ademais, sem mensurar que a *saúde* é o elemento do mínimo existencial, vários fatores influenciam a busca pelo Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, como alta litigiosidade, fácil acesso aos meios de comunicação em massa e a crise de credibilidade do Executivo e do Legislativo. Todos esses fatores influenciaram o aumento do número de ações judiciais na última década, provocando um aumento extraordinário da judicialização da saúde e, conseqüentemente, do ativismo judicial provocado pelas decisões dos juízes e tribunais brasileiros.

Nesse tópico de estudo, o objetivo é apresentar como se encontram atualmente as questões que envolvem os bloqueios nas contas públicas que podem ser realizados para o cumprimento das decisões judiciais em matéria de saúde. Nessa vertente, busca-se compreender que embora se concretize o direito fundamental à saúde, se pode desestabilizar o planejamento orçamentário do ente demandado, o que resulta em verificar se nos bloqueios orçamentários há ou não limites para a atuação do Judiciário.

De acordo com o conteúdo até aqui exposto, as escolhas do administrador público para a efetivação dos direitos fundamentais pautam-se por critérios racionais, na difícil tarefa de alcançar o maior número possível de pessoas. Afirma Harrison Leite que:

Desse modo, a disponibilidade de um remédio ou a compra de certo número de máquinas para tratamento passa a não ser fruto de decisão isolada em face de um caso particular. É consequência de um plano político realizado, num contexto amplo com a difícil tarefa de alcançar o maior número de pessoas possíveis, sempre atento aos limites financeiros¹⁸⁷.

Foi estudado também que as dotações orçamentárias para serem aplicadas na saúde possuem limitações impostas pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 141/2012, que prevê os percentuais mínimos a serem aplicados na política pública da saúde¹⁸⁸.

modalidades de limitação ou restrição dos direitos fundamentais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural”. Cf. MENDES; BRANCO, 2018, p. 201.

¹⁸⁷ LEITE, 2023, p. 83.

¹⁸⁸ Recorde-se que a União terá que aplicar um percentual de no mínimo 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde. Já os Estados e o Distrito Federal devem aplicar um mínimo de 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos que lhe competem, conforme artigo 6º da Lei Complementar nº 141/2012. E, os Municípios, um percentual de 15% (quinze por cento) de sua arrecadação, de acordo artigo 7º Lei Complementar nº 141/2012. De acordo com os artigos: “Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Parágrafo único. (VETADO). Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156

A concretização do direito à saúde sofre a primeira limitação quando se põe sob cautela os valores que devem ser aplicados para sua efetivação. Há um limite orçamentário para gastos com a saúde pública e essa alocação de recursos é da competência do Executivo. É o que o Direito Financeiro chama de *macroalocação* e *microalocação* dos recursos pautados em critérios objetivos que atendam aos interesses do Estado, haja vista não haver alocação feita de forma individualizada que atenda determinados indivíduos ou grupos. O propósito é que os recursos sejam usados da melhor forma possível, visando toda a sociedade. Para que se entenda do que trata a alocação desses recursos em um sistema macro e micro, são pertinentes os ensinamentos de Harrison Leite:

No orçamento público, trabalha-se num espectro chamado de macroalocação, referente às decisões sobre o montante de recursos a ser repassado para cada unidade orçamentária, e noutro chamado de microalocação, que diz respeito às específicas alocações, com referência às quais instituições ou tipos de serviços que serão contemplados. Não há análise individualizada. De notar que é o Executivo, com a aprovação do Legislativo, quem vai decidir nos casos de micro ou macroalocação. E assim, ambos trabalham pautados em regras alocatícias previstas na Constituição e em leis infraconstitucionais. Mas nem todas as regras são objetivas, claras, para o que se valem dos princípios constitucionais, das normas programáticas, dos fundamentos e dos objetivos constitucionais, da ponderação, da razoabilidade, de modo que, ao constituírem o orçamento, a ele se vinculam. Ao final decidem-se as alocações politicamente, de acordo com um afunilamento de prioridades definidas na Constituição, pautadas no que é prioritário para o País, Estado ou Município¹⁸⁹.

Assim sendo, o poder público tem sido constantemente condenado em demandas judiciais a prestar assistência à saúde, muitas vezes não se levando em consideração essas alocações feitas pelo Executivo com a autorização do Legislativo. Não se analisam os aspectos sociais e econômicos advindos com a decisão judicial, como advertem Mariane Nardi e outros autores:

A possibilidade de constrição em contas públicas sem a análise casuística e determinada, ou ao menos mais aprofundada, além de gerar desestruturação no patrimônio público e nos programas do SUS, dependentes de tais verbas para sua concretização, soa contraditória às próprias finalidades a que o sistema serve, uma vez que a judicialização abarca apenas parte dos usuários¹⁹⁰.

e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea 'b' do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. Parágrafo único.(VETADO)". Cf. BRASIL, 2012.

¹⁸⁹ LEITE, 2023, p. 83.

¹⁹⁰ NARDI, Mariane Rabaioli Corbari *et al.* O Supremo Tribunal Federal e os bloqueios judiciais nas ações de saúde: perspectiva crítica e a necessidade de organização do sistema. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 103-118, out./dez. 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/568/622>. Acesso em: 2 mar. 2023.

Destaque-se que o próprio STF já assentou entendimento de que é possível o bloqueio das verbas públicas para a efetividade dessas decisões sem ferir as determinações contidas no artigo 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal¹⁹¹. Aliás, através do Tema 289¹⁹², o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do caso e decidiu que é possível o bloqueio judicial¹⁹³ para a garantia do cumprimento de ações que envolvem o direito à saúde.

Em tempo presente, já é uma realidade para o Administrador Público a possibilidade de bloqueios judiciais de suas contas para o atendimento das demandas de saúde. “Conquanto não se possa falar em falência do Estado e nem a jurisprudência admite que o necessitado de medicamentos aguarde o processamento da fila de precatórios, há que ser identificado um meio termo”, como afirmam Mariane Nardi e outros autores¹⁹⁴.

Até 2017, foi publicado o maior estudo já realizado sobre levantamento de dados da judicialização da saúde no Brasil. A pesquisa feita pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), a pedido do CNJ, delineou o cenário das ações de saúde no território brasileiro intitulado de “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”¹⁹⁵.

Por meio dessa pesquisa constatou-se que houve um aumento de 130 % (cento e trinta por cento) no número dessas demandas na primeira instância, no período de 2008 a

¹⁹¹ Este Tribunal, no julgamento do RE 607.582, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 507.582**. Fornecimento de medicamentos. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. Ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Marina Carolina Morais Paz. Relator: Min. Ellen Gracie, 2 de setembro de 2010a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3819070>. Acesso em: 2 ago. 2023.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema: 0289**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Brasília, DF, 14 ago. 2010b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=289>. Acesso em: 1 fev. 2023.

¹⁹³ FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 607582 – RS**. Fornecimento de medicamentos. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. Ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral. Recorrido: Marina Carolina Morais Paz. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Ellen Gracie, 13 de agosto de 2010c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁹⁴ NARDI *et al.*, 2019, p. 109.

¹⁹⁵ Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), relatório analítico propositivo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

2017, e de 85% (oitenta e cinco por cento), em segunda instância. Desses percentuais, 11,8% (onze vírgula oito por cento), no mínimo, são demandas referentes à saúde pública¹⁹⁶.

Verificou-se, também, que em 2008, tramitavam cerca de 41.453 (quarenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e três) processos e que em 2017, esse número subiu para 95.752 (noventa e cinco mil, setecentos e cinquenta e dois)¹⁹⁷. Um aumento de mais de cinquenta mil processos em pouco mais de nove anos de judicialização da saúde, o que corresponderia a seis mil processos a mais a cada ano.

A pesquisa mostrou ainda que, antes de 2008, o percentual de decisões liminares não ultrapassava o percentual de 2,7% (dois vírgula sete por cento) de deferimentos¹⁹⁸. Porém, em 2015, as liminares atingiram um percentual de 17,46% (dezessete vírgula quarenta e seis por cento); em 2016, o percentual foi de 15,86% (quinze vírgula oitenta e seis por cento) e, em 2017, o valor foi de 14,47% (catorze vírgula quarenta e sete por cento)¹⁹⁹, o que equivale a uma média proporcional de 12 pontos percentuais a mais em menos de uma década.

Ainda conforme os dados dessa pesquisa, os deferimentos de medicamentos atingiram um patamar de 74,05% (setenta e quatro vírgula zero cinco por cento) do total das decisões, enquanto os exames chegaram a 52,28% (cinquenta e dois vírgula vinte e oito por cento). As órteses e próteses ficaram com 54,19% (cinquenta e quatro vírgula dezenove) pontos percentuais. Os leitos de UTI e de internações atingiram a marca dos 40,51% (quarenta vírgula cinquenta e um por cento), enquanto os insumos ficaram com 40,37% (quarenta vírgula trinta e sete) pontos percentuais²⁰⁰.

Atualmente, os dados são atualizados pelo Painel do CNJ denominado “Justiça em Números” que, segundo os dados referentes ao ano de 2022²⁰¹, informaram que tramitam nos tribunais brasileiros 297.430 ações de saúde pública, sendo 66.070 em tramitação na Justiça Federal e o restante, cerca de 70% dessas demandas, tramita nos Tribunais Estaduais. Analisando-se os dados dos últimos anos, tanto da “*Justiça em Números*” como da Pesquisa feita pelo Insper, é evidente que a judicialização não tem dado qualquer sinal de retroação em termos de novas ações. Ao contrário, os números só aumentam a cada ano. “Em 2017, os gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento

¹⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório analítico propositivo**: justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Insper, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ BRASIL, 2019a.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ BRASIL, 2023a.

total da saúde — o que pode levar a um grave desequilíbrio”²⁰². E, se houve aumento da judicialização, é claro que também houve aumento dos gastos públicos para o cumprimento das decisões judiciais. “O Poder Judiciário gasta mais com a saúde atendendo às demandas individuais do que o Poder Executivo o faz com a população que se submete aos protocolos clínicos existentes no SUS”, é o que constata o estudo de Mariane Nardi e outros autores²⁰³.

De acordo com os dados do Painel da Judicialização, medicamentos e tratamentos médico-hospitalares são os assuntos mais demandados pelos usuários. No ano de 2022 foram propostas 49.920 novas ações cujos pedidos estavam relacionados a fármacos, 20.700 correspondiam a internações hospitalares e o restante das ações se dividiam em insumos, cirurgias eletivas e outros procedimentos médicos²⁰⁴.

Ressalte-se que mesmo com todos os problemas enfrentados pelo SUS existe uma estrutura administrativa para atendimento da saúde pública no Brasil, como já abalizado anteriormente. Além dela, ainda há projetos que buscam apoiar e aprimorar o SUS, como é o caso do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional (PROADI) – SUS.

O PROADI-SUS foi criado em 2009 com o escopo de “apoiar e aprimorar o SUS por meio de projetos de capacitação de recursos humanos, pesquisa, avaliação e incorporação de tecnologias, gestão e assistência especializada demandados pelo Ministério da Saúde”²⁰⁵. Atualmente, o programa reúne seis hospitais que são referência em qualidade médico-assistência e gestão, a saber: Hospital Alemão Oswaldo Cruz, BP – A Beneficência Portuguesa de São Paulo, Hcor, Hospital Israelita Albert Einstein, Hospital Moinhos de Vento e Hospital Sírio-Libanês²⁰⁶.

Nesses 13 anos de atuação, os hospitais participantes do programa investiram cerca de “R\$ 7,9 bilhões de recursos próprios no SUS (valores correspondentes à imunidade aos tributos PIS, COFINS e Cota Patronal do INSS), com cerca de 750 projetos executados entre 2009-2022”²⁰⁷. O objetivo principal é fortalecer o SUS por meio do compartilhamento de expertises em temáticas de saúde trocadas entre as instituições e a administração pública.

Segundo as informações retiradas no site do projeto, algumas experiências já compartilhadas permitiram os seguintes benefícios ao sistema público de saúde:

²⁰² BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde**: resumo. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2023b. Disponível em: <https://hospitais.proadi-sus.org.br/projeto/apoio-tecnico-ao-poder-judiciario-na-qualificacao-dos-processos-judiciais-em-desfavor-do-sus1>. Acesso em: 10 set. 2023.

²⁰³ NARDI *et al.*, 2019, p. 105.

²⁰⁴ BRASIL, 2019a.

²⁰⁵ BRASIL, 2023b.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

[...] a redução de filas de espera; qualificação de profissionais; pesquisas do interesse da saúde pública para necessidades atuais da população brasileira; gestão do cuidado apoiada por inteligência artificial e melhoria da gestão de hospitais públicos e filantrópicos em todo o Brasil²⁰⁸.

Dessa forma, cada vez mais fica evidente que o ideal seria que a própria administração solucionasse seus problemas de oferecimento adequado dos serviços de saúde pública. Como bem afirmam os participantes do PROADI-SUS, “uma estratégia que pode ser considerada para melhorar esse cenário é efetivar uma ‘contenção saudável’ da judicialização, diminuindo a quantidade e o custo das demandas, sem prejudicar o direito individual à saúde ou os investimentos”²⁰⁹.

Nesse cenário, é preciso que medidas sejam tomadas para que se possa reduzir ou atenuar os efeitos que ocorrem quando essas demandas atingem o orçamento público do ente federado que foi demandado, ocasionando muitas vezes o bloqueio de verbas que tinham ou tem uma destinação específica e foram utilizadas para outras finalidades.

Assim, diante da possibilidade real de bloqueio judicial no orçamento público, conforme entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁰, em casos de descumprimento da decisão que concede o direito, é necessário que se estabeleçam parâmetros judiciais para o deferimento das pretensões postas em juízo.

Segundo Mendes e Branco, não é da responsabilidade do Poder Judiciário “formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”²¹¹. Advertem também os referidos autores que “a judicialização do direito à saúde

²⁰⁸ BRASIL, 2023b.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. *Cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 597182 – RS**. Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Min. Cezar Peluso, 10 de outubro de 2006b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7670/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

²¹¹ MENDES; BRANCO, 2018, p. 724

deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais”²¹².

Conforme assinalado, há a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais pela própria Constituição ou, ainda, pelas leis infraconstitucionais fundamentadas na Constituição. O direito fundamental à saúde sofre sua primeira limitação com as dotações orçamentárias que possuem parâmetros tanto com relação aos percentuais mínimos de aplicação das receitas como para as alocações a serem feitas no tocante às escolhas do que se pode e deve oferecer. Para tanto, Leite afirma que o importante é analisar, nesses casos, “a questão da injustiça generalizada por conta de alocação orçamentária destoante dos fins constitucionais, e não questões pontuais, porque alocação de recursos violará no mínimo, algum valor individual, resultando em conflito de valores”²¹³.

O Judiciário estaria mais capacitado se analisasse as escolhas feitas pelo administrador no que se refere à política pública em si. A intervenção judicial, em casos pontuais, pode desequilibrar a política pública ocasionando “a tragédia da decisão, uma vez que, além de não haver previsão constitucional para o controle judicial nessas escolhas, quando assim o faz, outras escolhas passam a ser feitas”, segundo Harrison Leite²¹⁴.

Embora o direito à saúde possa sofrer limitações de ordem orçamentária, em decorrência da finitude dos recursos, o direito do cidadão é considerado pelo Judiciário quando padece de alguma limitação totalmente temerária ou predatória. Em uma demanda cuja parte requerente se sente prejudicada ou não contemplada pela política pública, essa tem o direito de se valer do acesso à justiça para a defesa do seu direito fundamental. Talvez o que pode ser motivo de controle é saber se vai ou não se deferir tudo o que foi pedido ou em que medida será concedido esse direito.

O Judiciário, desde 2009, por intermédio do CNJ, tem criado mecanismos que auxiliam na tomada de decisão por parte dos magistrados. Hoje, já não se pode decidir com critérios apenas jurídicos, com fundamentação apenas na Constituição e nas leis ordinárias. Os processos judiciais de saúde podem e devem ser decididos levando em consideração critérios técnicos e científicos, de acordo com os conhecimentos médicos e farmacêuticos.

Para munir as decisões judiciais de critérios técnicos, o CNJ criou os Núcleos de Apoio Técnicos (NATJUS), os Comitês Estaduais da Saúde e passou a realizar as Jornadas de Direito à Saúde. Essas três ações foram desenvolvidas a partir da Audiência Pública nº 04 que

²¹² MENDES; BRANCO, 2018, p.725.

²¹³ LEITE, 2023, p. 86.

²¹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

ocorreu entre os meses de abril e maio do ano de 2009, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, à época presidente do CNJ e do STF.

Como as demandas estavam se avolumando nos tribunais brasileiros, foram convocados mais de 50 (cinquenta) atores das diversas áreas da judicialização da saúde, entre médicos, farmacêuticos, juristas, administradores públicos e representantes das associações de pacientes para serem ouvidos sobre as dificuldades e situações enfrentadas. Segundo o site do CNJ, “o propósito seria ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”²¹⁵.

A primeira providência dessa audiência pública foi a formação de um grupo de trabalho instituído pela Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009²¹⁶, a qual tinha como objetivo principal traçar metas de atuação para orientação e controle dos processos judiciais de saúde. Esse primeiro grupo de trabalho deu origem a uma rede de atuação, monitoramento e controle das demandas de saúde pública e privada, propondo a articulação de vários órgãos e interessados, com atividades que perduram até a atualidade, como é o caso do FONAJUS.

O FONAJUS passou a atuar de modo a desenvolver instrumentos que permitissem a racionalização das decisões judiciais nos processos de saúde, criando um ambiente democrático e de diálogo entre as instituições envolvidas na judicialização da saúde, em especial capacitando o Judiciário para atuação em referidos processos.

Merecem destaque as três importantes atividades que foram desenvolvidas pelo FONAJUS no monitoramento e controle das demandas da saúde, a saber: a criação dos NATJUS; os Comitês Estaduais da Saúde e os encontros científicos denominados de Jornadas de Direito à Saúde.

a) Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS)

Os Núcleos de Apoio Técnico (NAT) que, inicialmente, eram chamados de *Câmaras Técnicas*, são responsáveis pela emissão de pareceres ou notas técnicas fundamentados em medicina baseada em evidências, tendo por base o apoio técnico de médicos e enfermeiros. Os NATJUS auxiliam os magistrados na tomada de decisão, seja na fase inicial ou final do

²¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus)**. Brasília, DF: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

²¹⁶ “Art. 1º Instituir, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, Grupo de Trabalho, para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.” Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009**. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2009a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>. Acesso em: 8 mar. 2023.

processo. Os núcleos de apoio técnico informam ao juiz se o medicamento está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); se é eficaz para o tratamento da doença, isto é, se há evidência científica; se há algum princípio ativo que já é fornecido pela administração e se estão presentes os critérios de eficiência, eficácia e custo e benefício para o paciente.

Os primeiros Estados da federação a perceberem que necessitavam de um apoio científico foram Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, os quais criaram o que eles chamaram de *Câmaras Técnicas*. A finalidade dessas câmaras era fornecer embasamento técnico-científico para as decisões, permitindo ao magistrado adotar um posicionamento mais racional e menos emocional. O intento era fornecer dados médicos e atinentes à saúde para que a decisão fosse acompanhada de uma racionalidade mais científica do que propriamente jurídica.

Atualmente, existe a plataforma digital e-NATJUS, que foi criada a partir da Resolução nº 238/2016 e inaugurada em 2016, pela então presidente do STF a Ministra Carmen Lúcia, durante a reunião técnica do Fórum Nacional da Saúde com os Comitês Estaduais da Saúde. A plataforma é fruto da parceria do Conselho Nacional de Justiça, através do FONAJUS e o Ministério da Saúde que assinaram o Termo de Cooperação n. 21/2016²¹⁷.

O e-NATJUS, como é conhecida a plataforma digital, de acordo com informações constantes no site do FONAJUS, busca reunir o maior banco nacional de pareceres de saúde, estando disponível tanto para consulta pública como no modo institucional aos magistrados cadastrados. Esse banco de dados é alimentado também pelos pareceres emitidos pelos NATJUS de cada Estado. Essas notas e pareceres técnicos são elaborados com base em dados científicos e na medicina com evidências científicas, confeccionados em formulários próprios em que consta o tipo de moléstia, o medicamento proposto e se o medicamento, o procedimento e/ou a prótese do pedido estão ou não contemplados Sistema Único de Saúde (SUS) ou, ainda, se pode existir alguma substituição dos itens citados. Os profissionais técnicos são acionados pelos magistrados de todo o país pela plataforma e, após a resposta, as consultas ficam disponibilizadas no Portal do CNJ²¹⁸ para consulta pública ou serem usados para as análises de outros pedidos análogos. Ao longo da execução do Termo de Cooperação

²¹⁷ Proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-NatJus**. Brasília, DF: CNJ, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²¹⁸ *Ibid.*

n. 21/2016, os pareceres e notas técnicas também serão emitidos pelo hospital Sírio-Libanês, contando com um investimento inicial de cerca de R\$ 15 milhões, provenientes dos recursos do PROADI-SUS²¹⁹.

b) Comitês Estaduais da Saúde

Em cada Estado da Federação existe um Comitê Estadual da Saúde, órgão responsável por executar as determinações e orientações do FONAJUS localmente. Embora já existissem em vários Estados da Federação, após a Audiência Pública nº 4 e a expedição na Resolução nº 107/2010²²⁰, os Comitês Estaduais da Saúde não possuíam uma regulamentação específica até setembro de 2016, quando foi editada a Resolução nº 238 do CNJ sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, que dispôs sobre a criação e manutenção pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais dos Comitês Estaduais da Saúde²²¹.

Em abril de 2021, foi publicada a Resolução nº 388²²² do CNJ, que promoveu uma reestruturação dos Comitês Estaduais e definiu sua composição, funcionamento, estabelecendo as atribuições dos Comitês²²³.

²¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Laudo para ajudar juízes em causas de saúde começa a ser usado em maio**. Brasília, DF: CNJ, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/laudo-para-ajudar-juizes-em-causas-de-saude-comeca-a-ser-utilizado-em-maio/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²⁰ Resolução nº 107, de 06/04/2010. “Artigo 2º. Caberá ao Fórum Nacional: I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2010d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021**. Dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ no 238/2016, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3868>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²³ “Monitorar as ações judiciais que envolvam os sistemas de saúde pública e suplementar, propondo medidas voltadas que possam otimização de rotinas processuais; organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; prevenção de conflitos judiciais; e definição de estratégias em matérias de direito sanitário; auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), constituídos de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas que auxiliam os magistrados nas tomadas de decisões; viabilizar o diálogo interinstitucional em cada Estado da Federação, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde; propor encaminhamentos sobre a elaboração de seu Regimento Interno; deliberar sobre os assuntos que lhe forem submetidos, podendo editar recomendações, que podem ser encaminhadas ao Ministério Público, a Defensoria Pública, ao Conselho Estadual de Saúde e demais órgãos e entidades que tenham relação temática com o assunto; apresentar propostas para implementação e regulamentação de políticas públicas de saúde, inclusive emitindo recomendações;

Em resumo, os Comitês Estaduais da Saúde são comissões que se formaram nos Estados federados, cujo escopo é monitorar as demandas da saúde, desenvolvendo um diálogo interinstitucional entre os entes demandados e a sociedade. Possuem como desígnio reproduzir nos Estados as recomendações, orientações e determinações do FONAJUS, racionalizando da melhor forma possível as ações judiciais de saúde.

c) Jornadas de Direito à Saúde e os Enunciados

As Jornadas de Direito à Saúde fazem parte também das ações do FONAJUS e têm por objetivo levar os problemas inerentes à judicialização da saúde para o debate científico, produzindo e aprovando enunciados interpretativos sobre o direito à saúde²²⁴.

A elaboração e emissão desses enunciados são feitas a partir de critérios técnicos para que possa, após a aprovação durante as jornadas, serem utilizadas pelos magistrados em suas decisões judiciais. Os enunciados levam em conta matérias como as questões orçamentárias da administração pública, os ritos procedimentais, o uso ou não de técnicas médicas e científicas, a uniformização de práticas exitosas que possam ser usadas no território nacional, entre outras. Muitas são as questões que estão incluídas nos enunciados, como ressaltam Clenio Shulze e João Gebran Neto: “os enunciados contemplam resumos de práticas de sucesso e sugestões para os diversos atores do sistema judicial e do sistema de saúde”²²⁵.

Hoje são 103 enunciados²²⁶, todos sedimentados e votados durante as jornadas após profundo debate científico que se inicia, ainda, no âmbito dos Comitês Estaduais que, antecipadamente, realizam reuniões para a propositura, elaboração ou renovação de enunciados já existentes. Após essa votação em um patamar estadual, os enunciados são encaminhados ao FONAJUS, que seleciona aqueles que serão discutidos durante a Jornada Nacional.

De acordo com a pesquisa já citada aqui nesse trabalho, realizada em todo o território nacional no ano de 2018, pelo INSPER²²⁷, os enunciados foram citados apenas 19 vezes em uma amostra de 107.497 (cento e sete mil, quatrocentos e noventa e sete) decisões de primeira instância. E apareceram apenas duas vezes em um total de 82.233 (oitenta e duas mil, duzentos e trinta e três) decisões de segunda instância.

realização de estudos, pesquisas, campanhas, debates e outras ações que objetivem articular e mobilizar a sociedade e o poder público em matérias afetas às suas competência”. *Cf. Ibid.*, p. 2.

²²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde**. Brasília, DF: CNJ, 2023h. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

²²⁵ SHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 83.

²²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II E III Jornadas de direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²⁷ BRASIL, 2019a.

Esses números são bastante desanimadores considerando tão importantes orientações jurídicas, pois os enunciados são frutos de um intenso e profundo debate jurídico de profissionais que atuam na judicialização e que buscam a divulgação e uniformização de práticas saudáveis na solução dos conflitos, além de contarem com o aval do FONAJS.

Destaque-se, ainda, que embora os enunciados sejam apenas orientativos, a utilização destes para a fundamentação das decisões judiciais auxilia na uniformização dos procedimentos judiciais em todo o Brasil, garantindo uma maior e melhor segurança aos gestores públicos que podem antever como os procedimentos são encaminhados pelo Poder Judiciário. Esse é um dos grandes objetivos dos enunciados.

Desta forma, com relação à concretização e à limitação dos direitos fundamentais, existem hodiernamente alguns parâmetros que podem ser utilizados pelos magistrados para que a decisão não seja analisada de forma racional e não a concedendo de forma indiscriminada, ocasionando uma injustiça ainda maior. Assim, na interpretação do direito à saúde, o juiz poderá analisar as limitações constitucionais e infraconstitucionais existentes, como, por exemplo, as limitações orçamentárias e as alocações feitas pelo Administrador Público por intermédio dos recursos postos à sua disposição pelo CNJ.

Contudo, em relação aos bloqueios judiciais, como se trata de um entendimento do STF, somente o próprio tribunal teria a competência para rever sua decisão ou estabelecer os limites para cumprimento, considerando que tem autoridade de corte suprema do país.

Como bem observam Mariane Nardi e outros autores²²⁸, a judicialização, em face do poder público, necessita urgentemente de um enfrentamento das controvérsias em uma perspectiva da macrojustiça, para que possam “ter reflexos importantes nos aspectos individualmente discutidos nos processos judiciais de instâncias inferiores”. Ainda de acordo com os autores²²⁹, é imprescindível que o STF fixe os parâmetros para o fornecimento de tratamentos por parte do Poder Público, estabelecendo critérios mínimos para o cumprimento das decisões judiciais concessivas.

Embora haja a possibilidade de intervenção judicial nas contas públicas através de bloqueios judiciais, tal providência é devidamente reconhecida pelo STF. No entanto, é necessário também que se estabeleçam critérios mínimos de atuação do Judiciário para que não haja desequilíbrio que comprometa toda a política pública. São percucientes as palavras de Harrison Leite quando afirma que:

²²⁸ NARDI *et al.*, 2019, p. 113.

²²⁹ *Ibid.*

O Judiciário pode desempenhar um papel institucional de exigir do administrador, por exemplo, transparência e racionalidade na alocação de recursos para as áreas sociais. Pode, ainda, fiscalizar a efetividade da participação popular nesse processo, garantindo o real funcionamento dos diversos mecanismos do controle social (conselhos de saúde, educação, habitação, criança e adolescente), e, em casos em que não há política pública alguma, pode até esforçar-se mais assertivamente para romper a inércia do legislador. Mas decidir de modo aleatório, sem analisar o impacto distributivo de suas decisões, ainda que dotadas de boa intenção, merece atenção mais cuidadosa²³⁰.

Isto posto, considerando que não há limites estabelecidos para o cumprimento das decisões judiciais de saúde e que este pode atingir as contas públicas com os bloqueios judiciais, é preciso que a própria Administração estabeleça seus parâmetros de redução dos impactos das decisões judiciais, de modo que não apenas sofra com o confisco de suas contas, mas também que possa controlar essa interferência judicial.

Diante dessas implicações advindas com os bloqueios judiciais, os quais são prejudiciais ao erário público, é que se propõe a reflexão sobre a possibilidade da criação de mecanismos que possam atenuar os efeitos da sentença condenatória em matéria de saúde pública por meio do fortalecimento do diálogo, da pactuação e da flexibilização do princípio da legalidade.

²³⁰ LEITE, 2023, p. 87.

4 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

A busca pela efetivação do Direito à Saúde, utilizando ações judiciais, tem impactado as contas públicas, ocasionando inúmeras despesas que, por vezes, não estão previstas no orçamento público e com isso aumenta, consideravelmente, os gastos dos entes demandados com as ações judiciais, sobrecarregando o sistema público de saúde com o cumprimento das decisões judiciais.

O aumento exacerbado das despesas públicas, provocado pelas demandas judiciais, impacta diretamente na previsão orçamentária dos cofres públicos²³¹, em especial na organização e previsão dos recursos destinados ao desenvolvimento de várias políticas públicas, também naquelas direcionadas à concretização do Direito à Saúde.

Importante destacar que a gestão desses gastos com a saúde do povo brasileiro deve ser feita de forma racional pelo administrador público ao utilizar instrumentos econômicos da chamada Ciência da Economia da Saúde. Esse ramo da ciência econômica é usado pelo setor público para a tomada de decisões na gestão dos recursos do erário. Os estudos dessa teoria permitem aplicar com racionalidade os recursos arrecadados, conforme se depreende das lições de Denizar Araújo²³²:

No Brasil, sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde (SUS), a Economia da Saúde nasce como área que aporta conhecimento para a discussão do financiamento do sistema e a definição da melhor distribuição de recursos, fornecendo subsídios à tomada de decisão por parte dos gestores, a fim de garantir o direito constitucional à saúde, sem perder de vista que os recursos são limitados.

O estudo feito até agora sobre o direito à saúde está sob o viés da jurisdição contenciosa, que é aquela desenvolvida pelos administrados em face da administração pública mediante a atividade do Estado-juiz, o qual tem como objetivo a solução dos conflitos de interesses no palco do sistema tradicional de justiça. Essa atividade, embora essencial à defesa

²³¹ A União, de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300%. No período de 2010 a 2015, mais de 53% desses gastos se concentraram em três medicamentos que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), sendo que um deles não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Brasília, DF: TCU, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

²³² ARAÚJO, Denizar Viana (coord.). **Saúde baseada em evidência e as decisões judiciais**: módulo 6: economia e saúde. [Brasília, DF]: Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS, 2018. p. 8.

dos direitos fundamentais, busca constituir direitos sem, muitas vezes, dar uma resolução ao conflito de interesses.

Aplica-se a lei, não raro, sem qualquer avaliação de suas consequências, não obstante haja a noção empírica dos resultados advindos com as decisões judiciais. Como não se tem a exata dimensão dos impactos provocados no mundo dos fatos pela judicialização da saúde, alguns questionamentos são inarredáveis: quanto foi retirado de tal setor para ser aplicado em outro? Qual tecnologia não teve investimento a partir daquela decisão? Quantos outros usuários não foram atendidos em outras demandas? Quanto determinada decisão desequilibrou o orçamento do ente demandado? Infelizmente, essas e outras perguntas não serão respondidas ao final de um processo judicial porque não se apuram os reflexos das decisões judiciais. Também não se pretende aqui dar essas respostas quando a solução advém dos meios alternativos de solução dos conflitos. O que se defende é que quando a situação for judicializada, a solução seja construída conjuntamente com o próprio ente demandado, o qual está mais apto a reconhecer sua realidade orçamentária.

A solução da relação conflituosa com a imposição de uma decisão judicial que apenas busque subsumir a norma jurídica aos fatos apresentados, muitas vezes não soluciona o conflito de interesses subjacente ao problema. Mais do que aplicar a lei ao caso concreto, é preciso construir acessos efetivos de distribuição de justiça. Nesse tópico, pretende-se apresentar os atuais métodos pacificadores de conflitos que podem ser aplicados aos processos de saúde, percebendo-se que o acesso à justiça pode ocorrer com o uso de novos sistemas de atuação jurisdicional.

4.1 DO ACESSO À JUSTIÇA: REVISITANDO O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO

Para se falar sobre jurisdição é preciso entender que desde a formação dos Estados Modernos a distribuição da Justiça é feita de forma institucionalizada pelo Poder Judiciário. A sociedade passou a se organizar política e juridicamente por meio do Estado de Direito, e como leciona José Canotilho, o estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades”²³³. As qualidades, segundo Canotilho, foram caracterizando os estados no curso da história.

Houve o Estado Constitucional de Direito, fruto do pensamento liberal das declarações de Direito e da ascensão da classe burguesa; houve, também, o Estado Constitucional do Bem-estar Social, surgido com o pós-guerra e a industrialização dos meios

²³³ CANOTILHO, 2003, p. 89.

de produção. Atualmente, o Estado Constitucional Democrático de Direito, que nasceu com o intuito de aprimorar os outros dois modelos anteriores. Esse novo Estado tem duas importantes características: a declaração e a garantia dos direitos fundamentais e a soberania popular, como fundamento dos Poderes do Estado.

De acordo, ainda, com as lições de José Canotilho, as duas principais qualidades do Estado Constitucional contemporâneo são o Estado de Direito e o Estado Democrático²³⁴.

O Estado Constitucional Democrático de Direito é aquele que objetiva, além de declarar direitos, justificar a formação das leis na soberania popular, daí o seu caráter democrático. Nesse sentido, ensina o constitucionalista português:

O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político²³⁵.

Portanto, os Estados Constitucionais Democráticos de Direito assumiram, perante o povo, dois importantes compromissos que permitiram sua legitimação política: a declaração dos direitos fundamentais e a soberania popular como fundamento da ordem jurídica.

A declaração de direitos fundamentais é a proteção do indivíduo perante o Estado e os demais membros da sociedade. É o reconhecimento de que o ser humano é um sujeito dotado de faculdades que lhes são essenciais, necessitando de amparo não só como pessoa individualizada, mas também dentro do contexto social do qual está inserido.

A soberania popular é a garantia de que o Poder do Estado está diretamente legitimado na vontade de seu próprio povo, o qual o exerce pelos seus representantes eleitos pelo voto. No Estado Constitucional Democrático de Direito, o indivíduo tem a presunção de que as leis são válidas porque emana de sua vontade soberana, fruto da atividade legislativa de seus representantes eleitos justamente para isso.

²³⁴ “O Estado Constitucional para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de Direito e Estado Democrático”. Cf. CANOTILHO, 2003, p. 93.

²³⁵ *Ibid.*, p.100

Por isso, a maioria dos Estados Constitucionais contemporâneos adotaram o direito e a democracia como parâmetros para sua constituição e legitimação, assumindo perante o povo as três importantes funções: a legislativa, a administrativa e a judiciária²³⁶.

Assim, o Estado assume a atividade legislativa, que é exercida pelo Poder Legislativo mediante os representantes do povo. Esses representantes são eleitos por escrutínio, na maioria das vezes pelo próprio povo, para manifestarem a vontade popular quando da elaboração das leis.

A atividade administrativa exercida pelo Poder Executivo, o qual, também é exercido por um representante eleito pelo povo, tem a missão de gerir e executar as regras votadas pelo parlamento. É a concretização das normas postas no ordenamento jurídico pelos parlamentares.

E, por último, a atividade de “castigar os crimes ou julgar as querelas dos particulares”, como afirma Charles Montesquieu²³⁷. Essa última função trata-se da atividade judicial exercida pelos juízes e tribunais, responsáveis pela pacificação social através da interpretação e aplicação da lei.

Como a Constituição do Estado Democrático de Direito tem fundamento na vontade popular, os poderes que nela estão consagrados são legitimados a agirem pelo fato de encontrarem, no próprio povo, a força de sua existência. Ao se renunciar à justiça privada, o indivíduo se submete às regras estatais para solucionar os conflitos por interferência da atividade jurisdicional do Poder Judiciário.

A submissão da solução dos conflitos pela jurisdição estatal é fruto desse ideal de democracia que foi assumido pelos Estados contemporâneos. Todo poder emana do povo que o exerce graças a seus representantes. O povo se submete ao comando da lei porque este é fruto de sua vontade. Os poderes estatais previstos nas Constituições Democráticas são legitimados na vontade popular.

Todo esse arcabouço jurídico e político que qualifica os Estados Contemporâneos foi devidamente adotado no território brasileiro, em especial, na Constituição Federal de 1988. É importante compreender que ao adotar esse sistema de Estado, o Brasil abre espaço para a concretização dos direitos fundamentais, para a efetivação do acesso à justiça e para a

²³⁶ “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder Executivo do Estado”. Cf. MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução Cristina Murachoo. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²³⁷ *Ibid.*, p. 167.

possibilidade de ampliação da distribuição de justiça, fatores esses que influenciam na solução dos conflitos com a ajuda de métodos pacificadores, como a conciliação e a mediação.

4.1.1 A nova compreensão do direito de acesso à justiça

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB), onde se reconhece que todo poder emana do povo, o qual o exerce por meio de seus representantes ou diretamente nos termos da Constituição (parágrafo único do artigo 1º da CRFB). Foram, também, institucionalizados os Poderes do Estado, os quais são independentes e harmônicos entre si, a saber: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º da CRFB).

Portanto, pode-se afirmar que o Brasil adotou uma Constituição Federal como lei suprema do seu ordenamento jurídico; definiu os poderes do Estado, delimitando suas funções, competências e deveres, bem como consagrou os direitos fundamentais do seu povo ao prescrevê-los na Constituição.

Como leciona Paulo Bonavides, a Constituição Federal de 1988 é a que mais procurou proteger as garantias institucionais do Estado de Direito, tanto as de direito objetivo, que protegem a própria Constituição, como as de direito subjetivo, que protegem o cidadão²³⁸.

É importante destacar que esses Estados classificados como Democrático de Direito surgidos no período pós-guerra e, igualmente adotado pelo Brasil, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, brotam com esse ideal de correção de alguns erros do passado, que foram cometidos tanto pelo Estado de Direito, de cunho liberal, como pelo Estado Constitucional de Direito, de matriz kelseniana.

Um dos grandes objetivos desse novo modelo de Estado é a proteção do indivíduo contra governos autoritários e tiranos. Para isso, é essencialmente necessário delimitar o poder do Estado e declarar direitos, como alerta Charles Montesquieu:

²³⁸ “A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez, porém, sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: a busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado Social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo como do direito subjetivo. Quanto às do primeiro teor, a saber, as de direito objetivo, a garantia das garantias, se assim podemos nos expressar, vem a ser a Constituição mesma, a sua rigidez, o seu grau de legitimidade, o seu formalismo, a eficácia, a juridicidade e o alcance de suas cláusulas, a par de um efetivo controle de constitucionalidade”. Cf. BONAVIDES, 2020, p. 560.

A liberdade política em um cidadão é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. [...] Tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo dos principais ou nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas dos particulares²³⁹.

Não há dúvidas de que a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa ou de um pequeno grupo pode levar a regimes tiranos, retirando da população o seu direito de escolha. Também não se pode duvidar que a lei, por si só, possa garantir a justiça de um povo, considerando que os Estados nazista e fascista eram baseados na lei. Por conseguinte, é o regime democrático inserido na legislação que permite a liberdade, a justiça e a igualdade de um povo.

O ideal de se viver em um país onde “não se possa temer outro cidadão”, como afirma Montesquieu, seria a grande conquista do Estado Democrático de Direito. É na separação dos Poderes que se evita a sua concentração e conseqüentemente os governos ditatoriais. Foi na separação dos poderes, conforme pensada por Montesquieu, que ganhou força e vez os Estados Modernos.

Nesse contexto, um legislativo que legisla, um executivo que executa e um judiciário que julga, pacificando os conflitos, não haveria modelo mais perfeito para uma doutrina clássica. Porém, nos últimos anos, se presenciou um aumento da atividade jurisdicional para a garantia do Estado Democrático de Direito, em especial no tocante à concretização dos direitos fundamentais que foram reconhecidos nas Constituições dos Estados.

Nessa circunstância, o Judiciário passou a ser o protagonista de uma atividade que vai muito além de sua atividade fim, que seria a pacificação dos conflitos, pois tem sido cada vez mais sido acionado para a garantia e a concretização de direitos quando há omissão por parte dos demais Poderes instituídos. Como adverte Michele Paumgarten, o “déficit democrático” das instituições clássicas, ascendeu a força do Judiciário na proteção dessas garantias que foram adotadas no Estado Democrático de Direito²⁴⁰.

A compreensão dessa força da atividade jurisdicional no último século, que inclusive chegou a ser chamada de *Século do Judiciário*, passa pela formação dos Estados Modernos. É preciso compreender que o Estado Liberal, surgido com as declarações de direitos da França e

²³⁹ MONTESQUIEU, 1996, p. 167.

²⁴⁰ “O descrédito das instituições políticas clássicas em dizer a justiça, faz com que a jurisdição seja chamada a socorrer o *déficit democrático* de um executivo e um legislativo ocupados apenas com questões de curto prazo, marcando o desenvolvimento da sociedade democrática onde se observa um distinto movimento de ascensão do juiz”. Cf. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 77.

das colônias Americanas e a ascensão da burguesia no início do Século XX, já não atendia a sociedade industrializada e do pós-guerra, que enfrentava profundas desigualdades sociais.

A primeira grande guerra veio expor essa sociedade fragilizada e com profundas mazelas sociais, que precisava ser reconhecida e ajudada. Declarar direitos não seria suficiente se não houvesse a contrapartida de um Estado que se dispusesse a garantir esses direitos. A individualidade implantada pelo liberalismo não era mais suficiente para atender os anseios dessa sociedade. Não era só declarar, mas também garantir o exercício desses direitos.

Assim, tem início o chamado Estado Social, que vai encontrar na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, suas principais expressões. Esse Estado Social buscou reaproximar a sociedade do Estado, separada pelo regime individualista do modelo liberal, o que segundo Raoni Bielschowsky exigiu do Poder Público prestações positivas a favor do cidadão:

Com o Estado social, para além das garantias individuais e da limitação do poder – valores presentes já no ideário do Estado liberal –, cabe agora também ao aparato estatal garantir a igualdade material e assegurar os direitos sociais, que passam por um processo de reconhecimento de sua jusfundamentalidade. Esses ‘novos direitos fundamentais’ não podem ser concretizados mediante uma abstenção do Estado; ao contrário, exigem da máquina estatal prestações positivas em favor do cidadão²⁴¹.

Inicia-se, pois, com o advento do Estado Social um processo de revisão das relações entre os três Poderes, o que Raoni Bielschowsky denomina de “relativização das fronteiras entre Legislativo e Executivo”²⁴². A separação antes dividida em funções estáticas e inconfundíveis agora se apresenta como interligadas em atos comuns que podem ser praticados pelos poderes independentemente de ser ou não o exercício de sua função principal.

Reconhece-se que os três Poderes possuem cada um uma função que lhe é principal, a função típica, que o diferencia dos demais. Para funcionarem, serem independentes e desempenharem suas próprias atividades precisam praticar atos que estão fora de sua função essencial, a qual estaria incluída em atividade que seria dos demais Poderes, as funções atípicas, que podem se mesclar para o bom funcionamento dos órgãos estatais.

É necessário investigar o nascedouro da proeminência do Judiciário em face dos demais Poderes, a ponto de ser, na atualidade, aquele que se sobressai diante dos outros dois,

²⁴¹ BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. p. 277.

²⁴² *Ibid.*, p. 278.

quando se trata de atividades para a efetivação dos direitos fundamentais. Ainda nas lições de Raoni Bielschowsky, o Poder Judiciário “adquiriu função imprescindível no controle dos abusos do poder estatal, sejam aqueles cometidos por ações/omissões do Poder Executivo, seja os cometidos pelo Poder Legislativo”²⁴³.

Portanto, bem ou mal, com ou sem excesso, parece ser o Poder Judiciário aquele que melhor atua na defesa da ordem democrática, dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional.

É por intermédio do Poder Judiciário que a população tem se socorrido para a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais. A atividade jurisdicional e o controle de constitucionalidade das normas permitiram que o Judiciário se destacasse perante os supostos abusos cometidos pelos demais poderes.

A representatividade que existe na escolha dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo não retira a legitimidade da decisão judicial, uma vez que seu caráter técnico e imparcial permite a abstração da atividade política e dos interesses partidários. A decisão judicial, embora contra majoritária, está resguardada pela independência e imparcialidade dos órgãos judiciais, garantias constitucionais do exercício de referido Poder. Além disso, a tecnicidade das decisões, mediante sua fundamentação jurídica, permite uma entrega jurisdicional com fundamentação legal, longe das paixões político-partidárias dos representantes eleitos.

Credita-se, desse modo, a três principais causas os fatores impulsionadores do aumento da atividade jurisdicional: o exercício exclusivo da atividade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88)²⁴⁴; o controle judicial de constitucionalidade das leis, que é um dos mecanismos de garantia da supremacia constitucional e o ativismo judicial, caracterizado pela ação do Judiciário em dar efetividade e concretude às normas abstratas de direitos fundamentais, diante da inércia dos demais poderes.

O uso exclusivo da jurisdição é a atividade inerente do Judiciário e está previsto na Constituição Federal como um direito fundamental do cidadão, segundo o qual a lei não poderá retirar da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Essa função permite que toda e qualquer pessoa que se sinta prejudicada possa acionar o Judiciário, para ter garantido o seu direito.

Com relação ao controle judicial de constitucionalidade, é a possibilidade de o Judiciário declarar a constitucionalidade ou não de uma lei ante a Carta Magna do País. Além

²⁴³ BIELSCHOWSKY, 2012, p. 285.

²⁴⁴ BRASIL, [2020].

do controle político exercido pelo Parlamento e pelo Executivo, era preciso que alguém assumisse o controle jurídico de defender a supremacia da Constituição. E foi justamente o Poder Judiciário que assumiu essa função, o que segundo Raoni Bielschowsky “passou a ser preponderante para a efetivação da ordem constitucional”²⁴⁵.

O controle judicial de constitucionalidade das leis permitiu ao judiciário intervir tanto na edição das leis pelo Parlamento como controlar os atos omissos ou ilegais praticados pela Administração Pública. O controle judicial de constitucionalidade é uma forma de se garantir a supremacia da Constituição diante do ordenamento jurídico.

Como bem aponta Paulo Bonavides, a Constituição tem que fazer a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos para que disso resulte a sua superioridade perante as demais leis infraconstitucionais²⁴⁶. Seria necessário, assim, que alguém assumisse essa proteção da superioridade das normas constitucionais ante os poderes constituídos; para isso criou-se o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco, existem três tipos de controle judicial de constitucionalidade das leis: o controle difuso, o controle concentrado e o controle misto²⁴⁷. O controle difuso surgiu nos Estados Unidos, a partir do famoso caso “*Marbury v. Madison*”, o qual concedeu a Suprema Corte Estadunidense o poder de controlar os atos que porventura fossem de encontro à Constituição Federal do País. Nessa linha, os autores afirmam que:

Esse modelo de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo²⁴⁸.

O modelo concentrado, de origem europeia e com base na Teoria de Kelsen, reconheceu também a necessidade de proteção da Constituição para garantia de sua supremacia. No entanto, essa proteção deveria ser entregue a um órgão próprio e o controle ser destinado a uma corte constitucional, a qual teria a função de defesa e guarda da

²⁴⁵ BIELSCHOWSKY, 2012, p. 288.

²⁴⁶ “O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma”. Cf. BONAVIDES, 2020, p. 303.

²⁴⁷ Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser: a) concentrado (também chamado austríaco); b) difuso (também chamado americano); c) misto”. Cf. MENDES; BRANCO, 2018, p. 1158.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 1159.

Constituição. Esse tipo de controle foi adotado pelo Estado Austríaco e, posteriormente, por Alemanha, Itália e Espanha²⁴⁹.

Existe ainda o que se chama de controle judicial misto, o qual adota tanto o controle difuso como o concentrado, segundo Gilmar Mendes e Paulo Branco:

O controle misto congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação das leis nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado²⁵⁰.

O Brasil adotou o sistema misto em que se tem o controle difuso, exercido por todos os tribunais, inclusive pelo próprio STF. E o controle concentrado, exercido unicamente pelo Supremo Tribunal Federal, que nesse aspecto exerce o papel de corte constitucional²⁵¹, conforme preceitua o artigo 102 da CRFB/88.

Assim sendo, não é à toa que após a consolidação dos atuais regimes democráticos e com a consagração da supremacia constitucional, tenha o Poder Judiciário ganho tanta importância na manutenção e fiscalização desse Estado Constitucional Democrático, que, na visão de Raoni Bielschowsky, se confunde com o próprio triunfo desse Estado de Direito²⁵².

O Judiciário tem uma importância fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito e, por essa razão, é preciso ter cautela para não se cometer equívocos, conforme alerta Paulo Bonavides: sem o controle de constitucionalidade a supremacia da “norma constitucional seria vã”; contudo esse controle pode “afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes”²⁵³.

²⁴⁹ “O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade constitucional concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado. [...] Essa tendência seria reforçada posteriormente com a adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha”. Cf. MENDES; BRANCO, 2018, p. 1158-1159.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 1159.

²⁵¹ Constituição Federal de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Cf. BRASIL, [2020].

²⁵² “É inevitável, portanto, reconhecer a evolução da importância do Poder Judiciário, concebido inicialmente por Montesquieu como um poder nulo, hoje projeta inequívoco papel na Estrutura do Estado, desempenhando importante papel no controle das atividades estatais, e no respeito à Constituição, e assim, tornando-se imprescindível para o triunfo do Estado Democrático de Direito”. Cf. BIELSCHOWSKY, 2012, p. 289.

²⁵³ O ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental. Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao

Paulo Bonavides afirma, acertadamente, que enquanto o controle judicial de constitucionalidade das normas permite a supremacia da constituição e a defesa de direitos fundamentais, também poderá provocar o *inchaço* de um poder diante dos outros, o que poderá gerar um desconforto político²⁵⁴.

É preciso ter muito cuidado para que um poder não suplante o exercício do outro, nem também adentre em searas que não lhe dizem respeito. Por isso que a judicialização da política ou o ativismo judicial não pode causar a anulação ou afetação da independência do outro poder. Sendo o ativismo judicial uma das causas, aqui também considerada como de agigantamento do Poder Judiciário, é preciso compreender que nem sempre será salutar o Judiciário atuar de modo a impedir a margem de decisão de outro poder.

Como já se explanou sobre ativismo judicial em linhas atrás, deixe-se aqui registrado que se caracteriza pela atividade jurisdicional que objetiva concretizar direitos fundamentais descumpridos pelos demais poderes no exercício de suas funções. A atividade jurisdicional é própria do Poder Judiciário, pois o julgamento, a aplicação e a pacificação dos conflitos são próprios de sua função. Porém com relação ao ativismo, este é uma consequência do dever de guarda e controle de constitucionalidade das normas.

O ativismo surge quando não podendo permanecer inerte, o juiz ou tribunal terá que agir de modo a declarar, determinar ou executar medidas que são necessárias à efetivação e à concretização de direitos fundamentais diante da omissão ou ilegalidade dos demais poderes.

Sempre que uma política pública é judicializada, há o deslocamento para o Judiciário de uma questão que deveria ser resolvida pela edição de uma lei ou adoção de uma determinada ação administrativa. Entretanto, por causa do controle de constitucionalidade e pelo exercício pleno da jurisdição, o Judiciário é acionado para se manifestar, provocando o que a doutrina qualifica como ativismo judicial.

Como se observa, Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto são contra o ativismo judicial porque entende ser uma forma de estar permanentemente com o poder constituinte em mãos:

órgão incumbido de seu desempenho um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes". Cf. BONAVIDES, 2020, p. 304.

²⁵⁴ *Ibid.*

A dificuldade contramajoritária não reside tanto no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar decisões importantes. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício²⁵⁵.

O exercício da atividade jurisdicional é, então, inerente à própria função judicial, mas o ativismo judicial não. Desta forma, considera-se que os fatores de controle de constitucionalidade, ativismo judicial e exercício da jurisdição podem ter contribuído para o aumento da atividade jurisdicional.

Foi com a ajuda das ações judiciais que mais se buscou a defesa e a garantia do Estado Democrático, bem como a concretização de direitos fundamentais, objetivando alcançar a tão almejada justiça social. Destaque-se que a função dos juízes e tribunais é eminentemente de julgar, interpretar e aplicar a lei aos casos concretos, solucionando, assim, os conflitos de interesses dentro de sua competência constitucional e infraconstitucional. Excepcionalmente, teriam o dever de concretizar direitos fundamentais, os quais deveriam ser efetivados fazendo uso de políticas públicas. Porém, diante do ativismo judicial, talvez os tribunais nacionais estejam abarrotados de ações, o que conseqüentemente ocasiona uma demora na solução dos conflitos.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV), que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art.5º, inciso LIII) e que “toda e qualquer privação da liberdade ou de seus bens deve respeitar o devido processo legal(artigo 5º, inciso LIV)” garanta-se aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV)²⁵⁶.

É, pois, segundo o artigo 5º da Constituição Federal de 1998, um direito fundamental de o cidadão ter acesso amplo e irrestrito à Jurisdição, sempre que houver lesão ou ameaça a seu direito.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 24.

²⁵⁶ BRASIL, [2020].

Por meio do Poder Judiciário, o Estado de Direito assumiu a função de interpretação e aplicação das leis, exercendo essa atividade com exclusividade, não havendo espaço para a justiça privada, salvo nos casos especialmente previsto em lei.

Ocorre que, atualmente, é necessário repensar o acesso à justiça por via da atividade jurisdicional, pois esse acesso, mesmo que seja importante para a garantia da ordem democrática e para a defesa dos direitos fundamentais, não pode ser o único meio de pacificação dos conflitos. É preciso compreender que existem outras portas de acesso à distribuição de justiça.

Os sistemas autocompositivos têm se apresentado tão eficazes nas soluções dos conflitos quanto o sistema jurisdicional de aplicação do ordenamento jurídico. É preciso se ter uma nova postura aos conflitos de interesses que são postos à pacificação. É necessário descobrir o que melhor se aplica a cada caso concreto para sua solução, pois, em muitos desses conflitos certamente não será necessário a intervenção estatal. Foi repensando nesse novo aspecto do direito de acesso à justiça que o sistema multiportas começou a ganhar força e voz no universo jurisdicional não só no Brasil, mas também no cenário mundial.

4.1.2 O sistema multiportas e o acesso à justiça

Inicialmente, cumpre fazer uma rápida distinção entre acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário. Durante muitos anos utilizaram-se os termos como sinônimos, porém são institutos diversos.

Acesso ao Judiciário abrange todos os meios necessários e implementados para que a parte possa ter seu conflito solucionado por um poder constituído, imparcial e autônomo. Acesso a uma ordem jurídica justa é algo mais amplo, que inclusive compreende o próprio acesso ao Judiciário, como se vê nas lições de Kazuo Watanabe:

o conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Portanto o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrangente não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial²⁵⁷.

²⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualiza do de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 45.

Diante desse contexto, intenciona-se não apenas compreender o acesso ao Poder Judiciário, mas a uma ordem jurídica justa, haja vista que a chegada à jurisdição foi sedimentada e bravamente garantida no Estado Democrático.

O problema que hoje se enfrenta é o ingresso a uma ordem jurídica justa, seja porque os tribunais estão abarrotados de demandas, seja porque já se constatou que a decisão judicial, para alguns casos, não soluciona a contento os conflitos em muitos dos casos judicializados.

Já se falou que a forma tradicional de promoção à justiça é por meio do Poder Judiciário, consagrada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição²⁵⁸. Diante do surgimento de um conflito de interesses, as partes envolvidas precisam demandar ao Poder Judiciário para que a solução possa ocorrer conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente.

Essa forma de solução dos conflitos, denominada de heterocomposição²⁵⁹, caracteriza-se pelo uso de um processo judicial, cuja participação de um terceiro estranho à relação jurídica é chamado para solucionar o conflito, aplicando a ordem jurídica ao caso concreto e assim pondo fim ao litígio, ao menos em tese.

Entretanto, forçoso é reconhecer que nem sempre foi garantido um acesso amplo e irrestrito ao sistema judicial de solução dos conflitos. Durante muitos anos, o sistema de justiça institucional esteve longe do cidadão e mesmo que se reconhecesse formalmente o acesso à jurisdição, a sua efetivação estava longe de ocorrer, considerando que, materialmente, inúmeros são os obstáculos enfrentados pelas partes, como por exemplo, as custas processuais, a burocracia estatal e o custo de se contratar um advogado. Hoje é possível afirmar que eram obstáculos. Como esclarece Mauro Cappelletti, no Estado Liberal esse direito de acesso à justiça, apesar de formalmente reconhecido, não era materialmente garantido:

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo à justiça correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva²⁶⁰.

²⁵⁸ Constituição Federal. Art. 5º. Inciso XXXV a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Cf. BRASIL, [2020].

²⁵⁹ AZEVEDO, André Gomma de. Na heterocomposição, a justiça é definida a partir de valores impostos por um terceiro, juiz ou árbitro. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Autocomposição e processos construtivos**: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. (Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, 3). p. 137-160. p. 138.

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre; Fabris, 1988. p. 9.

Essa realidade que esteve presente em todo o período do Estado Liberal foi gradativamente sendo modificada durante o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, que além de reconhecer o direito de acesso, também criou meios tais quais pudessem garantir o acesso à justiça. Em que pese a concretização da igualdade absoluta ser algo utópico²⁶¹, como admite Mauro Cappelletti, ao mesmo tempo se reconhece que é necessário enfrentar os obstáculos e a primeira tarefa é identificá-los para que se adotem as soluções²⁶². Ainda, nas linhas traçadas pelo autor, três importantes soluções fomentaram o efetivo acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: 1) a assistência judiciária gratuita; 2) a representação judicial dos interesses difusos, especialmente em direito ambiental e do consumidor e 3) os métodos alternativos para se decidir as causas judiciais, o que ele denomina de “enfoque do acesso à justiça”²⁶³.

Conclui-se que o Estado, em um primeiro momento de sua evolução, institucionalizou a distribuição da justiça, tomando para si a missão de pacificação dos conflitos. Posteriormente, para que se atingisse esse objetivo, foi reconhecido o direito de acesso à justiça, ideia que prevaleceu durante o Estado Liberal.

Porém, sopesando que o reconhecimento formal, previsto apenas no direito positivado, não foi suficiente porque muitas pessoas não conseguiram ter o acesso adequado a esse sistema de justiça, mostrou-se necessária a criação de meios que possibilitassem o efetivo acesso à jurisdição. A partir daquele momento, desenvolveram-se meios de acesso ao sistema estatal de justiça, como a institucionalização da assistência jurídica pelo Estado e as reformas em legislações processuais de modo a facilitar a tramitação processual.

No Brasil, pode-se citar como exemplos dessa abertura do acesso à justiça a gratuidade judiciária, a criação das defensorias públicas e a instalação dos juizados especiais, medidas que aproximaram o cidadão do Poder Judiciário e estariam perfeitamente incluídas entre as soluções apresentadas por Mauro Capelletti²⁶⁴.

²⁶¹ Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Cf. CAPPELLETTI, 1988, p. 15.

²⁶² Em outras palavras, quanto dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça, podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. Cf. *Ibid.*

²⁶³ O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira onda desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai além deles, representando, dessa forma, uma alternativa de ataca as barreiras ao acesso de modo mais articula e compreensivo. Cf. *Ibid.*, p. 31.

²⁶⁴ *Ibid.*

Entretanto, se, por um lado, o cidadão passou a ter mais acesso ao sistema judicial do Estado, por outro, suas expectativas se frustraram diante da crise provocada pelo aumento do número de processos e pelo espírito de litigiosidade que foi criado no país. O acesso desenfreado por justiça acabou por provocar uma crise do Judiciário que é bem retratado por Ada Grinover, quando afirma que:

É sabido que ao extraordinário progresso científico do Direito Processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários²⁶⁵.

Não se propõe, aqui, retirar a importância do Poder Judiciário no atual Estado Democrático de Direito, o qual se faz presente na preservação dos direitos individuais, sociais e coletivos e no seu papel de proteção e manutenção da ordem democrática por meio do controle de constitucionalidade das leis. Contudo, é imprescindível que se reconheça que o aumento considerável das demandas judiciais nos últimos anos, ou seja, a garantia de acesso ao Judiciário, ocasionou um assobramento de processos a ponto de não haver uma solução rápida. Quando se litiga por intermédio do sistema tradicional, há uma probabilidade real de demora na solução do litígio. Isso resulta em uma justiça tardia, o que ocasiona um verdadeiro descompasso entre o que se espera de um processo judicial e a durabilidade razoável para se chegar a uma solução rápida.

Segundo Rodolfo Mancuso, “a função judicial precisa ser urgentemente repensada, reciclada e contextualizada, colocando-se em pauta prioritária a reavaliação dessa função estatal”²⁶⁶, devendo sair da oferta primária para uma cláusula de reserva. A garantia de acesso à justiça, insculpida no artigo 5º, inciso XXXV da CRFB/88, deve ser entendida como uma “oferta residual” para as causas em que a heterocomposição não conseguiu agir, permitindo, assim, que juízes e tribunais possam se debruçar melhor sobre as causas complexas, que exigem uma “cognição judicial ampla e exauriente”.

²⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, DF, v. 2, n. 5, p. 22-27, abr.2008 Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf. Acesso em: 15 mar. 2023. p. 23.

²⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 54.

Uma decisão judicial, para que seja definitiva, percorre um extenso caminho, seja porque os juízes e tribunais não conseguem dar vazão ao número de ações judiciais²⁶⁷, seja pelo complexo e burocrático sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. É necessário revisitar o significado do termo “acesso à justiça” nessa perspectiva de garantir o acesso ao Judiciário, como bem ressalva Flávia Zanferdini:

A garantia constitucional do acesso à Justiça deve ser interpretada de forma compatível com a realidade judiciária nacional. A pacificação social, maior escopo da jurisdição contemporânea, não se alcança apenas por meio da solução de controvérsias pelo método tradicional, qual seja, o processo. O descompasso entre o instrumento processual e a efetiva solução de litígios em prazo razoável, tal como preconizado pelo art. 5º, LXXVIII da CF, impõe que haja uma mudança de mentalidade, em especial dos operadores do direito, quebrando dogmas, afastando-se a cultura resistente e preconceituosa que não aceita os meios complementares de solução de controvérsias ou os reputa como solução quantitativa e não qualitativa²⁶⁸.

O ideal pretendido pelo Poder Judiciário, de garantir a pacificação dos conflitos por meio da interpretação e aplicação das leis, frustra-se, muitas vezes, diante das dificuldades que se tem em atender a expectativa de indivíduos inseridos em uma sociedade massificada, globalizada e competitiva²⁶⁹.

Na complexidade da vida moderna é quase inevitável o surgimento de conflitos, e essa desarmonia social gerada pelos inúmeros transtornos do cotidiano, pode levar a um caos generalizado caso não se chegue a uma solução adequada em um prazo razoável. Adicione-se que é também um direito fundamental da pessoa “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88)²⁷⁰.

²⁶⁷ “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023. p. 104.

²⁶⁸ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/download/3970/2313>. Acesso em: 9 ago. 2023. p. 246-247.

²⁶⁹ “Hoje, porém, no mundo globalizado onde se embatem sociedades massificadas e competitivas, não raro sucede que o padrão de conduta, mesmo positivado numa norma cogente, não raro reforçada por sanções draconianas não consegue conter ou mesmo reduzir o ambiente de conflituosidade geral, bastando constatar que em países onde se pratica a pena de morte e onde as penas privativas de Liberdade são notoriamente severas, como nos Estados Unidos, nem por isso diminui a população carcerária nem arrefece a tensão social, que explode em diversas modalidades, como amiúde vem repercutindo na mídia. Cf. MANCUSO, 2020, p. 50.

²⁷⁰ “Hoje, porém, no mundo globalizado onde se embatem sociedades massificadas e competitivas, não raro sucede que o padrão de conduta, mesmo positivado numa norma cogente, não raro reforçada por sanções draconianas não consegue conter ou mesmo reduzir o ambiente de conflituosidade geral, bastando constatar que em países onde se pratica a pena de morte e onde as penas privativas de Liberdade são notoriamente

Diante da crise do Poder Judiciário, é necessário e urgente reconhecer que existem outros meios de acesso ao sistema de justiça, o que se tem denominado de *sistema multiportas*. O *fórum multiportas* ou *sistema multiportas* teve início nos Estados Unidos, a partir das lições de Sanders que, em 1976, atentou para o fato de que seria preciso um sistema de justiça pública mais sensível aos diferentes tipos de conflito que se dirigiam ao tribunal²⁷¹.

Os estudos de Thomas Stipanowich mostram que Sander incorporou três noções básicas para a aplicação do que denominou de *multi-door courthouse*, a saber: primeiro, se escolheria qual a melhor abordagem para a resolução do conflito; segundo, se canalizariam cada disputa para um procedimento específico; e, terceiro, coletar-se-iam todas as informações suficientes sobre a disputa para que houvesse um emparelhamento entre o problema e o processo a ser adotado²⁷².

No que diz respeito ao sistema pensado por Sander, os conflitos até podem vir por meio de um processo judicial, mas devem passar por uma espécie de filtro em que se escolheria o método mais adequado para a solução de cada controvérsia. A principal característica desse sistema é que já na fase inicial se escolheria o meio que melhor solucionaria o conflito²⁷³. O sistema multiportas permite que haja escolha de uma das técnicas de pacificação (mediação, conciliação, negociação, arbitragem e até mesmo a judicial) que melhor se enquadram para a solução do conflito, como leciona José Roberto Amorim²⁷⁴.

severas, como nos Estados Unidos, nem por isso diminui a população carcerária nem arrefece a tensão social, que explode em diversas modalidades, como amiúde vem repercutindo na mídia. Cf. *Ibid.*, loc. cit.

²⁷¹ “In his seminal 1976 concept paper *Varieties of Dispute Processing*, Frank Sander laid down the rough outlines of a proposal for making the public justice system more responsive to the different kinds of conflict which make their way to the courthouse”. (Em tradução livre: Em seus estudos iniciais de 1976, “Varieties of Dispute Processing”, Frank Sander traçou os esboços de uma proposta para tornar o sistema de justiça pública mais sensível aos diferentes tipos de conflito que se dirigem ao tribunal). Cf. STIPANOWICH, Thomas. The multi-door contract and other possibilities. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Ohio, v. 13, n. 2, p. 303-404, 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2015805#. Acesso em: 2 mar. 2023. p. 308.

²⁷² “Sander’s multi-door courthouse concept incorporated three basic notions: first, a choice among discrete approaches to conflict resolution; second, a mechanism for channeling disputes into specific processes; and third, sufficient information about a given dispute to facilitate a rational pairing of problem and process”. Em tradução livre: O conceito de tribunal multiportas de Sander incorporou três noções: primeiro, uma escolha entre abordagens discretas para a resolução de conflitos; em segundo lugar, um mecanismo para canalizar disputas para processos específicos; e terceiro, informações suficientes sobre uma determinada disputa para facilitar uma discussão racional e o emparelhamento do problema com o processo. Cf. *Ibid.*, p. 309.

²⁷³ NEVES, Hayanna Bussoletti; LEHFELD, Lucas de Souza. Fórum de múltiplas portas: uma asserção para o aperfeiçoamento processual e combate à judicialização. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, Ribeirão Preto, n. 7, p. 1297-1318, out. 2019.

²⁷⁴ “O sistema multiportas permite a escolha da formação de conflitos que se deseja, com técnicas puras de mediação, conciliação, negociação e arbitragem, até mesmo da judicialização, propondo-se o esgotamento das demais formas”. Cf. AMORIM, José Roberto Neves. Humanização do judiciário pelos métodos adequados de solução dos conflitos. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.).

Hayanna Neves e Lucas Lehfeld observam que o processo judicial clássico é eficaz para solucionar questões que digam respeito a direitos indisponíveis. Contudo, a conciliação “possui uma capacidade maior de trabalhar com mais eficiência matérias que envolvam sentimentos”²⁷⁵. Tratar corretamente o conflito é também uma tarefa e preocupação do Judiciário, pois uma decisão judicial pode aprofundar o desequilíbrio entre as partes, como adverte Michele Paumgarten:

A crise da jurisdição que afeta hoje vários países não se restringe apenas à quantidade exorbitante de processos que tramitam pelos tribunais, mas associado a isso, frustra a sociedade a deficiência jurisdicional cada vez maior em corrigir as desigualdades através da decisão não rara vezes provoca até mesmo o aprofundamento do desequilíbrio entre as partes²⁷⁶.

No sistema tradicional a simples emissão da decisão judicial por si só não é suficiente para atenuar os ânimos. O sistema adversarial clássico pode não pacificar o conflito de interesses nos litígios, pois uma decisão adjudicatória impositiva dada por um Poder de Estado não tem o condão de curar as possíveis dores contidas nos sentimentos que envolvem os litigantes. A partir do pensamento de Flávia Zanferdini, a paz social não é apenas a ausência de conflitos, e sim um processo dinâmico e participativo que favorece o diálogo e a resolução dos conflitos²⁷⁷.

4.2 A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

Com a devida atenção a essa perspectiva dialógica da ressignificação do acesso à jurisdição que se formou na sociedade democrática, o Conselho Nacional de Justiça, em 2010, implantou uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse por meio da Resolução nº 125. Essa política judiciária nacional teria como objetivo “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (artigo 1º)

²⁷⁸.

Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº125/2010. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 155-162.

²⁷⁵ NEVES; LEHFELD, 2019, p. 1304.

²⁷⁶ PAUMGARTTEN, 2018, p. 39.

²⁷⁷ “Soluções consensuais, de qualquer forma, favorecem a paz social, valendo anotar que a paz não se limita à ausência de conflitos, sendo um processo positivo, dinâmico e participativo, que favorece o diálogo e a resolução de conflitos com espírito de compreensão e de cooperação”. Cf. ZANFERDINI, 2012, p. 250.

²⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário

A iniciativa do CNJ de adotar uma política nacional de conciliação foi fruto de vários projetos pilotos²⁷⁹ que estavam surgindo, desde o final da década de 90, em decorrência das modificações legislativas que ocorriam no País com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previa a criação dos Juizados Especiais (art. 98, inciso I da CRFB/88). O órgão sentiu a necessidade de “estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais”²⁸⁰.

De acordo com José Antônio Toffoli e Livia Peres, a política foi instituída “ao impulso do Movimento pela Conciliação, lançado em 2006”²⁸¹ e, a partir de então, foi instituída a “Semana Nacional de Conciliação”, em que há um calendário forense próprio para que os “órgãos do Judiciário estimulem os jurisdicionados à utilização dos métodos autocompositivos, por meio de uma pauta concentrada de audiências”. Durante a Semana Nacional de Conciliação, os tribunais brasileiros se dedicam à realização de audiências de conciliação, e a intenção é divulgar a prática dos métodos autocompositivos à população, bem como conscientizar a todos sobre a necessidade de se criar uma pacificação social²⁸².

Portanto, com a Resolução nº 125/2010, reconhecia o CNJ que o direito de acesso à justiça é muito mais do que o simples acesso aos órgãos judiciários, mas o direito “a uma ordem jurídica justa e com soluções efetivas”²⁸³, cabendo ao Judiciário estabelecer uma política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, com a implantação de

e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁷⁹ Desde a década de 90, houve estímulos na legislação processual a autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos pilotos nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária conciliação em desapropriações, entre muitos outros. Bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficina de prevenção de sobre endividamento, entre outros. Cf. AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012. p. 281.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 281.

²⁸¹ TOFFOLI, José Antônio Dias; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a Constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº125/2010. São Paulo: IPAM, 2020. p. 13-33. p. 22.

²⁸² A Semana Nacional de Conciliação está no calendário do Poder Judiciário Nacional, e acontece todos os anos no mês de novembro. Em 2023 será realizada a XVIII Semana da Conciliação, e ocorrerá no período de 6 a 10 de novembro de 2023. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Semana Nacional de Conciliação: a um passo da solução**. Brasília, DF: CNJ, 2023d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

²⁸³ **CONSIDERANDO** que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas. Cf. BRASIL, 2010e.

“mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação”²⁸⁴.

A partir da Resolução nº 125/2010, o CNJ criou na ordem jurídica vigente uma política judiciária da conciliação e da mediação, com meios consensuais de eficácia na solução dos conflitos.

Em 2010, com as determinações do CNJ, inicia-se uma nova fase do tratamento dos conflitos pelo Poder Judiciário, em que se tem uma nova visão da conciliação e da mediação pelos tribunais, juristas e jurisdicionados. De acordo com o Ministério da Justiça, os principais objetivos da Resolução estão indicados de forma bem taxativa, a saber:

- i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º)²⁸⁵.

A edição da Resolução nº 125 do CNJ inseriu formalmente o diálogo como instrumento de pacificação social dos conflitos e incentivou os Tribunais a organizarem e planejarem o desenvolvimento dos seus programas de autocomposição. O escopo não foi simplesmente resolver o problema do elevado número de processos dos tribunais, mas buscar implantar uma cultura da paz, com a resolução dos conflitos de forma justa, eficiente e satisfatória, como afirma Flávia Zanferdini:

Nesse contexto, é de todo apropriada a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça que instituiu política nacional de conciliação, publicando, para tanto, em 29.11.2010, a Resolução 125, que dispõe sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Implementou, assim, política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de controvérsias. Está posto o desafio, compete-nos, agora, com firmeza e coragem, atuar de forma a que sejam difundidos, aceitos e efetivos os métodos complementares que se colocam à justiça institucionalizada e acreditar que desmistificaremos a cultura preconceituosa e resistente em aceitá-los²⁸⁶.

Pode-se concluir que, atualmente, a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse não é apenas uma mera tentativa de redução quantitativa de processos

²⁸⁴ **CONSIDERANDO** que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação. *Cf.* BRASIL, 2010e.

²⁸⁵ AZEVEDO, 2012, p. 281-282.

²⁸⁶ ZANFERDIN, 2012, p. 248.

junto aos órgãos jurisdicionais, mas refere-se a uma tomada de decisão com consequências mais amplas, necessárias e urgentes cujo objetivo primordial é garantir efetivamente o direito fundamental a uma ordem jurídica justa, célere e eficaz, com a consequente modificação do estado de litigância instalado no País com a ampliação de acesso da população aos tribunais.

O grande desafio, conforme preceitua Kazuo Watanabe, está em vencer “a cultura da sentença”, da “mentalidade hoje predominantemente entre os profissionais do direito e dos próprios destinatários dos serviços de solução consensual”²⁸⁷ com relação à submissão ao paternalismo estatal como a melhor escolha de solucionar os conflitos.

A sociedade brasileira ainda está atrelada à solução do litígio por meio da sentença adjudicatória. É preciso desenvolver uma conscientização coletiva com relação às vantagens da solução do conflito por intermédio da conciliação e da mediação. Esse trabalho deve ser realizado e fomentado não só na formação dos bacharéis em direito, mas em todas as instituições profissionais envolvidas no processo judicial: juízes, promotores, advogados, defensores públicos, administradores e administrados.

4.2.1 Recontextualização da teoria dos conflitos na Política Judiciária Nacional

Quando se fala em conflito, a primeira noção que se tem é que se trata de algo negativo, indesejável ou não aceitável, seja para o indivíduo, um grupo social, uma coletividade ou até mesmo uma nação. A noção que sempre vem à tona é que pessoas estão em um processo de disputa por alguma coisa a ponto de querer eliminar o seu opositor, por qualquer meio.

Essa ideia de *disputa* levou Norberto Bobbio a afirmar que algo era certo com relação à definição de conflito²⁸⁸: “é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”²⁸⁹.

²⁸⁷ WATANABE, Kazuo. Atualização do conceito de acesso à justiça. In: LAGRATA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº125/2010. São Paulo: IPAM, 2020. p. 13-33. p. 133-137. p. 134.

²⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C *et al.* Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1. p. 225.

²⁸⁹ O próprio Norberto Bobbio adverte que essa definição “suscita imediatamente diferenciações e divergências atinentes à maior parte dos problemas ligados ao conceito de Conflito”. Por este motivo analisará o conflito no seu aspecto social e político. *Ibid.*, p. 225

Se o “conflito existe quando atividades incompatíveis ocorrem”²⁹⁰ na vida em sociedade, então essa questão da disputa, do embate e da luta entre dois ou mais contendores é ínsita à essência do termo, sendo humanamente impossível não se ter um primeiro olhar negativo diante da palavra “conflito”. Qualquer interlocutor ao ser indagado se o conflito é negativo para a convivência social, certamente responderá que sim.

Estaria, pois, o conflito instalado sempre que pessoas, grupos ou até mesmo nações não se entendessem sobre determinado assunto, provocando uma disputa na imposição de determinadas vontades, de modo que venceria o mais forte.

Entretanto, é importante frisar que a divergência faz parte da vida em sociedade, principalmente se essa sociedade se diz democrática. É salutar poder divergir, o que não se pode é buscar “aniquilar um dos contendores para lhe garantir a vitória sobre o bem em disputa”²⁹¹.

Diante disso, é preciso reanalisar a teoria do conflito, entendendo que nem sempre este deve ser visto como algo negativo ou não desejável para a vida em sociedade, haja vista que é por intermédio dele que a humanidade também evolui, como se constata nas palavras de Morton Deustsch:

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna²⁹².

Portanto, o conflito é aquele movimento que ao mesmo tempo que separa, também une; que ao desqualificar, pode engrandecer; que ao diferenciar, pode induzir a uma pacificação; tudo vai depender do ponto de vista do qual se analisa. Como afirmado por Morton Deustsch, o conflito é “a raiz da mudança pessoal e social”²⁹³.

Conclui-se, então, que é através dos conflitos que as partes podem estabelecer as suas próprias mudanças, adquirindo sua identidade e provocando a mudança que se espera na pacificação social, que pode não ser perfeita, mas deve ser sempre almejada.

²⁹⁰ DEUSTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem mediação e negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004. p. 35.

²⁹¹ PAUMGARTTEN, 2018, p. 81.

²⁹² DEUSTSCH, *op. cit.*, p. 34.

²⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

O *modus operandi* do conflito nem sempre é negativo. Este poderá contribuir para a evolução da vida em sociedade, caso seja analisado de forma correta, dentro de sua dinâmica construtiva. O que Morton Deustch denomina de conflito cooperativo²⁹⁴ quando as partes concluem a relação processual com o “fortalecimento da relação social pré-existente à disputa e, em regra, promove o robustecimento do conhecimento mútuo e da empatia”²⁹⁵. Do contrário, tem-se o processo destrutivo, aquele que ocorre quando as partes saem da relação processual “com o esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito”²⁹⁶.

Partindo da noção de que o conflito pode ser tratado de forma adequada, objetivando a mudança que se espera na sociedade, é que o processo construtivo, colaborativo ou cooperativo vai, pouco a pouco, ganhando força no mundo jurídico, sendo implantado através da adoção dos métodos autocompositivos dos litígios.

Destaque-se que em um processo adversarial, típico da jurisdição estatal, “limita-se a identificar um vencedor e um perdedor, impondo uma decisão (por um terceiro) às partes”²⁹⁷, que após o seu trânsito em julgado deverá ser cumprida nos termos que ali se encontram, sem se indagar se as partes estão ou não satisfeitas com o deslinde que a causa teve. Por este motivo, milhares de vencedores estão insatisfeitos e milhares de vencidos estão impunes ou se sentem injustiçados.

Em um processo construtivo ou colaborativo, as partes se submetem a uma decisão porque elas próprias construíram ou colaboraram para o resultado. Os litigantes se sentem diretamente responsáveis pela conclusão do conflito. Submetem-se ao cumprimento das obrigações porque consideram que está dentro de sua possibilidade e disponibilidade para cumprimento.

Por último, vale destacar que conforme alerta feito pelo Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça²⁹⁸, não se pretende introduzir uma discussão acerca de qual melhor seria o processo, se o adversarial ou o autocompositivo. Essa argumentação é superficial diante da grandeza que se faz com a pacificação consensual dos conflitos. Também não se quer defender que a mediação e a conciliação são os únicos instrumentos necessários e impositivos a um sistema judicial em crise. O que se deve perceber é que houve uma

²⁹⁴ “Em um contexto cooperativo, um conflito pode ser visto como um problema comum no qual as partes conflitantes têm o interesse unido de alcançar uma solução mutuamente satisfatória”. Cf. DEUSTSCH, 2004, p. 62.

²⁹⁵ AZEVEDO, 2012, p. 34.

²⁹⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁹⁷ PAUMGARTTEN, 2018, p. 86.

²⁹⁸ AZEVEDO, *op. cit.*

recontextualização da noção de conflito, e que este passou a ser visto como elemento que se faz presente nas relações humanas, porém com potencial de contribuir para o crescimento da sociedade, dependendo apenas da estratégia que se usa para solucioná-lo. A intenção é que a partir da abordagem que se faça do conflito seja conduzida a técnica adequada para a sua pacificação, tornando-se então “um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação dos seres humanos”²⁹⁹.

Os meios autocompositivos entram na política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses não apenas para desobstruir as pautas do Judiciário, mas para reposicionar a forma como os litígios são tratados. Propõem-se a viabilizar a construção de um processo colaborativo/construtivo tendo como protagonistas os próprios litigantes mediante a aplicação do método mais adequado a cada conflito. Propiciam, também, o processo de evolução da sociedade não só na pacificação dos conflitos em si, mas com a criação de um espírito cooperativo, buscando uma mudança comportamental não só dos profissionais do direito, mas da sociedade destinatária das normas jurídicas.

4.2.2 Os métodos autocompositivos introduzidos pela Política Judiciária Nacional

As primeiras notícias que se têm sobre tentativa de inserção dos meios autocompositivos no Judiciário brasileiro datam da década de 80, quando no Estado do Rio Grande do Sul, em 1982, foram criados os Conselhos de Conciliação e Arbitragem, que embora não tivessem existência legal e nem função judicante, funcionavam com “juízes improvisados, atuando fora do horário de expediente forense”³⁰⁰. Esse movimento ganhou força e notoriedade com a adoção da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses implantado em 2010 pelo CNJ, por meio da Resolução nº 125/2010.

Segundo Ada Grinover, durante muito tempo a autocomposição foi considerada como instrumento de sociedades primitivas, enquanto o processo judicial era considerado como uma conquista da civilização³⁰¹. Esses instrumentos de autocomposição ressurgem como vias alternativas ao processo, capaz de evitá-lo ou encurtá-lo, conforme afirma o autor.

²⁹⁹ AZEVEDO, 2012, p. 35.

³⁰⁰ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis estaduais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 72.

³⁰¹ Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o “processo” jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgem hoje o interesse delas viam alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. Cf. GRINOVER, 2008, p. 22.

Evidencia-se que, atualmente, a desjudicialização como política judiciária está inserida como meta a ser alcançada por todos os tribunais nacionais, inclusive para efeito do Prêmio CNJ de Qualidade³⁰². Essa condecoração é concedida anualmente aos tribunais que apresentam os melhores desempenhos nas categorias elencadas pelo referido órgão, estando o estímulo à conciliação incluído como uma das metas de desempenho de todos os tribunais do país. Considerando que esta pesquisa tem como meta a aplicação dos métodos autocompositivos usados pelo Judiciário na solução dos conflitos fazendários em matéria de saúde pública, especificamente nos casos que envolvem os componentes não padronizados (aqueles que não estão inclusos nos protocolos do SUS), o presente estudo dedica-se aos métodos consensuais que se encontram na previsão da Resolução 125 do CNJ, em conformidade com o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, quais sejam a conciliação e a mediação³⁰³, nos termos prescritos pelo parágrafo único do artigo 1º da Resolução 125/2010.

Frise-se que existem outros métodos de autocomposição, porém a diretiva do CNJ de 2010 teve como enfoque a conciliação e a mediação. O estudo centra-se nesses dois institutos, os quais podem ser usados para a redução dos impactos de uma decisão judicial na política pública do direito à saúde, em especial sobre os componentes não especializados, os quais raramente são objeto de acordo com o ente público.

Por este motivo, não se abordarão outros meios que também são reconhecidos pelo sistema legislativo brasileiro, como por exemplo, a arbitragem ou a negociação, pouco usada nos conflitos que se pretende estudar.

A solução dos conflitos por via judicial tradicional já foi abordada quando se descreveu como o Estado tomou para si as três importantes funções estatais de administração, legislação e jurisdição, sendo essa última a responsável pela interpretação e aplicação da lei para solucionar os conflitos de interesse dentro do ordenamento jurídico estatal.

Foi visto, também, que nem sempre a decisão judicial é a melhor forma de solucionar os conflitos, haja vista que muitas vezes quem perde acha que aquela decisão lhe foi injusta. A decisão imposta por um órgão estranho à relação jurídica existente pode até levar ao

³⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 82, de 31 de março 2023**. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2023. Brasília, DF: CNJ, 2023f. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5019>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³⁰³ “Art. 1º [...]. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”. Cf. BRASIL, 2010e.

desequilíbrio entre as partes, principalmente se essa parte for a menos favorecida dentro dessa relação.

Também não se pode deixar de mencionar que quando se ampliaram as vias de acesso ao Judiciário, este não estava tão preparado para receber a quantidade de demandas que estavam por vir, e como alerta Ada Grinover, “não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça”³⁰⁴.

É, portanto, imperioso considerar que as vias conciliativas foram inicialmente institucionalizadas para tentar diminuir o número de processos do Judiciário, o qual talvez não tenha conseguido atingir os anseios da sociedade a contento. Seja porque no início estava distante do cidadão, seja porque na atualidade não consegue suprir os anseios dessa sociedade complexa, plural, globalizada e informatizada.

Por esse motivo, “a solução não consistia exclusivamente no aumento do número de magistrados”³⁰⁵, que quanto mais ampla a universalidade da jurisdição maior será o número de processos, tratando-se de “um círculo que se retroalimenta e cresce em cada volta, distanciando-se cada vez mais do seu propósito de melhor atender a coletividade”³⁰⁶.

A solução encontrada é, então, acelerar os processos por meios tão eficazes quanto a Jurisdição, como a autocomposição dos litígios. Assim, são introduzidos no ordenamento jurídico métodos que possibilitem as partes resolverem os seus conflitos pelo diálogo, passando “a mediação e a conciliação ao status de instrumentos utilizados no quadro da política judiciária”³⁰⁷ como meios eficientes na composição dos litígios.

Já se afirmou que em 1980, no Estado do Rio Grande do Sul, iniciaram as chamadas *Câmaras de Conciliação e Arbitragem*, que não tinham regulamentação legal e nem função judicante, porém funcionavam na conciliação de conflitos. A partir de 1984, iniciou-se o processo de formalização dos instrumentos dialógicos da pacificação social, sancionada com a Lei nº 7244, que dispõe sobre o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Essa legislação significou uma “autêntica revolução no processo civil brasileiro”, provocando inovações e introduzindo conceitos no Código de Processo Civil³⁰⁸.

³⁰⁴ GRINOVER, 2008, p. 23.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 24.

³⁰⁶ BOURGES, 2021, p. 15.

³⁰⁷ GRINOVER, *op. cit.*, p. 24.

³⁰⁸ ROGÉRIO, Thais Fernanda Silva; COUTINI, Israel Matheus Cardozo Silva; SÁ, Pedro Teófilo de Sá. Juizados especiais cíveis: abordagem histórica e principiológica. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 1, n. 2, p. 298-304, jul./dez. 2017. Número especial. p. 299.

Todavia, em 1988, com a Constituição Federal veio a autorização expressa para que a União, os Estados, o Distrito Federal e Territórios criassem Juizados Especiais³⁰⁹, formados por juízes, togados e leigos, com competência para a conciliação e julgamento das causas cíveis de menor complexidade e das criminais com menor potencial ofensivo. Esses juizados deveriam funcionar sob os ritos procedimentais da oralidade e da celeridade processual e poderiam ser acionados diretamente pela parte interessada sem a representação *ad judicium* própria do advogado.

A intenção do Constituinte de 1988, ao prever a criação dos juizados especiais, foi garantir “em especial ao mais pobre, meios de acesso à Justiça com a necessária simplicidade, celeridade, brevidade e, acima de tudo, com a economia de gastos”³¹⁰. No dia 26 de setembro de 1995, para concretizar as disposições do artigo 98, inciso I da CRFB, veio a lume a Lei nº 9.099.

Conhecida como a Lei dos Juizados Especiais, esse diploma legal revogou a Lei dos Juizados das Pequenas Causas e disciplinou a conciliação como um modo eficaz de solução das ações judicializadas, inclusive afirmando que deveria ser demonstrado às partes “os riscos e as consequências do litígio”³¹¹. Percebe-se, portanto, que mesmo nos processos dos juizados especiais, o legislador reconhece que há consequências e riscos em um conflito resolvido mediante uma decisão judicial, sendo as partes estimuladas a celebrarem um acordo para resolverem a demanda.

Registre-se, também, que a conciliação não veio somente para os juizados especiais. O próprio Código de Processo Civil, cuja formalidade processual lhe é ínsita, sofreu também modificações logo após o advento da Lei 9099/95, para a inclusão dos métodos consensuais de solução dos conflitos. Com relação ao Código Procedimental de 1973³¹², destacam-se todas as alterações que ocorreram até o ano de 2015 quando este foi revogado, e o novo diploma legal implantado adotou de vez a cultura da conciliação no Procedimento Cível brasileiro.

³⁰⁹ Constituição Federal de 1988. “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. Cf. BRASIL, [2020].

³¹⁰ SOARES, Nildomar da Silveira. **Juizado Especial Cível: a justiça na era moderna**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 23.

³¹¹ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

³¹² BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

Assim, ao longo dos anos de 1994 e 1995, importantes mudanças ocorreram também no CPC. O juiz foi incumbido do poder/dever de “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”³¹³, conforme as alterações implantadas pela Lei nº 8952, de 13.12.1994. o referido diploma legal, além de prescrever que o juiz deveria tentar a conciliação entre as partes a qualquer tempo, previu também que nos procedimentos ordinários seriam necessários a designação de uma audiência de conciliação, se o feito versasse sobre direitos disponíveis³¹⁴. Em 1995, através da Lei nº 9245, a audiência de conciliação passa a ser um requisito essencial também para os feitos sumários³¹⁵, reforçando a ideia de que o Judiciário deveria buscar a autocomposição dos litígios.

No ano de 2002, duas importantes mudanças legislativas ocorreram novamente no revogado CPC, a saber: o termo “audiência de conciliação” é substituído por ‘audiência preliminar’³¹⁶; e o vocábulo conciliação é substituído por ‘transação’³¹⁷. De acordo com essas alterações, conclui-se que: a) o Judiciário passou a ter a obrigação de antes de dar início ao contencioso judicial, ter que marcar uma sessão preliminar, em que se busca uma solução amigável por meio da conciliação ou da mediação, inclusive podendo informar a possibilidade de opção pela arbitragem, deixando que as próprias partes optem pela solução mais viável; b) com a palavra *transação*, o legislador abriu o leque de oportunidade para a aplicação dos métodos consensuais, conciliação, mediação, negociação ou arbitragem, conforme decisão das partes, devendo dar ao caso o encaminhamento mais adequado.

Por oportuno, vale destacar que tanto a transação³¹⁸, no procedimento ordinário, ou a conciliação³¹⁹, no procedimento sumário, caso fossem realizadas a partir de um acordo entre as partes, este é reduzido a termo e homologado por uma sentença com força de título

³¹³ Lei nº 5869. “Art.125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Redação incluída pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Cf. *Ibid.*”

³¹⁴ Lei nº 5869. “Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994”. Cf. *Ibid.*

³¹⁵ Lei nº 5.869. “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro”. Redação dada pela Lei nº 9245, de 26.12.1995. Cf. BRASIL, 1973.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Lei nº 5.869. “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”. Para comparar a nova redação do artigo 331, vide nota 43. Redação dada pela Lei. 10.444, de 7.5.2002. Cf. *Ibid.*

³¹⁸ Lei nº 5.869. “Art. 331. [...] § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença”. Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Cf. *Ibid.*

³¹⁹ Lei nº 5.869. “Art.227. [...] § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador”. Redação dada pela Lei nº 9245, de 26.12.1995. Cf. *Ibid.*

executivo judicial³²⁰. A executividade de um título garante que a parte acordante que não cumprir com sua obrigação sofra um processo de execução. Para a parte que teve seu direito violado, ultrapassava-se a fase de cognição processual, já existindo um direito líquido e exigível, nos termos acordados.

Porém, é importante destacar que dificilmente um processo que foi finalizado mediante a composição realizada pelas próprias partes, passa por uma execução judicial, visto que foram os próprios litigantes que compuseram a solução. É o que se classifica como princípio do empoderamento das partes, o qual deve ser estimulado para que o indivíduo possa criar um ambiente de paz não só naquele litígio específico, mas no seu ciclo social, familiar e profissional, como assevera Michele Paumgarten:

Empoderamento: os interessados devem ser estimulados para que aprendam a resolver melhor seus conflitos no futuro em função da experiência de justiça vivida na autocomposição. Esse princípio é fundamental para a implementação da mudança de cultura que se pretende instaurar. O cidadão não pode identificar no judiciário uma possibilidade extra para resolver seus conflitos, mas deve ser educado a usar os métodos aprendidos com as técnicas de composição em seu meio ambiente, ou seja, na sua comunidade, no seu trabalho, na escola³²¹.

O próprio CPC, um código extremamente formalista por sua natureza burocrática, assumiu uma postura de reconhecer que a via contenciosa não seria de todo a mais justa. Por que, então, se submeter às consequências de um processo judicial?

Recorde-se que uma sentença condenatória traz em si não só a parte boa referente à procedência do pedido para o vencedor, mas, também, as consequências adversas para o vencido, como a própria sentença condenatória³²² que lhe será imposta com as obrigações das custas processuais³²³ e dos honorários sucumbenciais³²⁴.

Infelizmente, mesmo com todas as consequências de uma sentença condenatória, muitos preferem se submeter a uma ordem judicial do que optar por uma solução amigável. É o que Kazuo Watanabe classifica como a dependência do povo brasileiro por uma autoridade

³²⁰ Lei nº 5.869. “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”. Redação dada pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005. *Cf.* BRASIL, 1973.

³²¹ PAUMGARTTEN, 2018, p. 189, grifo nosso.

³²² Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes”. *Cf.* BRASIL. **Lei nº13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

³²³ Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 82 [...] § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”. *Cf. Ibid.*

³²⁴ Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. *Cf. Ibid.*

para solucionar os conflitos³²⁵, sendo necessário, portanto, que se um crie “um terreno fértil para se prosperar, uma mentalidade receptiva a esses modos de solução e de tratamento de conflitos”³²⁶.

É preciso, antes de tudo, vencer a mentalidade de litigância que surgiu com a abertura da jurisdição, para que se frutifiquem as conciliações. Mesmo que a decisão seja favorável a uma das partes, muitas vezes se resolve a contenda, mas não o conflito latente ao litígio³²⁷, como bem observa André Azevedo:

Na orientação de solução de disputas sob os auspícios do Estado, a autocomposição serve não apenas como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais, mas também como forma de reestruturar a relação entre as partes no intuito de melhor capacitá-las a tratar suas questões com base em suas necessidades e interesses, mesmo que estes não sejam juridicamente tutelados³²⁸.

No ano de 2015, foi sancionado um novo Código de Processo Civil, revogando o diploma de 1973. A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, nos passos da Resolução n. 125/2010 instituiu, definitivamente, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, estimulando a autocomposição dos conflitos, a qual se deve sobressair não apenas para desafogar o Judiciário, mas como um estímulo “a participação popular no exercício do poder”³²⁹, democratizando o acesso ao Judiciário e permitindo que a parte seja protagonista de suas escolhas. “O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural – da cultura da sentença para a cultura da paz”³³⁰.

Conforme esse novo diploma legal, todos os envolvidos no processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos”³³¹.

O legislador afirmou que todos devem estimular o uso de métodos consensuais de conflitos, significando que se trata de um dever de as partes estimularem os usos desses

³²⁵ WATANABE, Kazuo. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 22. p. 42-50.

³²⁶ *Ibid.*, p. 48.

³²⁷ “Por estas razões e em virtude da hipercomplexidade é virtude da hipercomplexidade das controvérsias que se apresentam hodiernamente, é imprescindível a identificação do meio mais adequado de intervenção para resolver a disputa sem esquecer os conflitos subjacentes a ela”. Cf. PAUMGARTTEN, 2018, p. 86.

³²⁸ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 137-60. p. 138.

³²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 1. p. 379.

³³⁰ *Ibid.*, loc. cit.

³³¹ “§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Cf. BRASIL, 2015a.

meios. Não é uma mera faculdade dos envolvidos no processo, mas um dever de colaborar para a construção de uma solução dialogada. Esse dever passa agora a todos os envolvidos no litígio e não apenas ao juiz como no Código de 1973, como se averigua em Nelson Nery Júnior e Rosa Nery:

No CPC/1973, apenas o juiz tinha o estrito dever de promover e estimular a conciliação das partes. Todavia, esse dever, por imperativo ético, também se estende a todo e qualquer operador do direito envolvido em determinado feito. A solução deve ser a mais harmônica possível para todas as partes, e apenas em caso de grave desacordo deve ser depositada sobre os ombros do juiz – isso contribui para maior satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça³³².

Adverte Michele Paumgartten que apesar da mediação e da conciliação não serem procedimentos obrigatórios para as partes litigantes, o novo Código exigirá do juiz “a sensibilidade e conhecimento acerca do conflito e das técnicas à sua disposição para o encaminhamento adequado”³³³ do caso, obtendo assim a melhor solução.

Hoje não se trata somente de verificar os requisitos da petição inicial para recebê-la ou não. Diante do caso apresentado, o magistrado deve escolher o melhor procedimento a ser aplicado àquele conflito, podendo, inclusive, designar audiência de conciliação ou mediação³³⁴.

Logo após o advento do Código de Processo Civil, veio a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como a Lei de Mediação. Essa legislação reforça o coro da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. Assim, de acordo com Valéria Lagrasta, atualmente, no Brasil, existem três importantes marcos regulatórios dos métodos consensuais de solução dos conflitos³³⁵: 1) O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015; 2) a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e 3) A Resolução nº 125/2010 do CNJ, que embora se trate de norma administrativa, “não foi revogada expressamente pelas leis posteriores, continuando, portanto, a reger o tratamento dos métodos consensuais de solução dos conflitos”³³⁶.

³³² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 192.

³³³ PAUMGARTTEN, 2018, p. 198.

³³⁴ *Ibid.*, p. 211.

³³⁵ LAGRASTA, Valéria Ferioli. Minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos e aplicação efetiva do artigo 334 do Código de Processo Civil. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020a. p. 181-199. p. 181-199.

³³⁶ *Ibid.*, p. 181.

Deve-se reconhecer que desde 2010 existe, no Brasil, uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que tem como marco inicial a Resolução 125 do CNJ. Impossível, assim, desconsiderar os métodos consensuais existentes, postos a serviço da justiça e das partes para a solução justa, célere e mais adequada às partes litigantes.

Como já afirmado, o principal objetivo é analisar os métodos consensuais que estão dentro da jurisdição, que são a conciliação e a mediação. Assim, para finalizar esse tópico, buscar-se-á em breves linhas compreender o que é a conciliação e a mediação.

De acordo com o Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça, mediação é definida como “um processo no qual se aplicam integralmente todas as técnicas auto compositivas e no qual, em regra, não há restrição de tempo para sua realização”³³⁷. Já a conciliação é um “processo autocompositivo ou uma fase do processo heterocompositivo no qual se aplicam algumas técnicas autocompositivas e em que há, em regra, restrição de tempo para sua realização”³³⁸.

A conciliação é “um método autocompositivo atípico”³³⁹ bem mais superficial do que a mediação, porém não menos eficaz. Nesse tipo de método, o terceiro imparcial que auxilia na resolução do conflito pode sugerir o acordo ou até mesmo orientar as partes na composição do conflito, só lhe sendo vedada a imposição da conciliação³⁴⁰.

O próprio Ministério da Justiça reconhece que na conciliação há restrição de tempo para a sua realização. Nas lições de Michele Paumgartten, “é um instrumento adequado para a resolução de conflitos de fundo patrimonial, em que os envolvidos detêm uma relação pontual”³⁴¹.

Na conciliação, as partes estão ligadas apenas por um vínculo pontual, referente a algum fato que os interligou em algum momento da vida, não existindo qualquer sentimento mais profundo envolvido. Por isso, o conciliador que atua nessa composição poderá assumir “uma postura proativa, colocando-se mais perto das partes, escutando, buscando criar um ambiente de empatia favorecedora de uma solução negociada”³⁴².

³³⁷ AZEVEDO, 2012, p. 56.

³³⁸ *Ibid.*, p. 56.

³³⁹ PAUMGARTTEN, 2018, p. 451.

³⁴⁰ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. Cf. BRASIL, 2015a.

³⁴¹ PAUMGARTTEN, *op. cit.*, p. 451.

³⁴² *Ibid.*, p. 453.

Segundo o CPC, o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”³⁴³, podendo até sugerir soluções; todavia é vedado utilizar de meios que possam constranger ou intimidar as partes a um acordo.

Já a mediação é uma técnica bem mais profunda que, além de solucionar o conflito, busca restabelecer os laços anteriores existentes entre as partes. “A mediação é o mecanismo adequado para a resolução de conflitos de base continuada”³⁴⁴. A mediação deve ser praticada com o uma forma “de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos”³⁴⁵.

Ainda nas prescrições do Código de Processo Civil brasileiro, o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”³⁴⁶, auxiliando os interessados a compreenderem as questões e os interesses em conflito, viabilizando o restabelecimento da comunicação.

Por seu turno, a Lei de Mediação, de forma similar ao CPC, dispõe que a tarefa do mediador consiste na “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” (art. 1º, § 3º)³⁴⁷.

Conclui-se que tanto a conciliação como a mediação se destacam por solucionar o conflito de forma autocompositiva, em que as próprias partes litigantes procuram a solução mais adequada ao caso, encontrando um consenso através do diálogo sem violência e não adjudicada por um terceiro estranho à relação existente. Desta forma, a função judicial somente ocorrerá se realmente não se chegar a um acordo, se esse acordo não for cumprido, o Poder Judiciário for provocado pelas partes. Caso contrário, a partir da homologação do acordo, as próprias partes buscarão o efetivo cumprimento das cláusulas que pactuaram, solucionando o conflito por elas mesmas e de acordo com a expectativa de cada um dos contendores.

³⁴³ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 165. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. Cf. BRASIL, 2015a.

³⁴⁴ PAUMGARTTEN, 2018, p. 468.

³⁴⁵ WATANABE, 2003, p. 50.

³⁴⁶ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. “Art. 165. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. Cf. BRASIL, 2015a.

³⁴⁷ *Ibid.*

4.3 A ESTRUTURA DE ATENDIMENTO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA CONCILIATÓRIA

Para que a Política Judiciária Nacional de Solução Adequada dos Conflitos fosse devidamente efetivada seria preciso criar uma estrutura para tal finalidade. Assim, na própria Resolução nº 125 do CNJ vieram traçados todos os mecanismos necessários para que o Poder Judiciário pudesse pôr em prática essa política pública conciliatória.

Entre os meios previstos destaca-se a criação de dois importantes órgãos que seriam os responsáveis para implantar essa política: o Núcleo Permanente de Método Consensual de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS).

A Resolução determinou que os tribunais brasileiros criassem no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, o NUPEMEC (art. 7º, caput), o qual seria o responsável entre outras coisas para “planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política” (art.7º, inciso II, da Resolução 125/2010) e para instalar os CEJUSC, os quais concentrariam a realização das sessões de conciliação e mediação, a cargo de conciliadores e mediadores devidamente capacitados (art.7º, inciso IV, da Resolução 125/2010)³⁴⁸.

Assim, NUPEMEC e CEJUSC passam a ser importantes figuras no planejamento, na implantação, na manutenção e execução da Política Judiciária de Solução Adequada dos Conflitos instalada pelo CNJ. São esses dois órgãos os grandes responsáveis pelo êxito dessa política pública que, sem eles, não se poderia falar em conciliação e mediação nos tribunais do país.

4.3.1 A importância do NUPEMEC e dos CEJUSCS

A resolução nº 125 têm três importantes pilares que são os alicerces da Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos: a centralização das estruturas judiciárias; a formação e treinamento dos servidores, conciliadores e mediadores e o acompanhamento estatístico das conciliações realizadas (art. 2º, Resolução nº 125/2010)³⁴⁹.

³⁴⁸ BRASIL, 2010e.

³⁴⁹ “Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: (redação dada pela Resolução nº326, de 26.6.2020) I – centralização das estruturas judiciárias; II

Portanto, toda a Política Judiciária de Consensualização é organizada, implantada e efetivada pelos NUPEMEC com o auxílio dos CEJUSC, sendo esses últimos os grandes responsáveis por centralizarem a execução da política de conciliação, cumprindo com um dos pilares da Resolução nº 125.

Com relação aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, eles atuam nos Tribunais Estaduais ou Federais, com competência para implantação das políticas estaduais ou regionais, dependendo de sua jurisdição.

Entre as várias atribuições, destacam-se aqui duas grandes missões: I) a “implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, em conformidade com as diretrizes da resolução” (Art. 7º, inciso I, da Resolução nº 125/2010 do CNJ) e II) “incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos.” (Art. 7º, inciso V, da Resolução nº 125/2010 do CNJ)³⁵⁰.

Os NUPEMECs são os representantes do CNJ no respectivo Tribunal para o qual foram criados. Eles são responsáveis por implantarem, desenvolverem e fiscalizarem as atividades da política judiciária de pacificação dos conflitos desenvolvidas no território da sua jurisdição, como lecionam Hertha Oliveira e José Carlos Alves:

Cabe, portanto, ao NUPEMEC atuar para que efetivamente sejam colocados à disposição do jurisdicionado, não só os meios alternativos de solução de litígios como a conciliação e a mediação, mas os serviços de informação jurídica assistência social e outros, que se façam necessário a emissão de documentos que sejam essenciais ao exercício da cidadania³⁵¹.

É o NUPEMEC o órgão dentro dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais que deve estar atento se a política de conciliação está sendo implantada e efetivada, como também se os servidores estão sendo capacitados a atenderem corretamente o acompanhamento dos litígios e se está ocorrendo a formação adequada de conciliadores, mediadores e demais agentes multiplicadores da política conciliativa.

Os Núcleos são, ainda, responsáveis por garantirem “uma resposta adequada ao jurisdicionado, seja em termos de orientação, exercício de cidadania, acesso a meios

– adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III – acompanhamento estatístico específico”. Cf. BRASIL, 2010e.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ OLIVEIRA, Hertha Rollemberg Padilha de; ALVES, José Carlos Ferreira. Núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 285-298. p. 288.

consensuais de solução de litígio e em último caso, solução adjudicada do conflito”³⁵². Vê-se, portanto, como é importante o papel do NUPEMEC para o desenvolvimento do trabalho de conciliação e mediação junto à jurisdição do Tribunal ao qual estão vinculados.

Segundo os ensinamentos de Hertha Oliveira e José Carlos Alves, os NUPEMECS possuem autonomia para planejarem, implementarem, manterem e aperfeiçoarem as ações relacionadas à Política Consensual de Tratamento dos Conflitos, agindo de acordo com as particularidades e especificidades de cada Estado e de cada Tribunal, fortalecendo, assim, o princípio federativo. Portanto, devem agir de acordo com a realidade de cada Estado da Federação para o qual foi criado, respeitando as particularidades de seus jurisdicionados. Se no Estado se destacam conflitos agrários, deve a política voltar-se para as soluções viáveis ao caso, pois não adianta ter uma política nacional cuja aplicabilidade não se aplica em determinadas áreas³⁵³.

O NUPEMEC é competente, também, para instalar os CEJUSCs, os quais são denominados no CPC e na Lei de Mediação como Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos. A sigla permanece sendo usada pelos tribunais, para a indicação dos locais onde se realizam as audiências de conciliação e mediação.

De acordo com o *Manual de Mediação Judicial* do Ministério da Justiça podem ainda ser atribuídas ao NUPEMEC, embora não constem na Resolução, as seguintes atribuições: a indicação de juízes aptos a atuarem como coordenadores dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; acompanhamento legislativo de projetos voltados aos métodos consensuais de solução de conflitos; decisão e apreciação dos expedientes e processos afetos aos métodos consensuais; responder às consultas públicas de magistrados e servidores atinentes aos métodos consensuais; criação e controle do banco de dados das atividades desenvolvidas pelos centros e a divulgação dos resultados³⁵⁴.

Já os CEJUSCS são criados para que possam realizar as audiências de conciliação e mediação. Para Hertha Oliveira e José Carlos Alves, “os CEJUSCS nasceram inspirados no Tribunal Multiportas americano”³⁵⁵. Todas as audiências são realizadas pelo Centro, sejam as processuais ou pré-processuais e até mesmo as demandas que já foram distribuídas podem ser encaminhadas para os Centros com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas³⁵⁶.

³⁵² OLIVEIRA; ALVES, 2020, p. 288.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ AZEVEDO, 2012.

³⁵⁵ OLIVEIRA; ALVES, *op. cit.*, p. 291.

³⁵⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 287.

A própria resolução divide as atividades dos Centros em três: pré-processual, processual e de cidadania³⁵⁷. Assim, as audiências pré-processuais são realizadas quando ainda não se tem uma ação proposta e nesse caso, logrando êxito, a conciliação ou mediação será reduzida a termo, sendo homologada pelo juiz coordenador, conforme dispõe o Art.9º, inciso II da Resolução nº 125.

As audiências de conciliação e mediação processuais são aquelas que ocorrem dentro de um processo já judicializado. Nesse caso, os Centros atuam para auxiliarem os juízos, juizados ou varas com competência nas áreas cíveis, fazendárias, previdenciárias e de família. Saliente-se que a política de conciliação está presente em vários diplomas legais, como, por exemplo, no CPC (Lei nº 13.105/2015), na Lei dos Juizados Especiais, Federais e Fazendários, devendo o juiz da causa antes de dar início ao processo encaminhar as partes para a composição. De acordo com o CPC, a audiência só não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual ou não se admitir a autocomposição³⁵⁸. As conciliações e mediações processuais, caso também cheguem a um acordo, serão devidamente homologadas e encaminhadas ao juiz de origem, solucionando aquela demanda. Enfatize-se que é o juiz coordenador do CEJUSC que tem a competência para homologar o acordo celebrado pelas partes, entendimento esse retirado do artigo 9º, inciso II da Resolução nº 125 do CNJ.

A atividade de cidadania é aquela que é desenvolvida com o principal objetivo de “orientar o cidadão quanto ao melhor método para o tratamento dos seus conflitos”³⁵⁹. Acredita-se que o principal objetivo da Resolução é que os CEJUSCS também possam atuar como órgãos de conscientização dos direitos e deveres, bem como na promoção do exercício da cidadania com atividades de orientação, encaminhamentos e aconselhamentos jurídicos, de modo que as pessoas possam ser orientadas da melhor forma possível na solução dos seus problemas.

Para finalizar, é importante destacar que a Resolução do CNJ nos CEJUSCS afirma que somente serão aceitos como conciliadores e mediadores os profissionais devidamente capacitados, conforme a regulamentação prevista para o ato (Art. 12º), sendo responsabilidade dos tribunais a realização de referidos cursos. Esses profissionais são submetidos

³⁵⁷ “Art. 10. Cada unidade dos Centros deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania”. Cf. BRASIL, 2010e.

³⁵⁸ “4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição”. Cf. BRASIL, 2015a.

³⁵⁹ PAUMGARTTEN, 2018, p. 183.

constantemente a reciclagens, são avaliados pelos usuários do sistema e devem obediência ao Código de Ética.

Nos termos da Resolução, o NUPEMEC é o responsável por “incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos” (Art.7º, inciso V) bem como por “criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores” (Art. 7º, inciso VII), regulamentando o processo de inscrição e de desligamento dos membros.

Existe um Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ)³⁶⁰ desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça para atender as disposições do artigo 167 da Lei nº 13.105/2015 (CPC) e ao artigo 6º, IX, da Resolução CNJ nº 125/2010. O intuito desse cadastro é “garantir a qualidade e a padronização das informações prestadas aos jurisdicionados e para interligar os cadastros de todos os tribunais”³⁶¹.

Desde 2020 que esse cadastro funciona em uma plataforma digital denominada *Conciliajud*, um Sistema de Controle de Ações de Capacitação em Mediação e Conciliação do Conselho Nacional de Justiça. O propósito dessa plataforma é centralizar todas as ações referentes às capacitações em Mediação e Conciliação, bem como disponibilizar para a sociedade o banco de dados de todos os profissionais que estão habilitados nos termos da Regulamentação das Ações de Capacitação³⁶², como consta no Guia de utilização do *Conciliajud*³⁶³.

Ainda de acordo com o *Guia de Utilização do CONCILIAJUD*, só atuarão nas ações de capacitação os profissionais que tiverem seu cadastro vigente nos respectivos Cadastros Nacionais do *ConciliaJud*³⁶⁴. Desde maio de 2020, o uso da plataforma é obrigatório para os órgãos do Poder Judiciário (tribunais, Nupemec, Cejusc e escolas judiciais) e “para as instituições formadoras reconhecidas por tribunais”³⁶⁵.

³⁶⁰ Cf. <https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj>.

³⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais: perguntas frequentes**. Brasília, DF: CNJ, 2023e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores-ccmj/>. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regulamento das ações de capacitação e do banco de dados da política de tratamento adequado de conflitos**. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/REGULAMENTO-DAS-AÇÕES-DE-CAPACITAÇÃO-E-DO-BANCO-DE-DADOS-DA-POLÍTICA-DE-TRATAMENTO-ADEQUADO-DE-CONFLITOS.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de utilização do CONCILIAJUD: Sistema de Controle de Ações de Capacitação em Mediação e Conciliação**. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Guia-de-utilizacao-do-ConciliaJud_2020-06-05.pdf. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

Conclui-se que o aperfeiçoamento e o bom funcionamento dos Centros Judiciários de Solução Consensual dos Conflitos é devido ao CNJ, que tem investido na formação dos facilitadores (conciliadores e mediadores), pois como adverte Valéria Lagrasta, “é imprescindível que, as partes ao optarem por um método de solução de conflito diferente do judicial, esse seja conduzido com seriedade e de forma correta”³⁶⁶.

Valéria Lagrasta alerta que há ainda um longo caminho a ser percorrido, analisando que o ensino dos métodos consensuais de solução de conflitos, principalmente na modalidade da mediação, é bem complexo devido “as suas particularidades e interdisciplinaridade”³⁶⁷. Acredita-se que com a regulamentação da formação, bem como a criação do banco de dados dos profissionais habilitados pelo CNJ, essa realidade aos poucos será transformada à medida que novos profissionais forem sendo capacitados tanto para formação de conciliadores, como mediadores formados pelos cursos credenciados.

Apesar da formação e habilitação dos conciliadores e mediadores se tratar de algo recente e que muitos obstáculos precisam ser vencidos, os profissionais que estão cadastrados junto ao CNJ apresentam-se com as melhores qualificações para atuarem nas audiências de conciliação e mediação dos CEJUSCS. É importante reforçar que conciliadores e mediadores que devem atuar nos CEJUSCS são aqueles que estejam cadastrados no Conciliajud. Espera-se que será uma questão de tempo para que se tenham excelentes profissionais capacitados e com uma boa formação, atuando junto aos CEJUSCS após a regulamentação do CNJ quanto à formação dos conciliadores e mediadores.

4.3.2 Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos em Saúde (CEJUSCS)

Foi visto que o CEJUSC é instalado por ato administrativo do NUPEMEC³⁶⁸ de cada Tribunal de Judicial. E que é no CEJUSC que ocorrem as audiências de conciliação e

³⁶⁶ LAGRASTA, Valéria Ferioli. A adequada formação de conciliadores e mediadores. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020b. p. 225-240. p. 226.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 228.

³⁶⁸ “Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias a contar da publicação desta Resolução, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: [...] IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos.

mediação³⁶⁹, ou seja, os Centros são os locais destinados na estrutura judiciária para a execução prática da política judiciária de pacificação social.

Também foi visto que os CEJUSCS são criados para atender um dos pilares da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que é a centralização das estruturas judiciárias³⁷⁰. E o que se poderia dizer sobre essa centralização? Menciona-se que o intento primordial da Resolução nº 125 é que a política de consensualização do Judiciário seja tratada em um local específico, no caso os CEJUSCS, os quais são preparados para atendimento dessa nova demanda do acesso à justiça, tanto o é que a própria Resolução afirma que as sessões de conciliação e mediação pré-processuais só poderão ser realizadas nos próprios juízos, juizados ou varas designadas com “conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo juiz coordenador do Centro (art. 9º)”³⁷¹.

Centralizar nos CEJUSCS as estruturas judiciárias para a realização das audiências de conciliação e mediação significa que são nesses espaços físicos que serão desenvolvidas todas as atividades necessárias a permitirem que as partes possam solucionar seus conflitos de forma adequada, tanto as processuais como as pré-processuais. Em outros termos, as técnicas de pacificação devem ser aplicadas em um local determinado, com pessoas devidamente capacitadas para tal finalidade. Portanto, é dentro dos centros que as partes serão encaminhadas à consensualização de suas demandas, ou orientadas a como fazê-las. Oportuno lembrar que nos CEJUSCS encontram-se os profissionais que foram formados e capacitados pelo CNJ para atuarem como conciliadores e mediadores.

Os CEJUSCS devem, necessariamente, abranger três setores: o setor pré-processual, o setor processual e o setor de cidadania, conforme determina o artigo 10 da Resolução n. 125/2010. E para funcionarem precisam contar com uma estrutura formada por um (a) juiz (a) que lhe é o coordenador e um adjunto para substituir o titular ambos devidamente capacitados, competindo-lhes a administração dos três setores e a fiscalização do serviço de conciliadores e

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”. *Cf.* BRASIL, 2010e.

³⁷⁰ “Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: I – centralização das estruturas judiciárias”. *Cf. Ibid.*

³⁷¹ “Art. 8º § 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios juízos, juizados ou varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo juiz coordenador do Centro (art. 9º)”. *Cf.* BRASIL, 2010e.

mediadores. Devem possuir, também, pelo menos um servidor com dedicação exclusiva, também capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos. Esses servidores são responsáveis pela triagem e encaminhamento dos casos (artigo 9º da Resolução CNJ n. 125/2010)³⁷².

De acordo, ainda, com as informações prestadas pelo CNJ “os CEJUSCS devem ser desenvolvidos a partir dos seguintes parâmetros: a) o gerenciamento dos processos; b) e a analogia ao Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas (MULTIDOOR COURTHOUSE) do Direito dos EUA”³⁷³. Desta forma, atendendo as características do sistema multiportas, as demandas judiciais entram pelo protocolamento das ações e uma vez distribuídas, deve o juiz ao recebê-las promover o adequado tratamento consensual, enviando o processo para o CEJUSC. Uma vez chegando nessa unidade judiciária, o processo precisa ser encaminhado corretamente para que possa atingir o objetivo que é uma solução adequada dentro das técnicas de pacificação – mediação ou conciliação. Como já se explicitou, a conciliação³⁷⁴ é utilizada para aqueles processos em que não há vínculo anterior entre as partes e a mediação, é empregada nos processos em que há um vínculo anterior entre os litigantes.

São nos CEJUSCS que as partes podem e devem receber a melhor orientação para o deslinde dos fatos, em suas demandas pré-processual, processual, ou apenas informações de como agir no exercício da atividade de cidadania que também deve ser prestada por essas unidades judiciárias.

É pertinente lembrar que de acordo com o CNJ³⁷⁵, os Cejuscs nasceram a partir da experiência com os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7244/84), que permitiram o uso da mediação e da conciliação ainda na fase pré-processual, contribuindo para a desjudicialização dos conflitos. Portanto, é preciso centralizar a porta de acesso à justiça nos CEJUSCS e de lá as demandas serem encaminhadas adequadamente para uma solução. A importância dos centros é tamanha que para Wanderlei Reis, os Centros Judiciários de Solução Consensual de

³⁷² BRASIL, 2010e.

³⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs**. Brasília, DF: CNJ, 2021c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 3 mar. 2023.

³⁷⁴ Essa compreensão é retirada a partir da leitura dos §§ 2º e 3º do artigo 165 do CPC, quando define a atuação dos conciliadores e mediadores. A saber: § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Cf. BRASIL, 2015a.

³⁷⁵ BRASIL, 2021c.

Conflitos representam muito mais do que uma nova unidade jurisdicional criada no país a partir de 2010:

Os principais protagonistas do atendimento aos ditames constitucionais de acesso à justiça, da razoável duração do processo, da dignidade da pessoa humana e da supremacia do interesse público por representar, como Tribunal Multiportas, a porta de entrada ao sistema autocompositivo nacional, em especial na fase pré-processual, mediante um contato direto com o jurisdicionado³⁷⁶.

Atualmente, existem os CEJUSCS temáticos, que são aqueles que se dedicam a um tipo de demanda de acordo com a matéria que atuam. Dessa maneira, tem CEJUSCS Execução Fiscal, CEJUSCS Família, Juizados Especiais e, mais recentemente, o CNJ tem incentivado a criação dos CEJUSC com matéria em Saúde, comumente denominados de CEJUSC Saúde.

A importância dos CEJUSCS temáticos é que eles se dedicam a uma matéria em específico, atuando com maior eficiência e melhor índice de resolubilidade nas temáticas para os quais são criados. São Centros montados com *expertise* e pessoal capacitado para aqueles assuntos específicos – caso dos CEJUSCS Saúde – cuja estrutura de funcionamento precisa da adesão dos gestores e procuradores públicos. Se não houver essa convergência de desejos, o Centro não conseguirá atingir seus objetivos porque todas as demandas ajuizadas dependem da estrutura administrativa existente no Estado ou no Município demandados.

Vale destacar que o próprio CNJ, através do FONAJUS, tem orientado a todos os tribunais do país que através dos Comitês Estaduais da Saúde³⁷⁷, sejam promovidas medidas para a prevenção dos conflitos judiciais. Entre as medidas está a criação dos CEJUSC Saúde. A intenção é estimular e desenvolver o diálogo interinstitucional, contribuindo com a redução dos impactos das demandas de saúde.

Tomando como base a realidade do Estado do Rio Grande do Norte, o Tribunal de Justiça Potiguar, em parceria com o Município de Natal e o Estado do RN, pelo Termo de Cooperação nº 10/2017, criou inicialmente uma Câmara de Conciliação denominada “TJ

³⁷⁶ REIS, Wanderlei José dos. Política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos: o papel do cejusc como tribunal multiportas. **Eletrônica do Univag**, Várzea Grande, n. 27, p. 10-38, 2022. Disponível em: <https://periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/1932>. Acesso em: 2 mar. 2023. p. 11.

³⁷⁷ “Art. 2º O Comitê Estadual de Saúde é órgão colegiado e multidisciplinar responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade: I – monitorar as ações judiciais que envolvam os sistemas de saúde pública e suplementar, propondo medidas voltadas à: a) otimização de rotinas processuais; b) organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; c) prevenção de conflitos judiciais; e d) definição de estratégias em matérias de direito sanitário. [...] III –viabilizar o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde”. Cf. BRASIL, 2021b.

Saúde”, que funcionou como um braço do Cejusc Natal até o ano de 2019, quando foi elevado à categoria de CEJUSC³⁷⁸. Com sua transformação em Centro, passou então a ter sua autonomia como unidade judiciária, possuindo servidores, conciliadores e um juiz coordenador³⁷⁹.

Nessa unidade judiciária são pactuados acordos pré-processuais e processos em matéria de saúde pública e suplementar. Para que as audiências em matéria de saúde pública possam ocorrer é necessária uma equipe multidisciplinar, a qual é formada por agentes administrativos representantes das Secretarias Estadual e Municipal da Saúde, bem como os procuradores do Estado e do Município.

De acordo com a Cláusula Primeira do Termo³⁸⁰, o Tribunal de Justiça do RN, a Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria Geral do Município, a Secretaria de Saúde do Estado e a Secretaria Municipal de Saúde, nos conflitos de interesses que demandem prestação de serviço de saúde pública, firmam um termo de cooperação pretendendo a solução administrativa para a oferta de medicamentos, agendamento de procedimento cirúrgico ou exames médicos.

Conclui-se, dessa forma, que para uma adequada política judiciária de pacificação dos conflitos em matéria de Direito à Saúde, os CEJUSCS temáticos podem estar melhor preparados ao se transformarem em um palco ideal para a solução amigável desses conflitos, apreciando que nesse cenário a Administração poderá estabelecer uma relação dialógica com os administrados com a ajuda e intervenção dos atores capacitados para tal desiderato.

³⁷⁸ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Portaria Conjunta nº 18, de 13 de maio de 2019**. Cria o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em matéria de Saúde, denominado “CEJUSC – SAÚDE”, conforme o disposto na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicada em 29 de novembro de 2010 e Resolução 015 – TJ, publicada em 24 de abril de 2019. Natal: TJRN, 2019. Disponível em: <https://atos.tjrn.jus.br/atos/detalhar/1219>. Acesso em: 10 mar. 2023.

³⁷⁹ *Ibid.* Cf. Anexo 4.

³⁸⁰ 1. CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO O Tribunal de Justiça do RN, a Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria Geral do Município, a Secretária de Saúde Pública do Estado e a Secretaria Municipal de Saúde nos conflitos de interesses que demandem prestação de serviço de saúde pública, de modo a evitar o ajuizamento de ações ou solucionar os processos já em tramitação firmam o presente Termo de Cooperação, buscando a solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou exame médico, nos limites e forma especificados abaixo (Anexo 2).

5 REQUISITOS JURÍDICOS PARA A COMPOSIÇÃO DOS LITÍGIOS DOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS

Até agora foi visto e estudado quanto o direito à saúde tem repercutido no ordenamento jurídico nacional desde que foi considerado como um direito social fundamental³⁸¹ garantido pelo Estado com o auxílio das políticas públicas³⁸². Evidencia-se que esse posicionamento adotado pelo Constituinte de 1988 foi fruto de um movimento mundial, que reconhecia a necessidade de promoção da saúde como essencial para o desenvolvimento social e econômico das sociedades modernas.

Esses reflexos sociais e econômicos percebidos pela ONU fizeram com que a OMS afirmasse que a *Saúde* é um completo estado de bem-estar físico e mental e não só a ausência de enfermidade³⁸³. Todos os governos devem estar comprometidos com a saúde dos seus povos, adotando medidas sociais adequadas para sua promoção³⁸⁴.

Em consonância com esses organismos internacionais, a promoção da saúde no Brasil passou a ser “o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo”, como alerta o Ministério da Saúde³⁸⁵. Além do mais, não se trata apenas de simples cuidados com a saúde, mas em colocá-la “na agenda de prioridades dos políticos e dirigentes em todos os níveis e setores, chamando-lhes a atenção para as consequências que suas decisões podem ocasionar no campo da saúde e a aceitarem suas responsabilidades políticas com a saúde”³⁸⁶.

Logo, o reconhecimento da saúde como um direito fundamental tratou-se de uma profunda reforma sanitária que aconteceu em todo o planeta mediante ações protagonizadas pela ONU e a OMS a partir dos movimentos denominados de *Conferências Internacionais*

³⁸¹ Constituição Federal de 1988. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Cf. BRASIL, [2020].

³⁸² Constituição Federal de 1988. “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”. Cf. *Ibid.*

³⁸³ “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades”. Cf. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 7.

³⁸⁴ “*Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas*”.

“Os governos têm uma responsabilidade pela saúde dos seus povos, que só pode ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas”. Cf. *Ibid.*, p. 8.

³⁸⁵ BRASIL, 2002a, p. 9.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 13.

sobre a Promoção da Saúde. Foram realizadas sete conferências, sendo “cinco de caráter internacional/global, respectivamente em Ottawa (1986), Adelaide (1988), Sundsvall (1991), Jacarta (1997) e México (1999), e outras duas de caráter sub-regional em Bogotá (1992) e Port of Spain (1993)”³⁸⁷, conforme dados do Ministério da Saúde.

Destarte, percebe-se que não foi um posicionamento isolado por parte do Estado brasileiro. É tendência mundial haver uma preocupação com a saúde da população. E, como afirmam Daniel Sarmento e Cláudio Neto, no plano do constitucionalismo social, a atuação do Poder Público nesse setor “passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social”³⁸⁸.

Em vista disso, é inegável a importância que a promoção da saúde ganhou no âmbito local e internacional. Atentando-se à essas questões, o primeiro passo pretendido no estudo foi contextualizar essa consagração da saúde como direito fundamental por força do artigo 6º da atual Carta Magna, bem como apresentar a estrutura administrativa que foi criada para o desenvolvimento das políticas públicas.

Frise-se que, no Brasil, a saúde deixou de ser mera proteção do trabalhador empregado e assalariado e teve seu reconhecimento como direito fundamental no final da década de 80, passando, então, a ser considerado um direito universal, integral e equânime destinado a todos os brasileiros, protegido pelo manto da fundamentalidade e tendo o Estado como principal garantidor.

A Constituição Federal de 1988, além de consagrar a saúde como um direito fundamental, ainda traçou o modo de como a política pública deveria ser desenvolvida pela União, Estados e Municípios.

Essa importância adquirida com a consagração da saúde como direito fundamental exige também novas perspectivas tanto para a concretização desse direito como para a sua interpretação. Nesse viés, a saúde, assim como todos os demais direitos sociais fundamentais, deve ser interpretada à luz do princípio da dignidade humana, porque “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”, de acordo com Ingo Sarlet³⁸⁹; e, além de estar ligada ao princípio da dignidade

³⁸⁷ BRASIL, 2002a, p. 51.

³⁸⁸ SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 66.

³⁸⁹ SARLET, 2011, p. 48.

humana, por ser um direito social, ainda é reforçada pela questão do mínimo existencial, o que, segundo o autor, se traduz nos seguintes termos:

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa³⁹⁰.

Nesse seguimento, a saúde além de ser um direito fundamental, é também um direito social vinculado à dignidade humana e ao mínimo existencial, em um patamar atrás do direito à vida. E como afirma Flávia Piovesan, constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³⁹¹.

Assim, desde a reforma sanitária mundial ocorrida no final da década de 70 até início da década 90, vários países têm se preocupado com a saúde de sua população. O que não foi diferente no estado brasileiro, que além de consagrá-la na Constituição Federal como direito fundamental, também previu uma estrutura administrativa para o desenvolvimento das políticas públicas relacionadas a esse direito. Essa estrutura administrativa para a concretização, promoção e distribuição das ações de saúde nos Estados Brasileiros, com a intervenção do Sistema Único de Saúde, foi disciplinada pela Lei nº 8080/90, com base nos princípios traçados pelo Constituinte de 1988.

Com o não cumprimento ao que ficou estabelecido nos princípios da Constituição de 1988, brotaram *falhas* ou *omissões* na prestação desses serviços que, por força de valorização do *direito do indivíduo* estão chegando até o Poder Judiciário, ocasionando o que se tem denominado de Judicialização da Saúde.

Essa judicialização tem atingido diretamente os cofres públicos, visto que as decisões judiciais estão impactando diretamente nas escolhas políticas dos gestores estatais,

³⁹⁰ SARLET, 2011, p. 50.

³⁹¹ PIOVESAN, 2013.

provocando um desequilíbrio no planejamento orçamentário dos entes administrativos que buscam diariamente cumprir com as decisões judiciais que são impostas.

Na realidade, a judicialização das políticas públicas é um fenômeno que tem se verificado constantemente em decorrência da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Judiciário na defesa dos direitos individuais e coletivos que são próprios de sua função estatal. Como observam Estefânia Barbosa e Katya Kozicki, “o que se verifica é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos”³⁹². Por conseguinte, essa interferência do Judiciário desloca a decisão majoritária, aquela tomada em sede dos poderes eleitos para as decisões contra majoritárias, aquelas tomadas pelo Poder Judiciário que não foi eleito pelo voto de seus representantes.

A judicialização é uma atividade própria do Judiciário; a interferência na política através da judicialização, não, pois o Judiciário “não é órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo e, portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões”³⁹³, como alertam Estefânia Barbosa e Katya Kozicki. E, embora reconheçam “a legitimidade democrática do judicial review”, arrematam as autoras que “que não se desconhecem as críticas que vêm sendo feitas a esse instituto”³⁹⁴.

Desta forma, na primeira e na segunda parte da pesquisa os objetivos implementados foram no sentido de compreender a importância que ganhou o direito à saúde no ordenamento jurídico nacional, bem como, a partir dessa relevância, compreender como a busca pela efetivação desse direito por meio do Judiciário tem ocasionado sérios impactos no planejamento do administrador público. Essa atuação judicial nas políticas públicas tem sido reconhecida com o nome de ativismo judicial, porém, como lecionam Estefânia Barbosa e Katya Kozicki, a questão não é quanto uma Corte é ocupada pela judicialização das políticas “mas quanto seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito”³⁹⁵. Estariam os juízes legitimados a atuarem da maneira como o estão fazendo nas políticas públicas de saúde? Duas importantes questões se colocam, segundo as autoras: “Teriam competência para elaborar novo direito, pois não foram eleitos pelo povo”³⁹⁶ Se sim, “quais seriam os critérios para definir que o desenvolvimento seria o adequado”³⁹⁷.

³⁹² BARBOSA; KOZICKI, 2012, p. 65.

³⁹³ *Ibid.*, p. 64.

³⁹⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 65.

³⁹⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

³⁹⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

A terceira parte do estudo foi destinada a apresentar a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, implantada pelo CNJ em 2010 mediante a Resolução nº 125 e que, posteriormente, foi ratificada e reforçada pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação, ambos de 2015. O objetivo nessa parte da pesquisa foi apresentar como as vias alternativas de solução dos conflitos, tais a conciliação e a mediação, podem ajudar a atenuar os impactos dessa judicialização da saúde no território nacional.

Nesse ponto do trabalho foi demonstrado como o acesso à justiça não mais pode ser considerado apenas sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, do direito de ingressar com petições junto aos órgãos jurisdicionais solicitando alguma providência. Como alerta Kazuo Watanabe, “deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa”³⁹⁸.

É preciso entender que hoje existem múltiplas portas de acesso à justiça, sendo a jurisdição a última razão de ser. De acordo com Roberto Bacellar,

[...] há agora um permanente estímulo ao meio autocompositivo (a decisão é das partes – que aceitam ou encontram por elas mesmas as soluções para o caso). O Código de Processo Civil de 2015 torna realidade, no Brasil, a oferta de múltiplas portas de resolução dos conflitos aos cidadãos³⁹⁹.

Portanto, como analisar a política de conciliação sob o viés da judicialização da saúde? Esse é o principal objetivo do trabalho, pois já se compreendeu que a saúde é um direito fundamental, que a sua concretização e efetivação tem provocado um ativismo judicial jamais visto em matéria de concretização das normas constitucionais, e que isso tem provocado uma verdadeira enxurrada de processos judiciais nos últimos anos. Mas, afinal, como se pode usar a conciliação nesses processos judiciais de saúde? Essa pergunta começa a ser respondida a partir desse momento, após a abordagem dessas questões iniciais que são essenciais para que se possa fundamentar a última parte da pesquisa, qual seja: a possibilidade de ocorrer pactuação judicial pela administração pública mesmo que os componentes solicitados nas ações judiciais não estejam previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

³⁹⁸ WATANABE, 2020, p. 134.

³⁹⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº125/2010**. São Paulo: IPAM, 2020. p. 205-223. p. 217.

Todo o estudo desenvolvido até aqui teve como meta a criação de um cenário favorável à solução de conflitos que envolvem a judicialização da saúde pública em face da recusa administrativa quando os componentes não estão nos PCDTs.

Sabe-se que a possibilidade de acordos na esfera da administração pública é algo que já acontece, e até tem sido utilizada por alguns órgãos administrativos⁴⁰⁰, porém, em matéria de saúde pública, amiúde os gestores públicos alegam que os pactos judiciais só podem ser formalizados quando os fármacos ou procedimentos estão previstos nos PCDTs. Isso significa dizer que o acordo só existe se a administração agiu com omissão ou com negligência na prestação do serviço, porque havia a previsão legal para sua atuação. Entretanto, ao não o fazer, incorre em descumprimento do dever legal e por isso estaria autorizada a celebrar o acordo.

Desta forma, nos processos de saúde os acordos somente são formalizados se estiverem dentro do permissivo que foi incorporado para dispensação da política pública de saúde, seja farmacológica ou procedimental.

Submeter-se a um processo jurisdicional, muitas vezes custoso e agressivo, considerando a possibilidade de bloqueio das contas públicas, quando a própria Administração poderia conduzir a demanda dentro de sua competência, pactuando os exatos termos de seu cumprimento, parece algo mais razoável.

As vias conciliativas podem permitir a redução dos custos de uma demanda, além de diminuir o tempo de solução dos conflitos, conforme bem analisam José Tóffoli e Livia Peres nos seguintes termos:

A possibilidade de os agentes sociais pessoas físicas e jurídicas, de natureza pública ou privada) buscarem a solução de conflitos pela via do diálogo não somente evita que a contenda se protraia no tempo, mas também previne a mobilização do aparato judicial (com todos os custos envolvidos, para o jurisdicionado e para a justiça), ficando, sempre, resguardada a possibilidade de acionamento dos órgãos judiciais no caso de insucesso das tratativas⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ “Vale ressaltar que as câmaras de mediação e conciliação no âmbito da administração pública, agora positivadas na legislação ordinária (art.174 do CPC – 2015), tiveram inspiração na já mencionada Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), criada por meio do Ato Regimento nº 5, de 27 de setembro de 2007, e da Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007. [...] Vê-se, portanto, expansão da consensualidade em medidas dos Poderes Executivo e Legislativo, linha evolutiva que segue no Judiciário, sob a coordenação do CNJ. Nesse contexto está superado o entendimento de que os meios consensuais estariam mais afetos a processos de pequeno valor econômico”. Cf. TOFFOLI; PERES, 2020, p. 21.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 19.

O excesso de judicialização não é algo positivo, como alerta Clênio Schulze e João Gebran Neto, “pois demonstra (1) que o serviço público de saúde – ou suplementar – não é prestado adequadamente e por isso o direito somente pode ser conquistado na via judicial e/ou (2) porque há abuso do cidadão na busca por um direito que não existe”⁴⁰².

Assim, para finalizar o presente estudo, objetiva-se construir um sistema de requisitos jurídicos que possam auxiliar o administrador público na solução adequada dos conflitos em saúde pública, mesmo quando os componentes não estejam previstos pela política pública, no desiderato de evitar as consequências de uma sentença condenatória.

Para os fins dessa pretensão, estabelecer-se-ão critérios objetivos para que os acordos possam ser formalizados, revisitando o princípio da legalidade e buscando atenuar os efeitos dos bloqueios aos cofres públicos. O objetivando principal é traçar um caminho mais salutar para as contas públicas no tratamento da questão da judicialização da saúde.

5.1 CONTEXTUALIZANDO A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS EM PROCESSOS DE SAÚDE

De acordo com os dados do CNJ relativos ao ano de 2018, cerca de 40% do acervo total do Judiciário referia-se a execuções fiscais, sendo muitas dessas ações, nas lições de José Toffoli e Livia Perez, “instauradas pela Fazenda Pública de forma mecanizada e desagregada de uma análise sobre a efetividade do instrumento para a recuperação creditícia”⁴⁰³, fazendo com que “o Estado-administração assumira papel de destaque nos atuais índices de judicialização”⁴⁰⁴.

Analisando-se os dados do CNJ no Painel *Justiça em Números* do ano de 2022, ou seja, quatro anos após o estudo acima citado, verifica-se que a litigância do Poder Público ainda não tem encontrado retração. Ao revés, atualmente, os litigantes com mais processos em tramitação são os setores da Administração Pública e da Defesa, da Seguridade Social, seguidos pelo setor das atividades financeiras e de seguros⁴⁰⁵, conforme o relatório do CNJ.

Ainda conforme os dados do *Justiça em Números* de 2022, a Administração Pública encontra-se no ranking do “Painel de Grandes Litigantes”⁴⁰⁶, o que demonstra a sua responsabilidade nos altos índices de judicialização do país. Note-se que embora esse Painel

⁴⁰² SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 45.

⁴⁰³ TOFFOLI; PERES, 2020, p. 17.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁰⁵ BRASIL, 2022c.

⁴⁰⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Grandes litigantes**. Brasília, DF: CNJ, 2023g. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>. Acesso em: 8 nov. 2023.

seja uma nova ferramenta implantada em agosto de 2022 e ainda em fase de homologação, é possível perceber a responsabilidade administrativa no tocante ao uso em geral desordenado da jurisdição, como já alertado por José Toffoli e Livia Perez⁴⁰⁷.

O painel dos grandes litigantes terá como objetivo “identificar os maiores litigantes da Justiça e subsidiar eventuais políticas judiciárias voltadas à redução da litigiosidade”⁴⁰⁸, afirma o CNJ. Ademais, os dados que foram coletados até agora “se referem aos tribunais de justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e do Distrito Federal (TJDFT), dos Tribunais Regionais Federais da 2ª Região (TRF2) e da 4ª Região (TRF4); e aos tribunais do Trabalho da 12ª (TRT12) e da 22 (TRT22)”⁴⁰⁹, finaliza o Conselho Nacional de Justiça.

Conclui-se, portanto, que apesar de serem dados parciais, relativos apenas a uma parcela dos meses do ano de 2022, e que só contam com o apurado de cinco tribunais do país, os percentuais são assustadores, revelando que a Administração Pública, nos polos passivo e ativo, permanece com cerca de 40% de todo o acervo de processos do Judiciário nacional⁴¹⁰, percentual esse que se mantém, aliás, desde 2018, conforme demonstrado por José Toffoli e Livia Perez⁴¹¹.

Portanto, sendo a Administração Pública um dos maiores litigantes do país e existindo uma política nacional de pacificação dos conflitos, é evidente que muitas vezes se foram levantando ao longo dessas duas décadas em defesa da possibilidade de pactuação entre a Administração Pública e os particulares. A argumentação do administrador público de que o princípio da legalidade e o interesse público os impedem de agir na construção de uma administração dialógica vai de encontro aos ideais do Estado Democrático de Direito e da garantia dos direitos fundamentais.

Para se compreender um pouco dessa resistência administrativa aos acordos, destacam-se aqui as chamadas prerrogativas processuais, compostas por uma série de vantagens que acompanham os entes públicos quando estão em juízo, justamente fruto do interesse público que defendem. Como afirma José Roberto Moraes, “quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas

⁴⁰⁷ TOFFOLI; PERES, 2020.

⁴⁰⁸ BRASIL, 2022c, p. 32.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁴¹⁰ BRASIL, 2022c.

⁴¹¹ Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relativos ao ano de 2018 revelam que cerca de 40% do acervo total do Judiciário se refere às execuções fiscais, muitas delas instauradas pela Fazenda Pública de forma mecanizada e desagregada de uma análise sobre a efetividade do instrumento para a recuperação creditícia. Não é incomum que o próprio poder público provoque a administração judiciária para a satisfação de crédito em valor inferior ao custo do processo. As ações previdenciárias, por seu, turno, perfazem 10% do estoque relativo a 2018, algo em torno de 8 milhões de processos. *Cf.* TOFFOLI; PERES, *op. cit.*, p. 17.

públicas que pode fazer face às despesas que não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É de toda a sociedade que contribuiu para isso”⁴¹².

Desta forma, essas prerrogativas processuais sempre tiveram como pretensão sustentáculo o interesse público que acompanha o Erário, o qual não pertence ao gestor público, mas sim a toda a sociedade que de alguma maneira contribuiu para a arrecadação e manutenção dos bens públicos. Ademais, conforme afirma Leonardo Cunha, “além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa”⁴¹³.

Assim, o princípio da legalidade, o interesse público e a burocracia administrativa são alguns dos motivos utilizados para afastar o cidadão do palco das decisões administrativas. Como observa Fernanda Bourges, “paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a atividade administrativa é diária e próxima do indivíduo, é, quiçá, a mais distante deste em termos de abertura à participação e à colaboração”⁴¹⁴.

Esse distanciamento entre o cidadão e a Administração Pública se manteve durante muitos anos, entretanto, não mais se justifica haja vista os princípios inseridos nos Estados Democráticos de Direito, onde todo o poder emana do povo, onde o povo deve e pode participar. São percucientes, nesse sentido, as lições de Fernanda Bourges, quando defende uma Administração participativa e colaborativa:

O exercício da função administrativa no Estado Democrático de Direito, compatível com a concepção de boa administração e consagrador do direito à tutela administrativa direta e imediata, requer a adoção de instrumentos administrativos aptos ao diálogo e à deliberação consensual com a coletividade de modo a viabilizar uma atuação administrativa participativa e colaborativa, que espelhe os interesses e direitos da coletividade⁴¹⁵.

Esse cenário, de fato, começou a mudar a partir da Constituição Federal de 1988, quando o poder constituinte, adotando vários princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito e garantidores dos direitos fundamentais, deu ensejo a que questões de menor complexidade pudessem encontrar caminhos alternativos que as solucionassem.

Veja-se que a Constituição de 1988, além de garantir o acesso à justiça, através da consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) como um

⁴¹² MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69.

⁴¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 35.

⁴¹⁴ BOURGES, 2021, p. 33.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 84.

direito fundamental, preocupou-se também com as causas de menor complexidade e/ou de baixo valor econômico, disciplinando, em seu artigo 98, inciso I, a criação de Juizados Especiais, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Esse foi um marco jurídico importante a dar início aos chamados sistemas multiportas de acesso à justiça.

Em 1995, adveio a Lei nº 9.099 para disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais previstos pela Carta Magna⁴¹⁶. Em 2001, a Lei 10.259 dispôs sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal⁴¹⁷. E, em 22 de dezembro de 2009, a Lei 12.153 foi sancionada para disciplinar a competência do processamento e julgamento das causas de pequeno valor na esfera da Fazenda Pública Estadual⁴¹⁸.

Tanto a Lei dos Juizados Especiais Federais⁴¹⁹ como a Lei dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública⁴²⁰ trouxeram em seus textos a possibilidade de conciliação com a Fazenda Pública. Verifica-se que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 existe um movimento de desburocratização das relações entre Administradores e Administrados. É o que Barack Obama denominou de “governo aberto” em sua proposta de administração governamental, comprometendo-se a fortalecer a democracia com a abertura do governo, permitindo uma melhor participação dos cidadãos ao promover uma ação governamental desenvolvida no interesse de todos e não apenas de alguns privilegiados. Um governo aberto é aquele que dialoga com os seus cidadãos e por este motivo não é à toa que as leis dos Juizados trouxeram em seu texto a possibilidade de conciliação, inclusive com a Fazenda Pública⁴²¹.

⁴¹⁶ BRASIL, 1995.

⁴¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

⁴¹⁸ BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

⁴¹⁹ “Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários-mínimos, bem como executar as suas sentenças”. Cf. BRASIL, 2001.

⁴²⁰ “Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos”. Cf. BRASIL, 2009.

⁴²¹ “*Openness makes our democracy stronger in several ways. Where citizens can observe the workings of government, they become more invested in what government does. Government openness empowers citizens as well, as they are more able to express their views about policy decisions that affect them. Openness makes democracy stronger also by encouraging government officials to perform better, for where government is more open, they are more likely to be held accountable for their decisions, both good and bad. Similarly, a more open government makes it easier for the media and watchdog groups to expose, and therefore deter, improper or otherwise undesirable influences on policymakers. In short, openness enhances democracy by*

Em 2010, após a edição das Leis dos Juizados Especiais, Cíveis e Fazendário, foi instalada no país a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, implantada pelo CNJ com objetivo de “consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”⁴²², bem como reconhecendo que

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças⁴²³.

Conforme se verifica nas considerações iniciais da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ.

Posteriormente, em 2015, a política nacional de tratamento adequado dos conflitos foi ratificada tanto pelo Código de Processo Civil como pela Lei de Mediação, o que fortaleceu no país a aplicação dos métodos autocompositivos na solução dos conflitos. Como observa Amorim, “desde a Resolução nº 125/2010, do CNJ, a mediação vem ganhando força no Brasil, mormente quando adotada expressamente pelo CPC-2015 e com o advento da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015)”⁴²⁴.

giving citizens a greater voice in what government does, and promoting government action that advances the interests of all, not just a privileged few”.

“A abertura fortalece a nossa democracia de várias maneiras. Onde os cidadãos podem observar o funcionamento do governo, eles investem mais naquilo que o governo faz. Governo a abertura também capacita os cidadãos, pois eles são mais capazes de expressar as suas opiniões sobre políticas decisões que os afetam. A abertura fortalece a democracia também ao encorajar funcionários do governo tenham um melhor desempenho, pois onde o governo é mais aberto, é mais provável que eles ser responsabilizados pelas suas decisões, tanto boas como más. Da mesma forma, uma abordagem mais aberta o governo torna mais fácil para a mídia e grupos de vigilância exporem e, portanto, dissuadirem, influências impróprias ou de outra forma indesejáveis sobre os formuladores de políticas. Em suma, a abertura aumenta democracia, dando aos cidadãos uma maior voz no que o governo faz e promovendo ação governamental que promova os interesses de todos, não apenas de alguns privilegiados”. Cf. OBAMA, Barack. **The Obama administration’s commitment to open government: a status report**. Washington, DC: The White House, 2011. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022. p. 4.

⁴²² “CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”. Cf. BRASIL, 2010e, p. 1.

⁴²³ “CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”. Cf. *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴²⁴ AMORIM, 2020, p. 156.

O CPC já no início de suas disposições informa que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º). Além disso, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º). Se a petição inicial for recebida, não sendo caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação (art. 334), que somente não será realizada se “ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (art. 334, § 4º, inciso I)⁴²⁵.

O marco legal da mediação no Brasil foi a edição da Lei nº 13.140/2015, denominada de *Lei da Mediação*. Esse diploma legal em seu segundo capítulo dedica-se a disciplinar a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público afirmando que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública” (art.32), cuja competência poderá dirimir conflitos entre si dos órgãos administrativos, dos particulares em relação às pessoas de direito público e, ainda, promover a celebração de ajustamento de conduta (Incisos I, II e III do art. 32)⁴²⁶.

De acordo com o marco legal da mediação, a conciliação é um poderoso instrumento que deve provocar ou, no mínimo, estimular a mudança de mentalidade do administrador público. Como bem observam Paulo Fagúndez e Juliana Goulart, trata-se de uma efetiva “promessa para a superação da hiper litigiosidade e tem como objetivo uma mudança de comportamento e reforma do sistema judicial”⁴²⁷, não devendo mais o administrador público se recusar a participar do diálogo com os seus cidadãos.

Nesse cenário legislativo que se iniciou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, os administradores públicos aos poucos foram compreendendo que existe espaço para a composição dos litígios, mesmo quando se trata da defesa do Erário. É um ambiente que cresce a cada dia, e do qual a Administração tem de fazer parte. Aliás, setor algum pode deixar de participar, como alerta Adriana Orsini:

⁴²⁵ BRASIL, 2015a.

⁴²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

⁴²⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro Goulart. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1575/2035>. Acesso em: 18 mar. 2023. p. 151.

Assim, para que esses mecanismos ganhem aceitação da sociedade brasileira, está na hora de grandes estrategistas da divulgação conceberem e colocarem em execução um grande projeto de formação de nova mentalidade e de incentivo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos, tanto no plano judicial como na esfera extrajudicial, divulgando as grandes e inegáveis vantagens das soluções amigáveis. Da execução desse grande projeto, deverá participar a sociedade civil e o Poder Público, com o envolvimento de todos os seus segmentos, não somente os da área jurídica quanto também das demais áreas, em especial a educacional, bem como todos os setores mais importantes, como indústria, comércio, serviços, instituições bancárias e financeiras, instituições de ensino, além de toda a mídia, desde a escrita, a falada, a televisionada, até a digital⁴²⁸.

Urge que os gestores públicos compreendam a importância da política nacional de tratamento adequado dos conflitos, implantada no país desde 2010, sendo essencial que façam parte desse novo cenário. Como alertam José Toffoli e Livia Perez, o contexto normativo vigente não acolhe argumentação isolada, fundada “em interesse patrimonial da Administração para alijamento dos métodos consensuais nos litígios em que o poder público figura como parte”⁴²⁹.

Desse modo, a Administração Pública não pode se recusar a fazer parte da política judiciária de tratamento cuja adequação dos conflitos foi implantada pelo CNJ em 2010, fortalecida posteriormente pelo CPC e demais legislações correlatas, tal como a Lei de Mediação e Arbitragem, que colocam o gestor público como participante ativo dessa política.

Compete esclarecer, no entanto, que a presente pesquisa tem como finalidade justificar a possibilidade de pactuação/acordo com medicamentos e procedimentos que não estão incluídos nos protocolos do SUS, ou, como são cientificamente denominados, componentes não-padronizados. Diante do ineditismo do tema e de suas delicadas nuances, o foco do estudo será voltado para as conciliações e mediações com base no CPC, onde se tem a homologação judicial propiciadora de certa segurança jurídica ao administrador público.

O corte epistemológico que se faz a partir de agora é precisamente nesse aspecto, porque embora existam inúmeras possibilidades onde a Administração Pública poderá atuar de forma dialógica com os seus administrados, o foco do estudo é a possibilidade de conciliação e mediação previstas pelo Código de Processo Civil. Com efeito, o objetivo primordial é analisar por qual razão não se podem realizar acordos judiciais quando as partes pleiteiam procedimentos e ou medicamentos não-padronizados. A intenção é tentar

⁴²⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Integração dos ramos da Justiça na construção da política pública. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 119-137. p. 13.

⁴²⁹ TOFFOLI; PERES, 2020, p. 29.

desmistificar esse apego exacerbado ao princípio da legalidade e do interesse público, que ignora todas as consequências maléficas que podem advir com uma sentença condenatória.

Desta forma, passa-se a examinar os aspectos mais relevantes que envolvem o tema, abordando como os processos de saúde estão sendo tratados no que se refere à pacificação dos conflitos de interesse e as tratativas da Administração Pública para reduzir ou atenuar os efeitos da judicialização da saúde.

5.1.1 A conciliação e a mediação nos processos que envolvem os componentes padronizados

Conforme já estudado, o FONAJS é um fórum nacional criado pela Resolução nº 107/2010 do CNJ, a partir da realização da Audiência Pública nº 04, com o objetivo de monitorar as demandas da saúde.

Atualmente, referido fórum está à frente de várias ações que visam a contribuir com a melhoria da prestação jurisdicional em matéria de saúde, seja pública ou suplementar. Entre suas atribuições está a proposição “de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário”⁴³⁰.

Para auxiliar na execução das ações desenvolvidas pelo FONAJS, foram criados os Comitês Estaduais da Saúde, que são organizações criadas nos Estados federados para executarem as orientações e diretrizes traçadas pelo FONAJS.

A partir daí, os tribunais estaduais e federais foram instados a criar suas representações estaduais, para que assim pudessem agir de forma uniforme em todo o território nacional no tocante à judicialização da saúde, adaptando-se as iniciativas à realidade de cada território.

Assim é que cada Estado da Federação tem o seu próprio Comitê Estadual da Saúde, os quais foram regulamentados em setembro de 2016, quando o CNJ, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, editou a Resolução nº 238, que dispõe sobre a criação e manutenção dos Comitês Estaduais de Saúde pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais⁴³¹. Em abril de 2021 foi publicada a Resolução nº 388⁴³² do CNJ, que promoveu a

⁴³⁰ “Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional: I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; **IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário**; V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional”. Cf. BRASIL, 2010d.

⁴³¹ BRASIL, 2016.

reestruturação dos Comitês Estaduais, definindo a sua composição, seu funcionamento e suas atribuições⁴³³, dentre as quais a de monitorar as ações judiciais que envolvam os sistemas de saúde pública e suplementar, propondo medidas que possam otimizar rotinas processuais, além de atuar na prevenção de conflitos judiciais, definindo estratégias em matérias de direito sanitário.

Para tanto, os Comitês Estaduais de Saúde buscam desenvolver um diálogo interinstitucional entre a Administração Pública e o Judiciário, seguindo as orientações do FONAJUS. É uma união de forças com o objetivo de monitorar, controlar e até reduzir os impactos da judicialização da saúde, eliminando obstáculos para a concretização de direitos e equalizando as necessidades do cidadão diante da escassez dos recursos públicos.

De acordo com Clênio Schulze e João Gebran Neto, “a atuação do Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania”⁴³⁴. Avalie-se ainda, que segundo referido autor, entre as primeiras iniciativas do fórum com os Comitês Estaduais objetivando reduzir a judicialização esteve a promoção dos mutirões de conciliação, que começaram a ocorrer por volta do ano de 2012⁴³⁵. Nesses mutirões se escolhiam processos específicos ou com pedidos idênticos, que eram levados à tentativa de acordo entre as partes, e, “na hipótese de insucesso da conciliação, o juiz já está habilitado a proferir decisão liminar ou definitiva na própria audiência”⁴³⁶.

Após os primeiros mutirões de conciliação foram criadas as Câmaras de Conciliação, cujo objetivo era promover a desjudicialização, inclusive com a possibilidade de acordos pré-processuais. O Estado da Bahia, de forma pioneira, instalou a primeira câmara de conciliação cujo escopo era “a redução do ajuizamento de ações que pleiteiam medicamentos aos pacientes portadores de doenças crônicas que residem em Salvador, desde que o insumo conste na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”⁴³⁷, conforme ressaltam Cavalcante e Andrade. Destaque-se que já em sua criação as câmaras tinham como objetivo pactuarem medicamentos constantes da RENAME, ou seja, que estivessem padronizados para

⁴³² BRASIL, 2021b.

⁴³³ *Ibid.*

⁴³⁴ SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 83.

⁴³⁵ O primeiro mutirão de conciliação com processos de saúde que aconteceu no Estado do Rio Grande do Norte foi no ano de 2012, durante a realização da semana nacional de conciliação.

⁴³⁶ SCHULZE; GEBRAN NETO, *op. cit.*, p. 86.

⁴³⁷ CAVALCANTE, Laila Soares; ANDRADE, Tássia dos Anjos. A instituição da câmara de conciliação de saúde como medida de redução à judicialização e efetivação do acesso à justiça. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 6, n. 471-478, 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1105>. Acesso em: 2 nov. 2022.

a dispensação. Então, desde o nascedouro que a conciliação traz em seu bojo a previsão legislativa para a sua formalização.

Atento a essa possibilidade de abertura para a política nacional de conciliação, o FONAJSUS foi gradativamente estimulando a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos especializados em matéria de saúde. Vários tribunais brasileiros, assim da Justiça Estadual como da Justiça Federal, já implantaram os CEJUSCs Saúde, sigla pela qual hoje são conhecidos os tais Centros de Solução de Conflitos.

Não é algo estranho e tão novo o palco dialógico que se está montando em torno dos processos de saúde. O grande problema é com relação aos acordos, os quais não estão sendo efetivados, muitos porque a maioria dos pedidos refere-se a componentes não padronizados.

Tome-se como base a experiência do CEJUSC Saúde do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que foi criado a partir de uma Câmara de Conciliação após uma exitosa semana nacional de conciliação.

De acordo com o levantamento dos dados, seguindo as orientações do FONAJSUS, inicialmente foi realizado no ano de 2012 um mutirão de conciliação, onde foram levados para a Semana Nacional de Conciliação mais de 170 processos, dos quais quase 150 foram conciliados⁴³⁸. Esses acordos evitaram o prolongamento das ações judiciais que estavam em curso e ocasionaram a entrega às partes interessadas de um termo de ajuste judicial já homologado, e com força de título executivo judicial. Esse procedimento permitiu à parte demandante a possibilidade de uma futura execução judicial, caso o acordo fosse descumprido pela Administração Pública.

A partir do êxito na participação dessa Semana Nacional da Conciliação em 2012, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte criou uma Câmara de Conciliação denominada *TJ Saúde*, cujo objetivo era a conciliação de processos judiciais que estavam em tramitação no Estado ou no Município de Natal.

A Câmara funcionou até o ano de 2021⁴³⁹, quando foi transformada em Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania com matéria específica em saúde, denominado “Cejusc Saúde”⁴⁴⁰. Vale frisar que tanto a Câmara de Conciliação como o CEJUSC foram criados a partir de um Termo de Cooperação firmado entre Poder Judiciário, Estado do Rio Grande do Norte e Município de Natal. Portanto, diante das orientações do CNJ, através do FONAJSUS, o Estado do Rio Grande do Norte criou um CEJUSC específico para conciliar os

⁴³⁸ Dados obtidos junto a Secretaria do Cejusc Saúde da Cidade de Natal. Cf. (Anexo 1).

⁴³⁹ Termo de Cooperação nº 10/2017 e 1º Termo Aditivo ao Termo de Cooperação (Anexos 2 e 3).

⁴⁴⁰ 1º Termo Aditivo ao Termo de Cooperação nº n.10/2017 (Anexo 3).

processos de saúde. Desta forma, o Poder Judiciário potiguar seguiu o fluxo de desenvolvimento das atividades que foram planejadas pelo FONAJUS.

O que se observa no tocante às ações desenvolvidas pelos entes participantes das audiências de conciliação e mediação, todavia, é que tanto o Estado do Rio Grande do Norte como o Município de Natal, durante as sessões conciliatórias realizados no CEJUSC Saúde da Comarca de Natal, não formalizam os acordos sob a justificativa que o fármaco ou o procedimento não estão padronizados no Sistema Único de Saúde, o que violaria o princípio da legalidade administrativa. Entenda-se padronização como incorporação do produto ou do procedimento na dispensação obrigatória do Sistema Público de Saúde.

Aduz a Administração Pública, por meio de seus representantes legais, que não poderia realizar acordos fora do que está incorporado na lei porque incorreriam em improbidade administrativa, considerando que violariam o princípio da legalidade. Por uma perspectiva distorcida e enviesada, usam da legalidade administrativa de forma a dificultar a resolução do conflito, potencializando as consequências de uma decisão judicial contrária ao Poder Público.

Forçoso é concluir, pois, que os acordos em matéria de processos de saúde não estão acontecendo, mesmo existindo vários Centros Judiciários de Solução de Conflitos criados pelos tribunais brasileiros especializados em processos de saúde, sob a justificativa legalista e formal de que os pedidos não fazem parte dos componentes padronizados, e, não estando incluídos na política pública do SUS, não podem ser pactuados. Os administradores alegam que formalizar um acordo nesse sentido macularia o princípio da legalidade, restando aos requerentes apenas aguardar por uma sentença judicial condenatória que lhes favorecesse.

Surge, assim, um impasse jurídico, e, diante desse quadro, restam algumas indagações, a saber: estaria o princípio da legalidade acima da política nacional de conciliação? Poderia o interesse público se coadunar com a possibilidade do diálogo com a Administração Pública? Seria a sentença judicial condenatória a melhor solução para a Administração Pública e para os jurisdicionados? Essas são algumas das questões que se colocam diante da recusa administrativa para tratar adequadamente os conflitos. É sobre isso que tratam os próximos tópicos.

5.1.2 Os entraves jurídicos opostos pela administração para os componentes não-padronizados

Conforme já estudado, atualmente a pacificação dos conflitos de interesses pela Administração Pública graças ao diálogo com os administrados é uma realidade bem possível,

considerando os arcabouços legislativo e jurisprudencial criados no ordenamento jurídico nacional desde a Constituição Federal de 1988.

Ocorre que quando se trata de demandas judiciais da saúde, o administrador público tem certa resistência ao diálogo, pois os pedidos envolvem componentes não padronizados, sejam esses farmacológicos ou procedimentais. Entre os principais obstáculos alegados para que não haja a formalização de um acordo estão: a) o princípio da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público; b) a ausência de padronização do componente, o que o retira da política pública; c) possibilidade de incorrer em improbidade administrativa por não observância do princípio da legalidade e d) a ausência de competência do gestor por si só para incluir o componente, o que deve ser feito por órgão especializado.

Nesse tópico, analisar-se-ão referidos argumentos jurídicos que são postos pela Administração Pública para a não formalização de acordo com os casos em que figuram requerimentos de componentes não inclusos na política pública de saúde. Essa análise inicial será feita estritamente sob o ponto de vista doutrinário de cada obstáculo, sem maiores reflexões e no sentido de contrapô-los ao objeto da pesquisa. Sendo, assim, passa-se a pontuar cada um desses óbices que foram elencados nos termos que se transcrevem linhas abaixo.

Inicialmente, vale frisar que todos esses entraves citados, os quais permeiam o imaginário do administrador público, perpassam por uma questão fundamental: o respeito irrestrito ao princípio da legalidade administrativa e da soberania do interesse público. É, então, extremamente necessário compreender o que a doutrina fala sobre legalidade e soberania do interesse público.

De acordo com o princípio da legalidade, “a Administração só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”⁴⁴¹, afirma Maria Sylvia Di Pietro. Já o princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, traduz-se por ser aquele princípio que está vinculado aos “interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja” nas lições de Mello. Ainda, segundo o autor, esses bens e interesses não estão à livre disposição do administrador, como se mostra a seguir:

⁴⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 92.

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela. Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei⁴⁴².

Porém, não só a legalidade e a supremacia do interesse público são princípios que norteiam a atividade administrativa. De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”⁴⁴³. Esses princípios permitem “à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração”⁴⁴⁴ alerta Maria Sylvia Di Pietro.

De fato, não se pode negar que a legalidade administrativa é um princípio por excelência na condução da atividade administrativa, pois é através desse princípio que tanto o administrado pode se proteger da tirania governamental como o administrador se vê obrigado a agir conforme a permissão legal. “Essa supremacia se justifica em razão do princípio democrático, uma vez que se trata de ato jurídico resultante de processo legislativo no qual a palavra final cabe ao Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo”⁴⁴⁵, como observa Vladimir França.

Além disto, “a legitimidade da lei reside na identidade de quem a emite. Ela deve ser emitida porque tenha sido eleito democraticamente pelo povo, por meio de eleições realizadas por meio do voto livre, igual, secreto, direto e periódico”⁴⁴⁶, consoante afirma de Vladimir França. O que faz crer que quanto mais o povo se vê representado, melhor será o respeito aos ditames legais.

É o princípio da legalidade que garante e estabelece os limites da atuação administrativa dos direitos fundamentais, pois “a atuação administrativa somente é válida (ou lícita, ou ambos), justa e legítima caso se observe as garantias fundamentais do administrado

⁴⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 77.

⁴⁴³ BRASIL, [2020].

⁴⁴⁴ DI PIETRO, 2019, p. 92.

⁴⁴⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Crise da Legalidade e Jurisdição Constitucional. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha. **O princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-administração aos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2023. p. 130.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 129.

oponíveis contra o Estado-administração”⁴⁴⁷, segundo Vladimir França. Na perspectiva deste autor, os direitos fundamentais são garantidos porque há previsão constitucional para sua concretização. Pode-se então concluir que o princípio da legalidade “nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”⁴⁴⁸, como bem observado por Maria Sylvia Di Pietro.

No tocante à supremacia do interesse público, essa deve ser compreendida como o princípio que vincula tanto o legislador como o administrador, no sentido de que o individualismo não pode se sobrepor ao interesse da coletividade. Público é o interesse que pertence a todos os indivíduos e não só a uma categoria ou grupo. “É o princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões”⁴⁴⁹, como analisa Maria Sylvia Di Pietro.

Afirma-se que tanto a legalidade como a supremacia do interesse público devem nortear a atividade administrativa, pois garante segurança jurídica para os administrados, permite a legitimidade dos atos praticados pelo Administrador Público e trata de concretizar interesses coletivos que foram materializados em legislações fruto da soberania popular. Não se está aqui retirando a importância de referidos princípios; eles precisam de um olhar atualizado, de acordo com as atuais exigências sociais em consonância com os demais princípios inseridos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Também já foi aqui narrado que no Brasil existe uma política pública desenvolvida pela União, em colaboração e parceria com os Estados e os Municípios brasileiros para que o direito à saúde seja concretizado nos termos que foi consagrado pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988⁴⁵⁰ e ratificado pelo art. 2º, § 1º da Lei nº. 8080/90⁴⁵¹.

De acordo com a legislação em vigor, essa política de saúde pública é desenvolvida pelo SUS por uma complexa rede de atendimento, com descentralização administrativa de competências entre União, Estados e Municípios. A União apresenta-se mais como uma entidade arrecadadora, enquanto Estados e Municípios entidades executoras.

⁴⁴⁷ FRANÇA, 2023, p. 123.

⁴⁴⁸ DI PIETRO, 2019, p. 92.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ “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”. Cf. BRASIL, [2020].

⁴⁵¹ “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem **acesso universal e igualitário** às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Cf. BRASIL, 1990, grifo nosso.

Essa estrutura criada para desenvolver a política pública de saúde é feita pela incorporação das tecnologias em saúde, comumente conhecidas como “Protocolos do SUS” ou mais precisamente “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)”, o que, consoante Fernanda Rodrigues e outros autores, “são instrumentos-chave para a definição das linhas de cuidados para as doenças contempladas no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), norteando a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, para todas as doenças no âmbito do CEAF⁴⁵².”

Os protocolos orientam a Administração Pública nas escolhas do que se deve oferecer aos usuários, preservando os princípios da universalidade e da igualdade (artigo 2º, §1º) conforme preconizados pela Lei 8080/90⁴⁵³. Para a sustentabilidade do sistema é necessário que as incorporações das tecnologias em saúde sejam racionais, haja vista que as necessidades são muitas e os recursos são finitos. Consequentemente, é extremamente forçoso saber o quê e como escolher para que possa ser disponibilizado, haja vista que uma vez escolhido precisa ser distribuído de forma universal, equânime e igualitariamente a todos os usuários do sistema.

É importante deixar claro que em matéria de saúde pública as escolhas se baseiam nos princípios da universalidade e da igualdade⁴⁵⁴ inseridos na Lei 8080/90. Todos os procedimentos médicos e terapêuticos oferecidos pelo Sistema Público de Saúde devem estar acessíveis de forma universal (para todos) e igualitária (do mesmo modo) aos seus usuários. Desta forma, quando se escolhe o que oferecer à população usuária do SUS, essa oferta deve ser possível e viável dentro do orçamento público e da demanda que é gerada com aquela despesa orçamentária.

Assim, os representantes estatais, para cumprirem com esses deveres fundamentais impostos na concretização dos direitos fundamentais, em especial nos direitos sociais, precisam fazer as suas escolhas dentro da possibilidade do orçamento público. Esperam-se, portanto, que as escolhas sejam, no mínimo, racionais, dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e que atendam ao máximo possível a população às quais se destinam, como é explicado em Thaís Santos:

⁴⁵² RODRIGUES, Fernanda d’Athayde *et al.* **Base de dados e sistema de informações do SUS: módulo 2: saúde baseada em evidência e as decisões judiciais.** [Brasília, DF]: Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS, 2018. p. 45.

⁴⁵³ BRASIL, 1990.

⁴⁵⁴ Lei 8080/90. “Art. 2º, § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso **universal e igualitário** às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. *Cf. Ibid.*

O papel da Administração Pública então é alocar os recursos públicos de forma a não beneficiar apenas uma parte da população, ou atender a apenas uma pequena parte das necessidades e direitos fundamentais. Começa-se aqui a entender que, quase sempre, o Estado tem que fazer escolhas em que proverá determinada política em detrimento de outra. E essa escolha se traduz na teoria das escolhas trágicas. É o legislativo e o executivo que, realizando os ideais políticos esperados pela sociedade (por elas escolhido através das eleições), que escolhem quais os direitos serão contemplados e de que forma⁴⁵⁵.

Por mais que os recursos sejam limitados, as escolhas precisam atender com eficiência o maior número possível de pessoas. Então, pode-se concluir que as políticas públicas visam à efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais. Em decorrência da escassez de recursos, o legislador delimita os gastos por intermédio da lei e o executivo cumpre de acordo com os parâmetros traçados pelo legislativo.

Diante desse cenário de escolhas racionais feitas para a inclusão dos fármacos e procedimentos médicos nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde, o administrador público percebe que existe uma estrutura envolvida que o impede de pactuar de forma isolada em demandas individuais ou coletivas.

Releve-se, por oportuno, que o órgão responsável por incorporação, exclusão e alteração de produtos e procedimentos é a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC)⁴⁵⁶, que atua diretamente auxiliando o Ministério da Saúde no uso da Medicina Baseada em Evidência.

Mais à frente, detalhar-se-ão as atividades da CONITEC e as da medicina baseada em evidência (MBE). Importante agora é compreender que há um órgão responsável por “verificar as evidências científicas sobre determinados produtos ou procedimentos de modo a emitir opinião, não vinculante, quanto à eficácia, efetividade, acurácia e segurança dos mesmos”⁴⁵⁷, como afirma Clenio Schulze e João Gebran Neto.

Diante da importância que há nas escolhas feitas pela administração pública, e que estão previstas em legislação própria, os gestores públicos não se sentem à vontade de pactuarem quando o pedido não está disponível na política pública, o que é comumente denominado de não-padronizado, justamente porque não constam nas listagens do Ministério da Saúde.

⁴⁵⁵ SANTOS, 2015, p. 91.

⁴⁵⁶ Lei 8080/90 “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (incluído pela Lei nº 12.401/2011)”. Cf. BRASIL, 1990.

⁴⁵⁷ SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015.

Não é de hoje que o Brasil adota a possibilidade de elaboração de listas oficiais de medicamentos e procedimentos médicos disponíveis à população. Desde 1964 que o país elabora listas oficiais com medicamentos e procedimentos médicos, fato esse que aconteceu antes mesmo da recomendação e da elaboração da lista modelo recomendada pela OMS, em 1978⁴⁵⁸, conforme afirmam Fernanda Rodrigues e outros autores.

Em 1975, essa relação passou a ser denominada de RENAME, que “é a seleção e a padronização de todos os medicamentos indicados para o atendimento das doenças e dos agravos no âmbito do SUS, vinculando os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, visando à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso”⁴⁵⁹, ainda sob os ensinamentos de Fernanda Rodrigues e outros autores.

Na RENAME estão todos os medicamentos e tratamentos médicos disponíveis no SUS devidamente incorporados e recomendados pela CONITEC decorrentes dos critérios de eficácia, eficiência, efetividade, segurança, custo e benefício.

No Brasil, “a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, é um direito garantido a todos os cidadãos, fazendo parte do rol de serviços disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS)”⁴⁶⁰, como asseguram Yonara Oliveira e outros autores.

Com o Sistema Único de Saúde foi formalmente incluída no Brasil o a Assistência Farmacêutica (AF), que foi regulamentada pela Portaria GM/MS nº 3.916/1998, instituindo a Política Nacional de Medicamentos (PNM). A PNM tem como diretrizes e prioridades o acompanhamento da regulamentação sanitária, o gerenciamento de medicamentos, a organização e a gestão da Assistência Farmacêutica no SUS⁴⁶¹.

A assistência farmacêutica faz parte integrante da PNM e é definida pelo Ministério da Saúde como sendo:

⁴⁵⁸ RODRIGUES *et al.*, 2018, p. 43.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa *et al.* Judicialização de medicamentos: efetivação de direitos ou ruptura das políticas públicas? **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 54, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/180621/167755>. Acesso em: 12 abr. 2023. p. 2.

⁴⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS ESTADUAIS DE SAÚDE. **A assistência farmacêutica no SUS**. Brasília, DF: CONASS, 2011. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS, 7).

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e o controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos⁴⁶².

Atualmente, a Assistência Farmacêutica no SUS encontra-se organizada em três componentes, conforme afirmam Yonara Oliveira e outros autores:

[...] básico, composto por medicamentos para o tratamento das doenças mais prevalentes na atenção básica; estratégico, por medicamentos para o tratamento de endemias e doenças com importância epidemiológica; e especializado, por medicamentos cuja utilização está descrita nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)⁴⁶³.

Em termos mais claros, pode-se afirmar que a assistência de medicamentos e procedimentos da atenção básica no Sistema Único de Saúde é de responsabilidade dos municípios, ao passo que a média e a alta complexidade ficam a cargo dos Estados. A União é mais um agente arrecadador e definidor das políticas em âmbito nacional.

Assim, como os medicamentos, também se tem uma listagem das ações de saúde, denominada de RENASES. A Relação Nacional das Ações e Serviços de Saúde, prevista pelo Decreto 7.508/2011⁴⁶⁴, tem como finalidade relacionar “todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde”⁴⁶⁵.

A listagem da RENASES será estabelecida pelo Ministério da Saúde, em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela Comissão Intergestora Tripartite⁴⁶⁶. Essa listagem será atualizada a cada dois anos, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios adotarem relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em

⁴⁶² BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos (1999)**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002b. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, 25). p. 34.

⁴⁶³ OLIVEIRA *et al.*, 2020, p. 2.

⁴⁶⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁴⁶⁵ “Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES compreende todas as ações e serviços que SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde”. *Cf. Ibid.*

⁴⁶⁶ “Art. 22. O Ministério da Saúde disporá sobre a RENASES em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT”. *Cf. Ibid.*

consonância com a RENASES, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo seu financiamento⁴⁶⁷.

É importante, também, compreender que os procedimentos, depois de incorporados, permanecem no sistema até que sejam revistos pela CONITEC. É de conhecimento público que todos os anos aparecem novos e melhores tratamentos médicos.

A permanência ou não de determinadas condutas terapêuticas nesse sistema são analisadas através da ATS. Essa atividade pode ser conceituada como o permanente processo de avaliação dos fármacos e procedimentos médicos, cujo estudo sistemático apura as consequências a curto e a longo prazo na utilização de determinada tecnologia ou de grupos de tecnologia sem saúde. Sobre o tema, Denizar Araújo pontua:

Constitui um processo abrangente de investigação das consequências clínicas, econômicas e sociais da utilização das tecnologias em saúde, novas ou já existentes, desde a pesquisa e desenvolvimento até a obsolescência. Utiliza como fontes de investigação: eficácia, efetividade, segurança, riscos, custos, relações de custo-efetividade, custo-benefício e custo-utilidade, equidade, ética, implicações econômicas e ambientais das tecnologias, entre outras variáveis envolvidas na tomada de decisão dos gestores em saúde⁴⁶⁸.

Essas escolhas, as quais aqui foram chamadas de racionais e não de escolhas trágicas, são aquelas opções feitas mediante as ATS, o que, para Denizar Araujo, baseia-se em “eficácia, efetividade, segurança, riscos, custos, relações de custo-efetividade, custo-benefício e custo-utilidade, equidade, ética, implicações econômicas e ambientais das tecnologias, entre outras variáveis envolvidas na tomada de decisão dos gestores em saúde”⁴⁶⁹.

Assim, as ATS interferem na Administração que, por sua vez, faz sua escolha dos medicamentos e procedimentos. Ainda, segundo Denizar Araújo, “o objetivo da ATS é prover informações para a tomada de decisão tanto política quanto clínica, pelos gestores das políticas em saúde, seja no nível público ou privado”⁴⁷⁰.

Todos esses procedimentos só demonstram a seriedade que se tem ao desenvolver, estruturar e colocar em prática as ações de saúde para os usuários do SUS, o sistema público de saúde brasileiro. Não é ao acaso que os gestores desenvolvam o medo de responder aos

⁴⁶⁷ Decreto nº 7.508. “Art. 24. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com a RENASES, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo seu financiamento, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores”. Cf. BRASIL, 2011.

⁴⁶⁸ ARAÚJO, 2018, p. 39.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*, *loc. cit.*

procedimentos administrativos e, inclusive, de incorrem em atos de improbidade administrativa.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37 § 4)⁴⁷¹. Assim, a improbidade no âmbito da administração pública ganhou *status* de norma constitucional.

Como o constituinte não definiu o que seria improbidade, essa tarefa ficou a cargo do legislador infraconstitucional que, por meio da edição da Lei nº 8.429/1992, traçou atos de improbidade aqueles que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), causem danos ao erário (art. 10) ou que possam atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 11)⁴⁷².

Para o gestor público que está na prestação do serviço, o que grande temor é incorrer em atos que possam causar danos ao erário ou que atentem contra os princípios da administração pública, pois se existir o pacto com componentes que não estão padronizados estão agindo fora dos ditames legais e indo de encontro a toda uma política pública que possui regras, diretrizes e princípios a serem seguidos. Como bem observa Maria Sylvia Di Pietro, a improbidade administrativa é um ilícito de natureza civil e política, que pode implicar “a suspensão de direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento aos danos causados ao erário”⁴⁷³, além das medidas penais cabíveis.

Porém, como definir o que seria uma imoralidade administrativa? Como saber se o que está se fazendo é o certo? Ainda nas lições de Maria Sylvia Di Pietro:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna da administração pública⁴⁷⁴.

Conclui-se, então, que a ação ímproba deve estar vinculada ao ato imoral, desonesto ou com a intenção de causar danos ao erário, pois “o núcleo significativo implícito da

⁴⁷¹ BRASIL, [2020].

⁴⁷² BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

⁴⁷³ DI PIETRO, 2019, p. 1028.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 1021.

improbidade é, pois, a imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público”⁴⁷⁵ como afirma Martins. Dito isso, registre-se que dificilmente os pactos judiciais celebrados em processos de saúde e com a chancela do Judiciário estariam envoltos em atos tão reprováveis que possam ocasionar um ilícito penal, civil ou administrativo. Ao menos é o que se deseja.

Percebe-se, assim como Ricardo Martins, que “com a alteração da Lei de improbidade, efetuada pela Lei Federal n. 14.230/21, obstou-se, de modo peremptório, a responsabilização por improbidade pela atuação culposa do agente”⁴⁷⁶. É importante considerar que nesse aspecto andou bem a reforma no sentido de exigir a comprovação do dolo para as condutas geradoras de atos de improbidade administrativa. Avalia-se que a forma culposa de algumas condutas já estava sendo interpretada pelo Judiciário, conforme a Constituição. No entendimento de que improbidade “deve dar-se a partir de seu núcleo significativo essencial: a atuação ‘desonesta’ do agente público”⁴⁷⁷, essa exigência da reforma poderá ocasionar um sério prejuízo ao erário caso também fique afastado “de modo peremptório, o ajuizamento da ação de improbidade para impugnação de condutas culposas”⁴⁷⁸, como conclui o autor.

5.2 DESCORTINANDO OS ENTRAVES JURÍDICOS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DE ACORDO NOS PROCESSOS COM COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS

Diante desse cenário de exagerado apego ao princípio da legalidade administrativa e da grandiosidade que é a política nacional de consensualização dos conflitos é que foi pensada a presente pesquisa, cuja hipótese de estudo se propõe a justificar o uso da conciliação e da mediação judicial como instrumentos possíveis na redução dos impactos das sentenças condenatórias nos orçamentos públicos, ocasionado pela judicialização da saúde.

Inicialmente, deixe-se claro que não será possível quantificar monetariamente quanto de redução os processos podem sofrer, em decorrência da complexidade que o caso requer. Ter-se-ia que fazer um criterioso levantamento de dados, analisando todos os processos. Quiçá se tal proposição fosse posta em prática, pudesse, posteriormente, o CNJ criar uma

⁴⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilização de agentes públicos e improbidade administrativa: uma história conturbada. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Programa de Pós-Graduação em Direito. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2022. v. 43. p. 13.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 20.

ferramenta para que os dados pudessem ser devidamente coletados, aquilatando-se se seria ou não viável o caminho ora traçado.

O interesse pelo tema de estudo nasceu a partir da experiência com o trabalho desenvolvido pelo CEJUSC Saúde no Estado do Rio Grande do Norte. O Tribunal de Justiça do referido Estado criou um CEJUSC, específico para conciliar os processos de saúde, seguindo orientações do FONAJUS e do CNJ.

Inicialmente, foram realizados mutirões de audiências que ocorriam sempre na semana nacional de conciliação de acordo com o calendário do CNJ.

Em 2017, foi criada uma Câmara de Conciliação⁴⁷⁹, que não tinha autonomia administrativa e necessitava da estrutura do CEJUSC Natal para funcionar. Essa Câmara de Conciliação foi denominada de “TJ-Saúde”, sendo foi fruto de um Termo de Cooperação Judicial celebrado entre o Poder Judiciário do Rio Grande do Norte, o Governo do Estado do RN, o Município de Natal e as respectivas pastas da saúde.

No termo ficou estabelecido que

Tribunal de Justiça do RN, a Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria Geral do Município, a Secretária de Saúde Pública do Estado e a Secretaria Municipal de Saúde nos conflitos de interesses que demandem prestação de serviço de saúde pública, de modo a evitar o ajuizamento de ações ou solucionar os processos já em tramitação firmam o presente Termo de Cooperação, buscando a solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou exame médico, nos limites e forma especificados nas cláusulas abaixo (Cláusula Primeira – do Objeto)⁴⁷⁹.

Posteriormente, em 2019, através da Resolução nº 15 de 24 de abril de 2019 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, foi expedida a Portaria nº 18, datada de 13 de maio de 2019, transformando a Câmara de Conciliação em CEJUSC Saúde. Com a transformação em CEJUSC e a criação do centro, a câmara ganha autonomia administrativa e *status* de unidade judiciária, o que permite um melhor trabalho com os processos judiciais e no atendimento pré-processual das partes.

Percebe-se que foi preparada uma estrutura administrativa e judiciária para que houvesse um atendimento conforme as exigências da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesse em matéria de saúde, quando são demandados o Estado do Rio Grande do Norte e/ou o Município de Natal. Mesmo diante dessa estrutura, o que se observa no tocante às ações desenvolvidas pelos entes participantes das audiências de conciliação e mediação é que tanto o Estado do Rio Grande do Norte como Município de

⁴⁷⁹ Cf. Anexo 2 – Termo de Cooperação nº 10/2017.

Natal, durante as sessões conciliatórias realizadas no CEJUSC Saúde da Comarca de Natal, não formalizam acordos quando os fármacos ou procedimentos não estão padronizados no Sistema Único de Saúde. Aduzem que assim agindo violariam o princípio da legalidade administrativa e do interesse público, além de correrem o risco de responderem por uma improbidade administrativa. Entenda-se por *padronização* a incorporação do produto ou do procedimento na dispensação obrigatória pelo Sistema Público de Saúde.

Verifica-se, acerca dessa lógica, um apego exagerado ou improdutivo ao princípio da legalidade administrativa, dificultando a resolução do conflito e aumentando as consequências de uma decisão judicial diante do poder público. O uso exacerbado do princípio da legalidade administrativa a ponto de se preferir uma condenação judicial e o fato de aderir a uma política nacional de consensualização dos conflitos motivaram a presente pesquisa, cuja hipótese de estudo é justificar o uso da conciliação e da mediação judicial como instrumentos possíveis na redução dos impactos das sentenças condenatórias diante da judicialização da saúde nos orçamentos públicos quando os pedidos envolvem componentes não especializados.

O desígnio primordial é criar uma série de requisitos formais para fundamentar a utilização dos métodos alternativos de solução dos conflitos nos processos de saúde para que possibilitem o uso da conciliação e da mediação pelo administrador público com o fim de solucionar as demandas de saúde, reduzindo a interferência do Poder Judiciário na política pública de saúde.

Frise-se novamente que o objetivo não é apurar os impactos econômicos proporcionado com os acordos, mas demonstrar que a pactuação judicial é um caminho de controle dos gastos públicos pelo próprio agente administrativo, ao invés da intervenção judicial nos processos de saúde.

5.2.1 Sistematizando os critérios jurídicos para a composição

O cerne de todo o estudo encontra-se na busca por novos caminhos em razão da judicialização da saúde no Brasil. Até agora foi preparado o terreno, fertilizadas as ideias e separadas as sementes. Chega o momento de plantar, para que se possa posteriormente colher.

Em momento inicial, pode-se até pensar que as conclusões a que se propõe a pesquisa seriam juridicamente impossíveis, haja vista todo esse arcabouço administrativo existente para que a política pública possa ser desenvolvida no país. Qual gestor estaria disposto a correr o risco de assumir tão importante compromisso?

Entretanto, mesmo que se afirme que não seria possível se plantar nessa seara e que o campo seria infértil, a pretensão é justamente provocar por meio do presente estudo a administração pública que esteja propensa a refletir sobre a possibilidade de criação de meios ou caminhos para tentar diluir ou reduzir essa tão alegada judicialização que sobrecarrega os cofres públicos, mas que nada se faz no tocante aos componentes não padronizados.

Se a administração pública prefere assumir as consequências de uma condenação judicial, é porque certamente existem caminhos alternativos a seguir. Essa é a conclusão a que se chega. São percucientes os ensinamentos de Fernanda Bourges quando afirma que a administração deve estar aberta ao diálogo com vista à composição dos interesses, deixando de lado a surdez generalizada para as insatisfações dos interesses coletivos, de acordo com suas próprias palavras:

Se o agir administrativo gerar insatisfações e controvérsias, no mínimo, deve estar aberto e fornecer mecanismos apropriados à manifestação e à escuta dos representados, a fim de que estes se comuniquem, dialoguem e, quem sabe, em colaboração encontrem as soluções mais adequadas, criativas e ponderadas à atuação administrativa em vistas à composição dos interesses e direitos envolvidos. É conhecida a falta de mecanismos, de procedimentos e de espaço ao diálogo entre a Administração e a coletividade para a solução legal, impessoal, moral e eficiente dos interesses públicos, o que tende a gerar uma ‘surdez generalizada’ no âmbito da Administração Pública, cujo papel precípua é realizar os interesses da coletividade, contra a qual se esconde e se ‘faz de surda’⁴⁸⁰.

Segundo Rayane Rodrigues e Vanessa Oliveira, as principais críticas relacionadas à judicialização da saúde dizem respeito a cinco principais fatores, a saber: a) uso das ações individuais em face de problemas coletivos; b) incapacidade do Judiciário em lidar com o problema como uma questão social e complexa, que não se resolve com a simples oferta de medicamentos; c) ações que na maioria das vezes apenas privilegiam pessoas com maior nível de renda, que podem contratar advogados; d) distorções das competências federativas dos entes públicos em face da solidariedade e, e) favorecimento da indústria farmacêutica⁴⁸¹.

O certo é que a judicialização da saúde tem pesado nos cofres públicos e os próprios gastos com a saúde pública aumentaram consideravelmente, consoante informação do próprio Ministério da Saúde:

⁴⁸⁰ BOURGES, 2021, p. 86.

⁴⁸¹ RODRIGUES, Rayane Vieira; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. e2231, set./dez. 2022. p. 4-5.

Um estudo realizado em parceria pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Fiocruz e Ministério da Saúde demonstrou o perfil de gasto com saúde no Brasil segundo padrões adotados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A pesquisa, foi apresentada na manhã desta quarta-feira (2). De acordo com os dados, no mesmo período, o valor do gasto público com saúde aumentou de R\$ 231,5 bilhões para R\$ 290,4 bilhões, o que representou um crescimento nominal de 25,5%, o que corresponde a 3,9% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro, que é a soma de todos os bens e serviços do país⁴⁸².

Consultando os dados da pasta, o valor dos gastos passou de R\$ 531,8 bilhões para R\$ 710,4 bilhões em valores correntes, de 2015 a 2019⁴⁸³. Constata-se, a partir disso, que para a manutenção do sistema público de saúde é necessário que se criem mecanismos de racionalização dos gastos públicos, em especial os referentes às demandas judiciais, sob pena do sistema não suportar mais alguns anos. “As decisões estatais em saúde, tomadas no âmbito do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, são responsáveis pela conformação real da abrangência do direito à saúde e de suas garantias em uma sociedade”⁴⁸⁴, conforme afirma Abujamra. Desta forma, não há como se manter inerte diante de uma população que necessita da manutenção desse sistema público de saúde.

A busca pela concretização do direito à saúde vai continuar batendo à porta do Judiciário; porém, afirma Abujamra que “a democracia sanitária impõe o governo do povo sobre as questões relativas à saúde, de modo que a soberania popular deve ser efetivamente exercida para que o direito à saúde seja de fato um direito democrático”⁴⁸⁵. Por esse motivo, “faz-se necessário estudar e aprimorar as arenas nas quais os interesses conflitantes aparecem, dialogam, se opõem e se compatibilizam, assim como identificar quais agências ou órgãos serão responsáveis por conduzir estes procedimentos”⁴⁸⁶, conclui Fernanda Bourges.

Por esses motivos, mesmo diante de um componente não padronizado, é injustificável a resistência da Administração Pública na pactuação judicial alegando o princípio da legalidade. Esse apego exagerado está provocando sérios danos de ordem econômica e social, levando-se em conta que as ações judiciais demoram anos para uma solução definitiva. Sobre a justificativa formal dos gestores públicos no sentido de que a Administração não pode se abrir à coletividade por força do princípio da legalidade, afirma Fernanda Bourges que isso não procede, sopesando que “abrir-se à coletividade para a prática de atos administrativos mais atrelados à vida real não

⁴⁸² BRASIL, 2022a.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos de saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114-135. p. 127.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁸⁶ BOURGES, 2021, p. 77.

significa abandonar a legalidade e o dever de perseguir o interesse público, ao contrário, é observá-los, mas sob o viés democrático e dialógico”⁴⁸⁷.

Examinando o fato de que a Administração Pública não pode se fechar ao diálogo, mesmo diante do princípio da legalidade, a questão das demandas judiciais torna-se bastante crítica quando se pleiteiam componentes não padronizados. Essa situação é delicada tanto para a Justiça como para o administrador público, em decorrência da política pública sanitária que é envolvida, fazendo-se necessário pensar novos institutos que possam atenuar os efeitos da judicialização da saúde, de maneira a legitimar, democraticamente, a participação popular nas decisões estatais de saúde. Faz-se necessário, pois, estabelecer um sistema de critérios jurídicos que possa justificar a composição dos conflitos de interesses, mesmo em se tratando de componentes ou procedimentos não padronizados.

Ponderando criticamente sobre toda essa conjuntura que se formou em torno da impossibilidade de acordos quando aos componentes não padronizados, propõe-se aqui uma série de requisitos que, se respeitados, respaldam a pactuação judicial desses requerimentos, possibilitando, assim, que a Administração Pública retome o controle dos gastos públicos com a efetivação do direito à saúde com relação a esses tipos de demanda.

Assim, elencam-se como elementos que poderiam justificar a celebração de um pacto judicial, a saber: a) evidência científica; b) a jurisprudência dos Tribunais Superiores; c) a celebração do acordo em um CEJUSC com competência em saúde, em audiência com a participação de todos os atores interessados; d) a homologação judicial; e) o envio do acordo ao Tribunal de Contas do Estado ou da União.

Propõe-se que caso esses quesitos fossem observados não haveria infringência aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, haja vista que se oportunizaria ao próprio gestor construir a melhor saída para enfrentar esse tipo de judicialização. Ademais, frise-se que, conforme observa Fernanda Bourges, “o respeito à participação e à colaboração, em termos procedimentais, tende a realizar a dignidade do ser humano, as liberdades e a efetivar a democracia material”⁴⁸⁸. Trata-se, pois, da proposta de criação de uma “nova institucionalidade para a solução de conflitos em saúde”⁴⁸⁹, conforme denomina Abujamra.

A seguir, serão analisados todos esses requisitos com a devida fundamentação jurídica da escolha de cada elemento. Registre-se, também, que não se trata de um rol

⁴⁸⁷ BOURGES, 2021, p. 78.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, *op. cit.*

⁴⁸⁹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos de saúde. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114-135. p. 127.

taxativo, mas de critérios mínimos, podendo outros serem devidamente agregados desde que contribuam para a desjudicialização dos processos de saúde.

5.2.1.1 A evidência científica

O primeiro critério que há de justificar a pactuação de componentes não padronizados é a evidência científica em relação ao que consta no pedido. “A Medicina Baseada em Evidências (MBE) é uma abordagem que utiliza as ferramentas da Epidemiologia Clínica, da Estatística, da Metodologia Científica e da Informática para análise dos resultados das pesquisas científicas”⁴⁹⁰, de acordo com Denizar Araújo e outros autores.

Evidência científica é o que permite saber se o medicamento está ou não servindo para aquele tipo de enfermidade. Através da MBE (Medicina Baseada em Evidência) se pode ter uma garantia de que aquele medicamento ou procedimento tem efeitos cientificamente comprovados para aquele tipo de doença. Nas palavras de Angélica Carlini, a MBE trata-se de:

[...] um conjunto instrumental que permite aos médicos avaliar evidências de acurácia de tratamentos e de medicamentos a partir de estudos científicos, produzidos por laboratórios e institutos de pesquisa de comprovada qualidade e reconhecimento, de forma a identificar qual o percentual de chance de êxito em casos de maior complexidade ou raridade da doença e, que são aqueles que não podem ser tratados apenas a partir da experiência clínica do médico, até porque não ocorrem em quantidade tão expressiva que permita um volume de dados e conclusões empíricas suficiente para tomada de decisões⁴⁹¹.

A incorporação de determinada tecnologia em saúde no Sistema Público pode levar alguns anos, ou, ainda, mesmo que essa incorporação ocorra, aquele procedimento ou medicamento pode não ficar disponível para o tipo de prescrição médica, ao que geralmente se costuma chamar de uso *off-label*, ou seja, literalmente, fora da receita. Em ambos os casos, a pretensão do usuário é indeferida administrativamente por não constar da PNM, o que poderá ser judicializado, objetivando garantir o acesso àquela prescrição médica. E, caso seja comprovado em Juízo que há evidência científica, será deferido judicialmente o pedido.

⁴⁹⁰ ARAÚJO Denizar Viana *et al.* **Saúde baseada em evidências e as decisões judiciais**: módulo 3: medicina baseada em evidência: conceito e aplicação. [Brasília, DF]: Programa de apoio Institucional ao desenvolvimento do SUS, 2019, p. 6.

⁴⁹¹ CARLINI, Angélica. Medição em conflitos de saúde: contribuição da medicina baseada em evidências. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 87-107, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4172>. Acesso em: 3 nov. 2022. p. 88.

O CONASS reconhece o peso que a judicialização da saúde tem para a assistência farmacêutica no país:

Mesmo com os avanços no acesso aos medicamentos no SUS, observa-se procura crescente pelo seu fornecimento por demanda judicial. Estas requerem desde o fornecimento de medicamentos básicos, não incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), até medicamentos prescritos para indicações não previstas em bula, experimentais e sem registro no país⁴⁹².

Desta forma, essa judicialização necessita ser repensada, porque não faz sentido ficar aguardando uma condenação judicial. A administração precisa rever seu posicionamento e a MBE é capaz de justificar o uso da pactuação judicial, caso reste comprovado que existe evidência científica para que o medicamento ou procedimento seja concedido.

Segundo Angélica Carlini, a MBE, em consonância com os estudos teóricos da Análise Econômica de Direito, é uma poderosa ferramenta que permitirá “avaliar a eficiência da utilização dos medicamentos e/ou tratamentos para um determinado caso concreto levado ao Poder Judiciário”⁴⁹³. De acordo ainda com suas afirmações, a MBE permite que, quando utilizada pelo Poder Público, possam ser verificados os seguintes critérios:

(a) a comprovação da necessidade de quem pede; (b) as evidências científicas sobre o resultado do tratamento e/ou medicamento; (c) os valores que serão dispendidos para que o tratamento e/ou medicamento seja custeado; (d) as consequências daquela decisão para os orçamentos públicos e fundos mutuais que custeiam os serviços de saúde pública e privada no Brasil e; (e) a possibilidade de mediação com fundamento em dados científicos que estimulem o paciente a encontrar meios paliativos de tratamento quando a cura estiver em percentual muito pequeno de possibilidade⁴⁹⁴.

Um dos maiores centros de pesquisa do mundo, que tem uma filial também no Brasil, o Centro Cochrane⁴⁹⁵, define Medicina Baseada em Evidência como sendo:

⁴⁹² CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS ESTADUAIS DE SAÚDE, 2011, p. 15.

⁴⁹³ CARLINI, 2018, p. 97.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 97-98.

⁴⁹⁵ O Centro Cochrane do Brasil, um dos 13 Centros da Colaboração Cochrane, é uma organização não governamental, sem fins lucrativos e sem fontes de financiamento internacionais, que tem por objetivo contribuir para o aprimoramento da tomada de decisões em saúde, com base nas melhores informações disponíveis. A missão do Centro Cochrane do Brasil é elaborar, manter e divulgar revisões sistemáticas de ensaios clínicos randomizados, o melhor nível de evidência para as decisões em saúde. Inaugurado em 1996, o centro está ligado à Pós-Graduação em Saúde Baseada em Evidências da Escola Paulista de Medicina - Universidade Federal de São Paulo e realiza revisões sistemáticas, pesquisa clínica e avaliações de tecnologias em saúde. Cf. CENTRO COCHRANE BRASIL. **Seja Bem Vindo ao Centro Cochrane do Brasil**. São Paulo: Centro Cochrane do Brasil, 2023a. Disponível em: <https://brazil.cochrane.org>. Acesso em: 2 set. 2023.

A Saúde Baseada em Evidências é uma abordagem que utiliza ferramentas da Epidemiologia Clínica, Estatística, da Metodologia Científica e da Informática para trabalhar a pesquisa, conhecimento e a atuação em Saúde; com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para tomada da decisão. A Prática Baseada em Evidências busca promover a integração da experiência clínica as melhores evidências disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações. Saúde Baseada em Evidências é a arte de avaliar e reduzir a incerteza na tomada de decisão em Saúde⁴⁹⁶.

Portanto, a evidência científica permite reduzir a incerteza na tomada de decisão em saúde.

Como as evidências são obtidas através de revisões sistemáticas, dados de metanálises, ensaios randomizados e demais procedimentos de pesquisa científica com uma grande acurácia dos resultados, não há por que não a utilizar para a possibilidade de haver uma pactuação com base na evidência de que o tratamento ou a medicação é eficaz. Como bem observado ainda por Angélica Carlini:

A medicina baseada em evidências reúne um conjunto de informações científicas com qualidade reconhecida pela comunidade científica nacional e internacional, para avaliar se a utilização de uma tecnologia ou um medicamento tem ou, não tem, fundamentação científica suficiente que autorize o custo que vai ser dispendido pelo fundo mutual público ou privado⁴⁹⁷.

Assim sendo, se há evidência científica, provavelmente aquele medicamento ou procedimento será deferido em uma sentença condenatória, pois assim como para os médicos a MBE representa a melhor escolha terapêutica, “por força da judicialização da saúde, representa requisito informativo indispensável para a solução de questões judicialmente postas”⁴⁹⁸, conforme alerta Clênio Schulze e João Gebran Neto.

No Brasil, a Lei Orgânica do SUS, na redação dada pela Lei nº 12.401/2011, que incluiu o artigo 19-Q na Lei 8080/90, leva em consideração para a inclusão e incorporação de tecnologias em saúde: a) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto da incorporação, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso e b) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

⁴⁹⁶ Definição dada pelo Centro Cochrane do Brasil. Cf. CENTRO COCHRANE BRASIL. **Saúde baseada em evidências**. São Paulo: Centro Cochrane do Brasil, 2023b. Disponível em: <https://brazil.cochrane.org/saúde-baseada-em-evidências>. Acesso em: 2 set. 2023.

⁴⁹⁷ CARLINI, 2018, p. 100.

⁴⁹⁸ SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 216.

Como visto, a própria MBE é levada em consideração para que haja o processo de incorporação na política pública, o que significa dizer que mais cedo ou mais tarde aquele procedimento ou medicamento será incorporado. Assim, não há por que não a utilizar como requisito para que o acordo possa ocorrer, haja vista que os estudos da MBE têm por objeto eficácia, efetividade, eficiência e segurança, que são “os mesmos parâmetros a serem avaliados para a incorporação de novos medicamentos, segundo os critérios racionais da Conitec”⁴⁹⁹, como alerta Clênio Schulze e João Gebran Neto.

Tome-se, a título de ilustração, a enoxaparina sódica, nome científico do medicamento *Clexane*. Esse fármaco, até dezembro de 2021, era motivo de inúmeras ações judiciais onde a Administração era sempre condenada a custear o tratamento médico das grávidas com trombofilia. Apesar de todas as evidências científicas existentes, o Poder Público se recusava a fazer um acordo ao argumento de que a medicação não estava incluída na PNM, e, por esse motivo, por não haver previsão legal, não poderia celebrar um acordo. Após a sentença condenatória, a medicação, na maioria dos casos, é comprada pelas próprias partes pelo preço comercial, o que encarece o produto, haja vista que o próprio ente demandado poderia adquirir através de procedimento licitatório, com um custo bem menor.

Em 21 de dezembro de 2021, após anos de várias demandas, o Ministério da Saúde através da Portaria Conjunta nº 23, aprovou o Protocolo⁵⁰⁰ Clínico e Diretrizes Terapêuticas para a Prevenção de Tromboembolismo Venoso em Gestantes com Trombofilia, no âmbito do SUS, e o fármaco passou a ser dispensado pela PNM.

Para finalizar, um questionamento que poderia ser feito é acerca de quem ofereceria esse estudo ou emitiria algum parecer técnico para que se orientasse essa pactuação judicial entre o gestor público e o usuário do SUS? Os Núcleos de Apoio Técnicos do Judiciário, criados justamente para a orientação das decisões em matéria de saúde, poderiam emitir nota técnica a respeito do caso posto em apreciação.

Os chamados NATJUS foram criados por cada Tribunal de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, sob a orientação do FONAJUS, auxiliando os magistrados na tomada de decisão inicial (antecipação de tutela) ou de conclusão do processo (sentença). Segundo Clênio Schulze, os núcleos podem ajudar emitindo os seguintes pareceres:

⁴⁹⁹ SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 216.

⁵⁰⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Especializada à Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. **Portaria Conjunta nº 23, de 21 de dezembro de 2021.** Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para a Prevenção de Tromboembolismo Venoso em Gestantes com Trombofilia, no âmbito do SUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021d. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2021/portal-portaria-conjunta-no-23-_pcdt_trombofilia_gestantes-republicacao_.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

(1) se o medicamento postulado está registrado na ANVISA; (2) se é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; (3) se existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo ou já fornecido administrativamente pelo SUS; e (4) se há eficiência, eficácia e custo-efetividade do tratamento⁵⁰¹.

A atividade principal dos núcleos, pois, é fornecer o embasamento técnico-científico para as decisões com base na MBE, permitindo que o magistrado possa tomar a decisão mais racional possível, dentro das possibilidades que se apresentam em cada caso.

Atualmente, para que haja o armazenamento e o compartilhamento de informações, foi criada uma plataforma digital denominada e-NATJUS, com base na Resolução nº 238/2016, plataforma essa que foi fruto de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do FONAJUS, e o Ministério da Saúde, que juntos assinaram o Termo de Cooperação n. 21/2016⁵⁰².

A plataforma digital e-NATJUS reúne todos os pareceres de saúde emitidos pelos NATJUS estaduais e o NATJUS nacional, pareceres esses que, disponíveis para consulta pública, podem ser requeridos institucionalmente pelos magistrados através do sistema do CNJ.

As notas e pareceres técnicos são emitidos com base nos dados científicos e de acordo com a MBE, confeccionados a partir de um formulário próprio onde constam o tipo de moléstia, qual o medicamento proposto, bem como se o medicamento, procedimento ou prótese do pedido está ou não contemplado pelo SUS. Os profissionais técnicos podem ser acionados pelos magistrados de todo o país, que fazem as consultas de acordo com as necessidades de cada demanda judicial. Essas consultas ficam disponibilizadas no Portal do CNJ⁵⁰³, para acesso público e/ou utilização em pedidos similares ou análogos.

Faz-se mister enfatizar, uma vez mais, que a MBE é o primeiro sinal de que haverá um grande risco de uma sentença condenatória em desfavor do Poder Público, não sendo razoável que a Administração espere todo o curso de um processo judicial, com todas as suas consequências, quando, poderia, antecipadamente, assumir esse compromisso, evitando os transtornos de uma derrota judicial.

⁵⁰¹ SHULZE, Clênio Jair. **Direito à saúde, análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 83.

⁵⁰² Proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar, visando, assim, aprimorar o conhecimento técnico dos magistrados para solução das demandas, bem como conferindo maior celeridade no julgamento das ações judiciais. *Cf.* BRASIL, 2023c.

⁵⁰³ Para acesso ao Sistema e-NatJus, vide sítio eletrônico do CNJ: em: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/>.

5.2.1.2 Os requisitos jurisprudenciais das decisões dos Tribunais Superiores

Outro requisito que poderia ser levado em consideração é a jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos temas judicializados. As primeiras ações sobre a concretização do direito à saúde iniciaram-se com “o movimento de afirmação de direitos por pessoas portadoras do vírus HIV, sobretudo para garantia de acesso a medicamentos e implementação de uma política de assistência farmacêutica para esse segmento de pacientes”⁵⁰⁴, conforme afirma Ramiro Sant’Ana.

No Julgamento do Recurso Extraordinário 271.286/RS no Agravo Regimental (AgR), o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito público subjetivo dos pacientes portadores de HIV de receberem do Estado o tratamento que ainda não estava disponibilizado pelo SUS. O voto do Ministro Celso de Mello⁵⁰⁵ no caso se tornou o *leading case* para os demais processos que tramitariam nas décadas seguintes.

De acordo com levantamentos feitos por Ramiro Sant’Ana, essa abertura do Judiciário ocasionou tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal uma ampliação desse tipo de ação, com alto índice de sucesso para os jurisdicionados:

⁵⁰⁴ SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde pública.** 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2017. p. 267-268.

⁵⁰⁵ O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...]. Cf. BRASIL, 2000.

No Distrito Federal, Silvia Marques e Maria Célia Delduque avaliaram 89 processos ajuizados entre 2005 e 2008, identificando que, em todos aqueles em que a parte autora demandou a antecipação da tutela, ela foi concedida. Em pesquisa no Rio de Janeiro, Miriam Ventura et al identificaram que em todos os casos analisados – 289 decisões liminares entre 2007 e 2008 – a tutela antecipada requerida foi concedida, total ou parcialmente. Pesquisa ainda mais ampla foi conduzida por Denise Travassos et al, que abarcou 558 acórdãos proferidos em 2009 nos Tribunais de Justiça dos estados de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, constatando que houve alta incidência de pedidos liminares (83,8%), quase sempre deferidos (91,2%). No mérito, o índice de decisões favoráveis aos demandantes é ainda maior: 97,8%⁵⁰⁶.

Vale também lembrar que, se até 2008, de acordo com a pesquisa realizada pelo Insper, a pedido do CNJ, o percentual de liminares deferidas em desfavor do Poder Público não ultrapassava 2,7% (dois vírgula sete por cento)⁵⁰⁷, em 2015 esse percentual atingiu 17,46% (dezessete vírgula quarenta e seis por cento), atingindo 15,86% (quinze vírgula oitenta e seis por cento) em 2016 e 14,47% (catorze vírgula quarenta e sete por cento) em 2017⁵⁰⁸.

Ademais, os dados da Pesquisa Insper demonstram que os deferimentos de medicamentos chegaram a um percentual de 74,05% (setenta e quatro vírgula zero cinco por cento) do total das decisões, o deferimento de exames atingiu um percentual de 52,28% (cinquenta e dois, vírgula vinte e oito por cento), e o deferimento de pedidos de órteses e próteses ficaram com 54,19% (cinquenta e quatro vírgula dezenove por cento), ficando outros pedidos, tais como leitos de UTI e internações, na marca dos 40,51% (quarenta vírgula cinquenta e um por cento), chegando os pedidos de insumos a 40,37% (quarenta vírgula trinta e sete por cento)⁵⁰⁹.

Assim, é evidente que os juízes e tribunais brasileiros estão diariamente se manifestando sobre os procedimentos em saúde, cujas decisões criam precedentes jurídicos na jurisprudência dos Tribunais. Ainda nas lições de Ramiro Sant’Ana, o aumento no número de demandas judiciais combinada com o alto índice de deferimento dos pedidos “conduziu a um movimento de busca por critérios para orientar a atuação jurisdicional dos magistrados, ao mesmo tempo, estimular outras formas de lidar com os litígios em saúde”.⁵¹⁰

Desta forma, cabe à Administração Pública, por seus procuradores jurídicos, atentar para os precedentes jurisprudenciais sobre o caso que está sendo judicializado. Sobre a coisa

⁵⁰⁶ SANT’ANA, 2017, p. 268-269.

⁵⁰⁷ BRASIL, 2019a.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ SANT’ANA, *op. cit.*, p. 269.

julgada e os precedentes cabem aqui os ensinamentos de Luiz Marinoni, quando afirma se tratar de uma questão de segurança jurídica e de confiança para o jurisdicionado:

O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação as decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais⁵¹¹.

Ainda consoante Luiz Marinoni, a decisão judicial é “fruto do sistema judicial e não mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado”, de maneira que “torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu”⁵¹². Se a racionalidade da decisão judicial é fruto do sistema de justiça do país, não há razão para que não se lhe leve em conta para fins de justificar o acordo judicial, sendo desarrazoado à Administração ficar aguardando um desfecho certamente desfavorável, à luz dos precedentes judiciais.

Ora, os precedentes deverão ser observados pelos juízes e tribunais conforme as próprias determinações do artigo 927 do CPC⁵¹³, havendo inclusive proibição de recursos em casos nos quais o tema já tenha sido decidido em sede de demandas repetitivas e/ou recurso extraordinário. Assim, se o STJ, em matérias repetitivas, e o STF, em matérias de repercussão geral, já tiverem se manifestado, estão os demais órgãos jurisdicionais vinculados à decisão superior⁵¹⁴. Como alerta Adriano Pinto, “nas hipóteses de incidente de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, nota-se a clara intenção de não permitir a subida recursal quando a tese jurídica ou caso já houver sido julgado pelos tribunais superiores”⁵¹⁵.

⁵¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

⁵¹² *Ibid.*, p. 145.

⁵¹³ Lei nº 13.105, de 2015. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. *Cf.* BRASIL, 2015a.

⁵¹⁴ “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”. *Ibid.*

⁵¹⁵ PINTO, Adriano Moura de Fonseca. Precedentes no CPC 2015: evolução legislativa e casos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência no Tribunal Regional Federal da

Desta forma, é desarrazoado, improdutivo e antieconômico à Administração ficar no aguardo de uma decisão quando já houver precedentes sedimentados sobre o caso, sendo necessário que os gestores tomem consciência do seu papel para conseguir mudar esse cenário. Nas palavras de Bruno Megna:

[...] é preciso solidificar o uso de métodos que permitem a compreensão do conflito, com devido mapeamento do problema, bem como da solução, com clareza quanto aos objetivos almejados pelas partes envolvidas, os quais, no caso de controvérsias administrativas, podem estar ocultados pela lente (macroscópica ou microscópica) usada para enxergar a situação conflituosa. Noções como a de análise de impacto jurídico e correlatas tornam-se ferramentas indispensáveis. Ao se tomar consciência desse aspecto, percebe-se que a adequação implica escolhas de abordagem do problema, o que significa também escolher e assumir os defeitos e os riscos implicados. Ganha relevância, nesse contexto, a questão sobre quem decide a respeito dessas escolhas, ao mesmo tempo em que se percebe que a abertura para o diálogo (ouvir e ser ouvido), proporcionada por ferramentas do sistema multiportas, é um benefício tão ou mais importante que a eventual ‘eliminação’ do conflito⁵¹⁶.

Assim, havendo decisões anteriores sobre a demanda, os administradores devem levá-las em consideração na busca pela melhor forma possível de solucionar o conflito.

Nesse diapasão, cabe enfatizar, para concluir esse tópico, a decisão do STJ no REsp nº 1657156, que tinha como tese afetada a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos administrativos do SUS, referente ao Tema 106. De acordo com a decisão da Primeira Seção do STJ, o fornecimento de medicação não incorporada administrativamente pelo SUS pode ser feito desde que haja a presença acumulativa dos seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, expedido por médico que assiste ao paciente, atestando a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como atestando a ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro na ANVISA do medicamento pleiteado⁵¹⁷.

2ª Região. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 49, n. 2, p. 371-390, 2022. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/52193/33848>. Acesso em: 18 ago. 2022. p. 380-381.

⁵¹⁶ MEGNA, Bruno Lopes. **Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade**. 2023. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. p. 168-169.

⁵¹⁷ EMENTA: ADMINISTRATIVO.RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART.1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde -

Assim, de acordo com o próprio STJ, já existem critérios criados e estabelecidos para que a medicação, mesmo não sendo padronizada, possa ser concedida judicialmente. Em assim sendo, não há razão para que não se tome dos mesmos critérios para a celebração de um acordo judicial, levando ainda em consideração as evidências científicas que o caso apresenta.

Veja-se que se o pedido for feito judicialmente e estiverem presentes os requisitos estabelecidos pelo STJ, havendo julgamento em primeira instância, o máximo que um recurso interposto pela Administração Pública chegará é ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Federal, isso porque, por força do artigo 1030, inciso I, alínea b, do CPC, será negado seguimento aos demais recursos interpostos contra “acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”. Desta forma, pergunta-se: é mais racional para a Administração chegar a um acordo ou seguir adiante com procedimentos recursais sabidamente inexitosos? Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, ao analisarem economicamente como as escolhas racionais devem ser efetivadas, fazem as considerações seguintes:

Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquele que contribuir mais (escolha)⁵¹⁸.

SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. Tese para fins do ART. 1.036 do CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)**. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do sus. Possibilidade. Caráter excepcional. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 55.

Urge, pois, ao gestor, atentar aos resultados desejados, identificar as opções, valorar os custos de suas escolhas e decidir por aquela que mais contribua com os valores da Administração Pública.

De acordo com Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a Administração Pública, denominada pelos autores de burocracia, presta serviços sem uma contrapartida direta, diferentemente do que se dá no setor privado, que sempre está preocupado com os lucros e os desperdícios, de maneira que os dirigentes burocráticos, embora movidos pelo louvável intuito de prestar o melhor serviço possível, “terão como objetivo ampliar o rol de suas atribuições e dos meios postos à sua disposição”, sob pena de não fazerem uma escolha racional adequada⁵¹⁹. Ressaltam os referidos autores que a ausência de orientação de um “índice a ser maximizado” capaz de refletir “a satisfação dos clientes em relação ao custo” das decisões tomadas pela Administração Pública leva o burocrata a empregar “outros critérios para escolher entre os serviços que pode oferecer”, optando “por aqueles que lhe dão mais visibilidade, os que prometem granjear-se melhor reputação ou que ofereçam menor risco de incomodar”⁵²⁰.

Por tais razões, por uma questão de economia processual, pelo princípio de valorização da coisa pública, por respeito aos usuários do Sistema Único de Saúde, pela garantia do direito fundamental à duração razoável do processo, “é indispensável a observância dos precedentes judiciais vinculantes do artigo 927 do CPC/2015 pelos advogados públicos pareceristas, a fim de que estes possam assessorar adequadamente os gestores públicos em sua tomada de decisões”⁵²¹, conforme afirma Simone Costa. Ademais, ainda nas lições da autora, “espera-se evitar a propositura de demandas judiciais desnecessárias no futuro, as quais prejudicam não só a função jurisdicional, na medida em que assoberbam o Poder Judiciário, como também prejudicam o próprio cidadão que precisará investir tempo e recursos para ver o seu direito efetivado”⁵²².

Desta forma, fica evidente que as decisões dos Tribunais Superiores, bem como a jurisprudência pacífica sobre determinados temas, podem ser usadas como parâmetros para que a Administração faça escolhas racionais e opte por celebrar um acordo, ao invés de aguardar uma condenação judicial.

⁵¹⁹ MACKAAY; ROSSEAU, 2020, p. 191-192.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 192-193.

⁵²¹ COSTA, Simone Maria Ferreira. A administração pública na era da valorização dos precedentes judiciais: a necessária redefinição de juridicidade administrativa. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, p 1-26, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/166/153>. Acesso em: 2 ago. 2022. p. 21.

⁵²² *Ibid.*, p. 21.

5.2.1.3 A celebração do acordo em um CEJUSC com temática em Saúde com a participação de todos os interessados

Outro quesito que deve ser levado em consideração é que a celebração dos acordos seja realizada em um ambiente apropriado para tal finalidade. Não está aqui se afirmando que os acordos só podem ser celebrados perante os CEJUSCs, nem, também, desconsiderando outras instâncias, inclusive administrativas, onde se podem celebrar os mais variados tipos de composição entre Administração e administrados.

O que se está aqui asseverando é o fato da questão dos pedidos judiciais que envolvem componentes não padronizados ser bastante delicada, porque se trata de pactuação de componentes que não estão incluídos na PNM e que, por esse motivo, os gestores temem anuírem ao pedido, celebrando um acordo judicial. O intuito, aqui, é criar um ambiente favorável, com segurança jurídica, que permita a pactuação judicial para que o próprio administrador público assuma as rédeas da sua atividade, que é colocar em prática a política pública, no caso da saúde, reduzindo, assim, a interferência judicial no orçamento público.

Desta forma, um dos requisitos da evidência científica e da jurisprudência dos tribunais é a celebração nos Centros Judiciários de Solução dos Conflitos, com competência exclusiva em judicialização da saúde. Acrescente-se a isso que nessa audiência devem estar todos os atores envolvidos: Ministério Público, representantes da ANVISA; representantes da CONITEC; Procuradores dos entes demandados e os gestores públicos, além dos funcionários da justiça e o juiz coordenador do centro.

Os CEJUSCS são as unidades judiciárias “que podem ser instaladas por meio de parcerias com entidades públicas e privadas, em prédios próprios dos tribunais ou imóveis de terceiros, desde que firmado convênio, como, por exemplo, instituições de ensino”⁵²³, conforme afirma José Roberto Amorim.

Tanto a Lei de Mediação⁵²⁴ quanto o CPC⁵²⁵ determinaram que os tribunais criassem os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, reiterando o que já constava na Resolução nº 125/2010 do CNJ, que implantou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

⁵²³ AMORIM, 2020, p. 1611.

⁵²⁴ Lei nº 13.140, de 2015. “Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Cf. BRASIL, 2015.

⁵²⁵ “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Cf. *Ibid.*

São atribuições dos CEJUSCs as conciliações e mediações pré-processuais e processuais, por meio de sessões previamente agendadas. Tanto os mediadores como os coordenadores são capacitados pelos cursos desenvolvidos pelos próprios tribunais, com o aval do CNJ.

Vale destacar que já se falou e explicitou, detalhadamente, no capítulo anterior, sobre os CEJUSCs. Nesses centros, estão os profissionais que são cadastrados junto ao CNJ, por meio do CCMJ⁵²⁶, plataforma essa desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça para atender as disposições do artigo 167 da Lei nº 13.105/2015 (CPC) e ao artigo 6º, IX, da Resolução CNJ nº 125/2010.

O principal objetivo desse cadastro, como já afirmado, é “garantir a qualidade e a padronização das informações prestadas aos jurisdicionados e para interligar os cadastros de todos os tribunais”⁵²⁷. Logo, desde 2020, essa plataforma digital chamada de *Conciliajud* é um Sistema de Controle de Ações de Capacitação em Mediação e Conciliação do Conselho Nacional de Justiça. Lá estão localizadas todas as ações referentes às capacitações em Mediação e Conciliação, bem como disponibiliza, para o público em geral, um banco de dados de todos os profissionais habilitados nos termos da Regulamentação das Ações de Capacitação⁵²⁸.

Os cadastros constantes na plataforma *ConciliaJud* funcionam como um banco de dados “dos profissionais habilitados a atuarem na capacitação e nas estratégias de tratamento adequado de conflitos”, como, também, dos conciliadores e mediadores que foram formados de acordo com as exigências do CNJ.

Pelos motivos acima transcritos, acredita-se que priorizar esses centros para a celebração dos acordos nos processos que possuam pedidos de componentes não-padronizados é também um requisito que dará segurança jurídica aos administradores públicos em decorrência da seriedade e compromisso com que os centros são estruturados. Como destacam Daldice Santana e Bruno Takahashi, no tocante à responsabilidade que esses centros possuem:

⁵²⁶ Para acessar ao Sistema do ConciliaJud, acesse o CCMJ em: <https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj>.

⁵²⁷ BRASIL, 2023e.

⁵²⁸ BRASIL, 2020a.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) são os grandes responsáveis pela execução dos ditames da Resolução CNJ nº 125/2010. De fato, tal Resolução propõe uma estrutura que se organiza em três níveis, partindo das diretrizes gerais traçadas no art. 6º, passando pela coordenação local dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), prevista no art. 7º, e chegando à efetiva execução da Política pelos CEJUSCs (art. 8º)⁵²⁹.

Porém, vale ressaltar que não se trata de qualquer CEJUSC, mas aquele criado especificamente para tratar das demandas da Saúde, porque é importante que outros atores estejam envolvidos. Tome-se, como exemplo, o CEJUSC Saúde da cidade do Natal. Esse Cejusc foi criado mediante um Termo de Cooperação entre o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o Estado, o Município com a participação das Secretarias de Saúde, tanto estadual como municipal.

Veja que segundo o Termo de Cooperação nº 10/2017, que criou inicialmente uma Câmara de Conciliação e, que, posteriormente, foi transformada em CEJUSC, prevê que “os servidores indicados pela Secretaria de Estado da Saúde Pública (SESAP) e Secretaria Municipal de Saúde (SMS) para participarem da CJCS (Câmara Judicial de Conciliação de Saúde) – TJ Saúde – deverão, preferencialmente, terem conhecimento técnico do sistema de gestão pública do qual façam parte” (parágrafo primeiro da Cláusula Primeira). E que “os procuradores judiciais da Procuradoria Geral do Estado (PGE) e Procuradoria Geral do Município (PGM) devem ter competência para assinarem os acordos formulados pelas partes” (parágrafo segundo da Cláusula Primeira) (Anexo 2).

Dessa maneira, é necessário que o CEJUSC seja temático porque as pessoas envolvidas precisam ter conhecimentos específicos sobre a gestão administrativa. São funcionários que precisam saber como as medicações são adquiridas, quais os locais que podem realizar os procedimentos e que fornecedores podem ser acionados. Então, se não houver esse conhecimento técnico, a política de pacificação não renderá bons frutos.

A presença dos procuradores judiciais é importante porque eles representam judicialmente as pessoas jurídicas públicas demandadas cujo conhecimento técnico é totalmente necessário; sem contar que os conciliadores e mediadores também precisam ter a capacitação adequada para que possam atender as necessidades dos usuários/jurisdicionados.

Defende-se também que haja a participação do Ministério Público, Estadual ou Federal, dependendo se há ou não interesse da União, atuando no caso como fiscal da lei.

⁵²⁹ SANTANA, Daldice; TAKAHSHI, Bruno. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: uma obra em obras. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010. São Paulo: IPAM, 2020. p. 139-154. p. 141.

A maioria dos membros do Ministério Público declina da atuação quando não há interesse de incapaz na demanda, o que obrigaria a sua atuação. Entretanto, aqui se alega dois importantes motivos para a sua participação. Primeiro, porque são também responsáveis pela efetivação da política nacional de conciliação conforme previsão do § 3º do artigo 3º do CPC, que prescrevem que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”⁵³⁰.

Segundo, porque como se trata de pedidos que não estão incluídos na política pública de ações ou medicamentos de dispensação obrigatória pelo SUS, deve o Ministério Público atuar com base no artigo Art. 178, inciso I do CPC que prescreve sua participação como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses que envolvam “interesse público ou social”. Como bem observam Rayane Rodrigues e Vanessa Oliveira:

O MP e a Defensoria Pública tornaram-se atores centrais na formulação das demandas sobre políticas públicas levadas aos juízes, e os movimentos da sociedade civil, de forma direta ou por meio de instituições do sistema de justiça, também passaram a inserir suas demandas nos tribunais⁵³¹.

Aqui deve ser considerado que o interesse público que legitimaria ou fundamentaria a participação do *Parquet* como *custos legis* é aquele em decorrência da possibilidade de “proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses”, conforme previsto no art. 129, III da CF/88⁵³². Em consonância também com a Súmula 329 do STJ que afirma que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”⁵³³.

O interesse público que exige a presença do MP é aquele interesse primário, indisponível, que fundamenta a supremacia da coisa pública, e que diferencia o que é público do que é privado. Não são os interesses secundários que o colocam na mesma condição dos particulares. Nas lições de Celso de Melo:

⁵³⁰ BRASIL, 2015a.

⁵³¹ RODRIGUES; OLIVEIRA, 2022, p. 4.

⁵³² Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Cf. BRASIL, [2020].

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 329**. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Brasília, DF, 10 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2099/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 10 mar. 2023.

Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito⁵³⁴.

Aliás, registre-se que o Ministério Público é um dos legitimados a propor a ação de improbidade administrativa na presença dos gestores públicos, conforme disciplina o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa⁵³⁵. Logo, é evidente que sua participação, de certo modo, avaliza o acordo formulado, permitindo que haja tranquilidade e segurança jurídica por parte do administrador. Quanto mais pessoas legitimadas estiverem presentes, mais as pactuações serão validadas, sinalizando, assim, que toda a estrutura judicial e administrativa está empenhada na melhor solução possível.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, prescreve que é o Ministério Público a “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁵³⁶. O Ministério Público ganhou “uma conformação inédita e poderes alargados”, de acordo com Gilmar Mendes e Paulo Branco e “ganhou desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa”, concluem os autores⁵³⁷.

Em 1990, com a Lei n. 8.078, mediante a definição dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, veio também a responsabilidade do Ministério Público com a promoção da Ação Civil Pública, surgindo “uma nova instituição, dotada de independência institucional, em um modelo pouco comum quando comparado com organizações parecidas em outros contextos democráticos”⁵³⁸, como advertem Rayane Rodrigues e Vanessa Oliveira.

O Ministério Público, no que diz respeito à judicialização da saúde, tanto tem importante atuação judicial como extrajudicial, haja vista a gama e vasta agenda de sua competência: instauração de Inquérito Civil (IC) e propositura de Ação Civil Pública, elaboração de Termos de Ajustamento de Condutas (TAC), Audiências Públicas, Recomendações e propositura de Ações de Improbidade Administrativa. Enfim, muitas são

⁵³⁴ MELLO, 2012, p. 66.

⁵³⁵ Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. “Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei”. Cf. BRASIL, 1992.

⁵³⁶ BRASIL, [2020].

⁵³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1137.

⁵³⁸ RODRIGUES; OLIVEIRA, 2022, p. 6.

suas atribuições e conforme relatório do CNJ, de 2018, “promotores dão preferência para atuação extrajudicial como forma de evitar a morosidade da Justiça e agir de forma mais independente”⁵³⁹, nas conclusões de Rayane Rodrigues e Vanessa Oliveira.

Assim, seria de extrema importância a participação do Ministério Público para que não houvesse quaisquer alegações de descumprimento de dever funcional por parte dos gestores. Seria o caso de o Conselho Nacional de Justiça junto com o Conselho Nacional do Ministério Público elaborarem um termo de cooperação para que houvesse a participação tanto dos promotores de justiça como dos procuradores federais, dependendo da competência jurisdicional.

Por último, como todos os atores interessados devem participar da pactuação judicial, seria de suma importância que também houvesse a participação de representantes da ANVISA e da CONITEC. Esses dois órgãos fazem parte da estrutura oficial do Governo Federal, trabalhando na fiscalização, aprovação e incorporação de medicamentos, insumos ou procedimentos médicos. Ambos estão diretamente vinculados à incorporação de medicamentos e fármacos no país, sendo que a CONITEC auxilia o MS para a incorporação das ATS ao Sistema Único de Saúde. Pode-se dizer que são os dois mais importantes órgãos de atuação na política pública de saúde do país.

A ANVISA é uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, instituída Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999 e foi regulamentada pelo Decreto nº 3029, de 16/04/1999. No rol das suas atribuições, está o que dispõe o art. 200 da Constituição Federal, que é “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”⁵⁴⁰.

A atuação da ANVISA é mais ampla, considerando que sua finalidade institucional é promover “a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados”⁵⁴¹.

No site da ANVISA se tem acesso às diversas informações sobre medicamentos, insumos e procedimentos que entram em circulação no país. Também se tem acesso às discussões que estão sendo feitas a respeito de procedimentos, sobre os laboratórios e tudo

⁵³⁹ RODRIGUES; OLIVEIRA, 2022, p. 7.

⁵⁴⁰ BRASIL, [2020].

⁵⁴¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Institucional**. Brasília, DF: Anvisa, [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/institucional>. Acesso em: 27 fev. 2023.

que está ocorrendo em termos de vigilância sanitária no país. O site é bastante rico em informações e de fácil consulta, não havendo nenhum tipo de empecilho para seu acesso.

Já a CONITEC no SUS também é um órgão federal, mas sua atuação é bem mais específica do que a ANVISA, visto que age no estudo e na aprovação de novas tecnologias para serem incorporados ao Sistema Único de Saúde. A CONITEC foi instituída pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, sendo assistida pelo Departamento de Gestão de Incorporação de Tecnologias e Inovação em Saúde (DGITIS). Esse departamento está vinculado ao Ministério da Saúde e tem como atribuição assessorar na incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração dos PCDT. A CONITEC é composta por dois fóruns: o plenário e a Secretaria Executiva. O plenário é formado por membros do Conselho Federal de Medicina (CFM), do Conselho Nacional de Saúde (CNS), do CONASS, do CONASEMS, da ANS e da ANVISA. E a Secretaria Executiva pelo DGITIS.

Compete ao plenário a emissão de recomendação sobre incorporação, exclusão ou alteração das tecnologias no âmbito do SUS, sobre constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e atualização da RENAME. As recomendações emitidas pelo Plenário são submetidas à consulta pública (CP) pelo prazo de 20 dias, exceto em casos de urgência da matéria, quando a CP terá prazo de 10 dias. As contribuições e sugestões da consulta pública são organizadas e inseridas ao relatório final da CONITEC, que, posteriormente, é encaminhado para o Secretário de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde para a tomada de decisão. O Secretário da SCTIE pode, ainda, solicitar a realização de audiência pública antes da sua decisão⁵⁴².

A Secretaria-Executiva, exercida pelo DGITIS, é responsável pela gestão e coordenação das atividades da Comissão, bem como a emissão de relatórios técnicos sobre a tecnologia avaliada, levando em consideração as evidências científicas, a avaliação econômica e o impacto da incorporação da tecnologia no SUS⁵⁴³.

No site da CONITEC se tem acesso aos relatórios de avaliação das tecnologias para saber, inclusive, porque um medicamento não foi incorporado à política pública. Também tem acesso às informações quando o parecer é favorável à incorporação.

Considerando que as tecnologias surgem todos os dias, nas mais diversas formas e variações possíveis e atentando ao fato de que até a sua incorporação pode ter muitas ações

⁵⁴² COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **A comissão**. [S. l.], 13 abr. 2015. Disponível em: <http://antigo-conitec.saude.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁵⁴³ *Ibid.*

ajuizadas envolvendo pedidos relativos a produtos ou procedimentos não incorporados à política pública de saúde, é que se propõe a cooperação da CONITEC e da ANVISA. Aquiescendo com as lições de Murilo Contó e Luciene Bonan, para os quais a atuação em conjunto poderia reduzir o tempo de espera pela incorporação de novas tecnologias, manifestam-se nos seguintes termos:

Outro ganho possível, considerando uma maior cooperação da Anvisa com a Conitec, seria a possibilidade de acelerar a promoção do acesso dos DMs à população, antecipando o início das avaliações por meio do Monitoramento de Horizonte Tecnológico (MHT). O MHT realizado pela Conitec tem por finalidade detectar de forma precoce tecnologias novas ou emergentes que sejam promissoras para uma futura incorporação no sistema de saúde ou demonstrem algum tipo de ameaça potencial. A geração de informes e pareceres de MHT poderia ter como “gatilho” as petições de registro na Anvisa, nas quais a apresentação de estudos clínicos para a comprovação de eficácia e segurança é exigida. Como essa exigência está atrelada aos DMs com características inovadoras ou àqueles que possuem maior risco, pode-se presumir que esses DMs seriam os de maior potencial para um acompanhamento precoce. O compartilhamento desses estudos e de outras informações dos DMs ainda na etapa de registro da Anvisa poderia diminuir o tempo o lapso temporal existente entre o registro sanitário e o acesso⁵⁴⁴.

Desse modo, pela importância que referidos órgãos possuem na tomada de decisão da incorporação ou não dos procedimentos e medicamentos na política pública de saúde, é que se recomenda também a participação de representantes da CONITEC e da ANVISA nas audiências de conciliação dos processos que envolvem pedidos de componentes não padronizados. E na hipótese de não haver a participação direta desses órgãos, sugere-se que todos os acordos, após homologação judicial, sejam encaminhados a CONITEC, para que se possa provocar a manifestação das autoridades competentes no sentido de avaliarem ou não a oportunidade de inclusão na política pública ou, na impossibilidade de incorporação, analisarem economicamente a viabilidade de manutenção dessas demandas judiciais perante os gastos públicos.

5.2.1.4 A homologação judicial: Princípio da Juridicidade X Princípio da Legalidade

A homologação judicial do acordo é uma consequência natural da composição entre as partes se a pretensão está judicializada, por força do artigo 487, inciso III, alínea b do CPC.

⁵⁴⁴ CONTÓ, Murilo; BONAN, Luciene Fontes Schluckebier. Arcabouço legal da incorporação e acesso a dispositivos médicos no Brasil: estrutura, tipos de avaliação e oportunidades para avanços. **Jornal Brasileiro de Economia da Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 213-225, 2020. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/12/1141304/jbes-v12n3-p213-225.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022. p. 222.

Dispõe o referido dispositivo processual que o juiz resolverá o mérito da causa quando homologa a transação.

Foi visto que atualmente existe uma política nacional de tratamento adequado dos conflitos implantada formalmente pelo CNJ em 2010, pela Resolução n. 125 e que, posteriormente, foi ratificada pelo CPC e pela Lei de Mediação. Registre-se que nas referidas legislações a composição amigável entre as partes é algo tão sério que o CPC destinou um capítulo inteiro (Capítulo V) para versar sobre a audiência de conciliação ou de mediação e incluir conciliadores e mediadores como partes do processo, disciplinando a atuação jurisdicional de referidos profissionais, ocorrendo de forma similar nos dispositivos da Lei de Mediação.

“Comparecer à audiência de conciliação ou mediação é um dever processual das partes. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa”⁵⁴⁵, alerta Fredie Didier Júnior.

A tentativa de conciliar ou mediar as partes antes de se entregar o processo à jurisdição estatal é uma realidade que deve ser estimulada por todos os atores da justiça, nos termos do artigo 3º do CPC. Desta forma, não há por que não se buscar também uma solução consensual, mesmo em se tratando de medicamentos ou procedimentos não padronizados. Como se pretende criar um sistema de requisitos jurídicos para viabilizar que nessas demandas possam vir um acordo entre as partes e assim se atenuarem os efeitos da sentença condenatória, a homologação judicial da transação é também um fator de segurança para ambas as partes.

A homologação judicial da transação é um caso de resolução do mérito. E o que seria o mérito de um conflito? “Por mérito, considera-se o objeto litigioso, que diz respeito ao pedido (questão principal)”⁵⁴⁶, como afirma José Miguel Medina. Resolver o mérito é adentrar na natureza do litígio, é buscar a solução jurídica para o caso. Ressalte-se que quando há transação (conciliação ou mediação) é pelo fato de que as próprias partes chegaram a uma solução possível.

“Ao homologar atos autocompositivos manifestados pelas partes, o juiz realiza atividade jurisdicional típica: a jurisdição tem por função, além de julgar o pedido, também,

⁵⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, 2022, p. 797.

⁵⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 778.

de promover a solução da lide através de meios consensuais”⁵⁴⁷, alerta, ainda, José Miguel Medina.

Assim, a atividade jurisdicional que é colocada na homologação do acordo é uma segurança jurídica para o administrador público. Não está o gestor agindo por conta própria, está ali buscando junto com o Poder Judiciário uma solução adequada aos fatos.

A pactuação realizada judicialmente, além de garantir o direito fundamental à saúde aos usuários do sistema público, resguarda a supremacia do interesse público e preserva a autonomia e independência entre os poderes. Os interesses públicos são preservados porque o próprio administrador conduzirá a compra ou a realização do procedimento, dentro de sua capacidade financeira. Resguarda-se a separação e harmonia dos poderes, porque retira do Judiciário a opção política da escolha administrativa.

Segundo Germana Moraes, “a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”⁵⁴⁸.

Encontra-se o princípio da juridicidade previsto no artigo 8º do CPC, quando esse prescreve que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”⁵⁴⁹. Para Fredie Didier Júnior, o termo legalidade deve ser lido como juridicidade, visto que a menção à legalidade é claramente um “eco do tempo em que se via apenas a lei como fonte do Direito e, além disso, um lapso causado pela tentativa de reproduzir a parte final do art. 37 da CF/88”⁵⁵⁰.

Ainda na visão de Fredie Didier Júnior, o princípio da juridicidade pode funcionar sob dois aspectos: como norma processual e como norma de decisão. Será norma processual quando dita as regras de observância do devido processo legal. Sua aplicação como norma material impõe ao juiz o dever de “decidir em conformidade com o Direito, com o ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes”⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ MEDINA, 2017, p. 778.

⁵⁴⁸ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 65.

⁵⁴⁹ Lei nº 13.105, de março de 2015. “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Cf. BRASIL, 2015a.

⁵⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, 2022, p. 119.

⁵⁵¹ *Ibid.*, loc. cit.

Observar o princípio da juridicidade é o “dever de observância dos precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (arts. 926-927 p. ex.), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade”⁵⁵², conclui Fredie Didier Júnior.

O princípio da juridicidade é muito mais amplo do que o princípio da legalidade. Observar a lei é respeitar a Constituição, as leis, os regulamentos e os atos administrativos. Contudo, há normas implícitas que não estão escritas (costume) e há também normas não estatais (contratos) que devem ser observadas. Por isso, o princípio da juridicidade não pode ser reduzido ao princípio da legalidade. Achar que legalidade significa juridicidade é apenas interpretar literalmente a lei e aplicar ao caso concreto. Juridicidade é muito mais do que essa simples atividade, envolve “decidir em conformidade com o Direito, compreendido como o conjunto de normas jurídicas positivadas em um dado ordenamento”⁵⁵³, ensina Fredie Didier Júnior.

Entre os requisitos para a formalização do acordo em componentes não padronizados, apontou-se as decisões dos tribunais superiores, em especial, aquelas decisões do STJ prolatadas em recursos repetitivos e as decisões do STF em processos com repercussão geral, como fontes de informação para o administrador público.

Nesse tópico, ao ser abordado o princípio da juridicidade diante do princípio da legalidade, se pretende alertar para o fato de que o administrador público não pode se ater a cumprir a lei tal como está posta sem sequer questionar outros fatores. O administrador precisa cumprir o que está na lei, porém precisa interpretá-la em consonância com a supremacia constitucional. Nas palavras de Gustavo Binbenojm, “trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e princípios que esta consagra”⁵⁵⁴.

Os princípios consagrados na Constituição e, em especial, a dignidade humana e os direitos fundamentais devem ser o norte do administrador público. Não é possível cumprir a lei somente por cumprir, é necessário averiguar e pontuar as consequências de seus atos. De acordo com Simone Costa é preciso fazer uma releitura do princípio da legalidade:

⁵⁵² DIDIER JÚNIOR, 2022, p. 119.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 120.

⁵⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 65.

A supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico fez com que os princípios e regras na atividade administrativa, ocasionando uma releitura dos seus institutos pela ótica constitucional. Exemplo disso foi a transformação da concepção da legalidade administrativa. Em razão do normativismo kelseniano, concebia-se a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei (doutrina da positive Bindung), ou seja, a Administração Pública tinha como pressuposto necessário para sua atuação a previsão legal⁵⁵⁵.

No entanto, alega Francisco Fernandes que essa legalidade “não pode ter tratamento de princípio soberano, restando ser mais um princípio a ser seguido, dentre muitos outros presentes no ordenamento jurídico”⁵⁵⁶.

O princípio da juridicidade é, então, aquele que garante uma verdadeira proteção ao regime democrático e à defesa dos direitos fundamentais, visto que toda e qualquer atividade do estado, seja essa administrativa, jurisdicional ou legislativa, deve pautar-se nos princípios consagrados pela Constituição. A juridicidade vai muito além da legalidade, porque “vincula a atividade estatal ao conjunto de princípios e regras, valorizando a realização dos direitos do homem sobre a mera aplicação da lei administrativa”⁵⁵⁷, como pontua Francisco Fernandes.

Para Francisco Fernandes, a Juridicidade tornou-se, na atualidade, um “supraprincípio para administração pública do qual irá englobar não só as leis materiais mais todo arcabouço normativo como decretos atos normativos regulamentos instruções normativas, ética, moral, moralidade pública, conduta e costumes”⁵⁵⁸.

Na perspectiva de Gustavo Binenbojm, o Administrador Público deixa de ser aplicador da lei para ser aplicador da Constituição, e mesmo diante de uma tomada de decisão discricionária ele deverá dar preferência “a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, caput), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados”⁵⁵⁹, esvaziando o espaço de conveniência e da oportunidade administrativas. Conforme, ainda, o autor, o administrador público continua a cumprir a lei, se constitucional (atividade segundo a lei) e poderá cumprir independente de lei, mas desde que fundamentado na Constituição; ou, ainda, deixar de cumprir, ponderando o princípio da legalidade diante de outros princípios constitucionais⁵⁶⁰. São elementos normativos que compõem o bloco de legalidade administrativa, a ser observado pelo administrador público:

⁵⁵⁵ COSTA, 2021, p. 6.

⁵⁵⁶ FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da juridicidade: o supra princípio normativo no direito público. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 3, v. 6, p. 291-300, set./dez. 2013. p. 294.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 297.

⁵⁵⁹ BINENBOJM, 2014, p. 148.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

(I)As normas constitucionais (devendo também serem consideradas as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas Municipais); (II)A legislação infraconstitucional (espécies normativas previstas nos incisos II a V do art. 59 da CRFB21); e(III)Os regulamentos (presidenciais, setoriais, ministeriais e de outros órgãos da Administração direta e indireta, veiculados por decretos, resoluções, portarias ou circulares)⁵⁶¹.

Sopesando que a juridicidade é um importante princípio para a garantia da supremacia constitucional, para a defesa da ordem democrática e dos direitos e garantias fundamentais, tem-se que as decisões judiciais, em especial aquelas com base na jurisprudência dos tribunais superiores, fazem parte do rol normativo que deve ser observado pelo Administrador Público. Nas palavras de Simone Costa:

A partir do reconhecimento formal da força vinculante de certas decisões judiciais em nosso ordenamento jurídico pelo CPC/2015 e da substituição da legalidade estrita pelo princípio da juridicidade, deve o administrador público vincular-se aos precedentes judiciais listados no artigo 927 do CPC/2015, mesmo sem haver previsão na lei processual nesse sentido. Seria incoerente se certas decisões judiciais fossem de observância obrigatória para juízes e tribunais, mas facultativas para o administrador público, tendo em vista a adoção do sistema da jurisdição una pelo nosso ordenamento. Aliás, nem é recomendável que o advogado público, na função de parecerista, ignore as decisões fortes do Poder Judiciário. Frise-se, o Direito é uno, não há um direito para a Administração Pública e outro para o Poder Judiciário⁵⁶².

Conclui-se, por conseguinte, que a homologação judicial do acordo feito em sede de uma unidade jurisdicional própria (Cejusc com temática em Saúde), com base em evidência científica, diante da participação de todos atores interessados e com fundamento das decisões dos tribunais (jurisprudência sobre o caso) é, conforme o princípio da juridicidade, mais do que suficiente para justificar e fundamentar a escolha administrativa para solucionar de forma econômica e viável a demanda, afastando, assim, os efeitos de uma sentença condenatória.

5.2.1.5 A participação do Tribunal de Contas

Para concluir a elaboração desse sistema de requisitos, apenas para que não haja posteriormente qualquer tipo de perseguição ao administrador público, sugere-se como último item a participação do Tribunal de Contas, seja do Estado, da União ou do Município, isto é, nos lugares que exista esse órgão, cuja finalidade é dar ciência ao órgão fiscalizador da formalização dos acordos.

⁵⁶¹ BINENBOJM, 2014, p. 149.

⁵⁶² COSTA, 2021, p. 2.

Caso não haja a possibilidade de participação de algum auditor, acredita-se que o envio de cópia da decisão poderia suprir a participação do representante desse órgão, para que se dê ciência ao Tribunal que tem o poder de controle das contas públicas.

Tanto a presença do auditor nas audiências como o simples envio das sentenças poderia ser formalizado mediante termo de cooperação, em que se poderiam estabelecer os critérios para a efetivação dos acordos. O importante é que os Tribunais de Contas estivessem também cientes dessa atividade.

5.3 AS VANTAGENS DA AUTOCOMPOSIÇÃO PARA A FAZENDA PÚBLICA NOS COMPONENTES NÃO PADRONIZADOS

Para finalizar os estudos é importante que se tragam alguns aspectos relativos às vantagens que poderiam ser alcançadas se houvesse a pactuação judicial dos componentes não padronizados. Conforme aqui já afirmado, não se pretende apurar quanto em termos de valores monetários se economizariam com os acordos nesse tipo de demanda. A tarefa é alertar para o fato de que diariamente são “requeridas e deferidas antecipações de tutela, e na larga maioria das sentenças e dos acórdãos a decisão é favorável ao demandante”, conforme aduz Bruno Megna⁵⁶³. Para tanto, serão elencadas algumas das questões que provavelmente deixarão de ocorrer caso o acordo seja formalizado e com isso se permitirá uma atitude mais proativa da Administração Pública.

Inicialmente, é interessante apontar levantamentos que são feitos por uma ferramenta criada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, denominada de *GPSMed*. De acordo com as informações obtidas no site do órgão, a ferramenta foi desenvolvida com a finalidade de atender a Agenda 2030 da Assembleia Geral das Nações Unidas, no tocante as 17 metas globais para o desenvolvimento sustentável, contribuindo para o estudo e análises sobre a saúde pública⁵⁶⁴. Sobre como o GPSMed funciona, extrai-se informações do próprio sítio eletrônico:

⁵⁶³ MEGNA, 2023, p. 310.

⁵⁶⁴ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Análises da Judicialização na Área da Saúde - RN**. Natal: TJRN, 2023a. Disponível em: <https://gpsmed.tjrn.jus.br>. Acesso em: 2 ago. 2023.

Para as análises que consistem na identificação das doenças e medicamentos a partir das demandas repetitivas na Área de Saúde Pública, inicialmente foi feita a busca e extração de documentos (Sentença, Decisão, Petição Inicial e Intimação) de todos os processos e procedimentos distribuídos a partir de 2016. Após a extração dos documentos, é executado um algoritmo de inteligência artificial responsável pela identificação das doenças e medicamentos. Este algoritmo faz a busca baseando-se na CID e/ou em palavras-chave previamente mapeadas. Neste sentido, do total de 15.813 processos analisados, dos quais em 10.343 processos (65,4%) encontrou-se alguma doença e em 4.547 processos (28,8%) encontrou-se algum medicamento. Ressalta-se que nos algoritmos de identificação para os medicamentos foram usadas como base a Lista de Medicamentos de Referência da ANVISA e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME⁵⁶⁵.

O GPSMed é um importante instrumento para ser utilizado pelo administrador público no tocante ao monitoramento das demandas da saúde em todo o Estado. A ferramenta permite mapear as demandas por municípios, por solicitações, por usuários e pelas partes demandadas. Assim, tanto o Município como o Estado podem mapear onde estão os problemas e buscarem uma solução adequada para o caso. Para o Município de Natal a ferramenta consegue, inclusive, mapear as demandas por bairros. Registre-se, também, que os dados são atualizados diariamente de acordo com a movimentação dos processos no Sistema Eletrônico PJe, que é utilizado pelos tribunais do País.

A plataforma foi apresentada durante a V Jornada de Direito à Saúde do FONAJUS que aconteceu na cidade de Salvador, nos dias 18 e 19 de agosto do ano de 2023⁵⁶⁶. Na oportunidade, foram apresentados os seguintes dados sobre a judicialização da saúde sobre o Estado do Rio Grande do Norte, retirados a partir do GPSMed:

Atualmente, há 4,4 mil ações sobre saúde tramitando no Rio Grande do Norte. De acordo com a Plataforma, os assuntos mais recorrentes são: fornecimento de medicamentos (2,6 mil processos); UTI ou UCI (1.427); obrigação de fazer/não fazer (1.343 processos); tratamento médico hospitalar (1.290), entre outros. Em relação às doenças, os dados do sistema revelaram que, dos 7.696 processos já finalizados, a maior demanda processual foi relativa ao diabetes (quase 10% dos casos), a doenças transmissíveis (6,4%); traumatismos (5,4%); neoplasia maligna (4,9%); cálculo renal (4,2%); hipertensão (3,6%); infarto (2,8%); insuficiência respiratória (2,5%); e insuficiência renal (2,4%)⁵⁶⁷.

A plataforma, se bem utilizada, será um instrumento de grande ajuda para o controle das demandas da saúde por parte dos gestores públicos que podem detectar os gargalos existentes e atuarem de forma eficiente nos problemas mapeados.

⁵⁶⁵ RIO GRANDE DO NORTE, 2023.

⁵⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plataforma do TJRN que mapeia ações relativas à saúde auxilia elaboração de políticas públicas**. Brasília, DF: CNJ, 19 ago. 2022d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-do-tjrn-que-mapeia-acoes-relativas-a-saude-auxilia-elaboracao-de-politicas-publicas/>. Acesso em: 15 set. 2022.

⁵⁶⁷ BRASIL, 2022d.

Para efeitos dessa pesquisa, para se ter uma ideia de como os componentes não padronizados impactam nos orçamentos públicos, foram coletados os dados das demandas de “*Home Care*” no Estado. Antes de se apresentarem os dados, são necessários alguns esclarecimentos sobre esse tipo de demanda.

O famoso pedido de “*home care*”, conforme ficou conhecido, está crescendo em todo o país e como está sendo demandado atualmente, não se observa um serviço efetivo oferecido pela política pública dos Estados. Segundo Nuns e Scaff, deve-se atentar para o fato de que não se pode confundir pedido relacionado com as prestações de serviço que são garantidas em políticas públicas com as obtenções tecnológicas ainda não incorporadas (padronizadas) pelo SUS. No caso das tecnologias já incorporadas, seguindo os preceitos dos referidos autores, “o direito à obtenção do tratamento ou do medicamento prescrito normativamente é mais do que patente – salta aos olhos. A judicialização da demanda é plenamente pertinente, pois visa a obter o que a norma determinou e não está sendo cumprido”⁵⁶⁸.

No caso do pedido de *home care* não há uma política pública referente a esse tipo de atendimento. O que consta no Ministério da Saúde⁵⁶⁹ é um programa de desospitalização denominado de “Melhor em casa”, o qual tem como finalidade “proporcionar ao paciente um cuidado mais próximo da rotina da família, evitando hospitalizações desnecessárias e diminuindo o risco de infecções, além de estar no aconchego do lar”⁵⁷⁰.

O atendimento domiciliar por meio do programa *Melhor em Casa*, de acordo com Ministério da Saúde, “atende 42% da população brasileira e está presente em 827 municípios, com oportunidade de ser ampliado e expandido para mais cidades”⁵⁷¹. O programa tem 10 anos de funcionamento e atua de forma integrada com as redes de atenção do sistema público, desenvolvendo “ações de prevenção, do tratamento, reabilitação e cuidados paliativos, com o objetivo de reduzir a demanda por hospitalização”⁵⁷², como afirmou Mariana Dias, durante a *V Jornada da Saúde*. Ainda de acordo com a autora, “apesar do investimento federal de R\$

⁵⁶⁸ NUNES, Antonio José Avelã; SCAFFS, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45-46.

⁵⁶⁹ Maiores informações sobre como receber atendimento domiciliar, Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção domiciliar**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/dahu/atencao-domiciliar>. Acesso em: 10 jun. 2023.

⁵⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Melhor em casa**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 13 jul. 2021e. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/dahu/atencao-domiciliar/melhor-em-casa>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁵⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Home care**: judicialização deve ser qualificada, com dados médicos e sociais. Brasília, DF: CNJ, 22 ago. 2022e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/home-care-judicializacao-deve-ser-qualificada-com-dados-medicos-e-sociais/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁵⁷² *Ibid.*

3,5 bilhões durante os 10 anos do programa, não é possível atender a todos os pacientes. É preciso lembrar que o que vai dizer a necessidade do paciente é, de fato, uma avaliação bastante acurada”⁵⁷³.

Nessa vertente, o pedido de *home care* como é pleiteado atualmente nas ações não é contemplado porque não está *classificado* como *atendido* pela política do programa *Melhor em Casa*. Esse tipo de demanda tem gerado aos cofres públicos do RN, segundo os dados do GPSMed⁵⁷⁴, um gasto de R\$ 18.418.532,68 (dezoito milhões, quatrocentos e dezoito mil, quinhentos e trinta e dois reais, e sessenta e oito centavos), referentes à tramitação de 573 processos no Estado entre pendentes e arquivados, em que foram demandados tanto o RN como o município de Natal. Contabilizando somente os processos em curso, esse valor é de R\$ 12.957.827,47 (doze milhões, novecentos e cinquenta e sete mil, oitocentos e vinte sete reais, e quarenta e sete centavos), custo esse de 328 ações em andamento.

Percebe-se que, por uma questão “vocabular”, levando-se em conta a política pública desenvolvida, tem-se a denominação “atendimento domiciliar”; no entanto, os médicos prescrevem esse *atendimento domiciliar* como “*home care*”. Por uma questão de nomenclatura, os gestores se recusam a fazer acordos e a pactuarem nas ações, retomando o controle do gasto público, por entenderem que não podem fazer isso, pois estariam descumprindo o princípio da legalidade e, com isso, estariam incorrendo em improbidade administrativa.

É, portanto, inconcebível que algo não seja feito para que se possa mudar a mentalidade dos gestores relacionada a essa questão. Por essa razão é que se recomenda uma série de condições que poderiam levar a Administração Pública a repensar sobre o seu papel diante do novo cenário que se faz presente, em especial com o princípio da juridicidade, o qual também deve nortear as ações dos gestores públicos, como bem conclui Vladimir França:

Salvo precedente judicial em contrário, o princípio da legalidade deve ser concretizado em todos os campos da atividade administrativa, devendo ser parâmetro inafastável do seu controle pelos órgãos competentes. Mas a legalidade administrativa não deve ser um único parâmetro de juridicidade na observância, aplicação e execução da lei pelo Estado-Administração⁵⁷⁵.

Com base nessa situação, propõe-se uma mudança de atitude com relação à resistência administrativa em face da pactuação judicial de componentes não especializados

⁵⁷³ BRASIL, 2022e.

⁵⁷⁴ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **GPSMed**: tratamentos. Natal: TJRN, 2023. Disponível em: <https://gpsmed.tjrn.jus.br/Tratamentos>. Acesso em: 2 ago. 2023.

⁵⁷⁵ FRANÇA, 2023, p. 218.

mesmo quando existe comprovação científica sobre os fatos. Tome-se como exemplo a medicação enoxaparina sódica, já citadas linhas atrás, que tem evidência científica para uso em grávidas com trombofilia crônica. Tal medicação foi devidamente incorporada ao SUS, mas antes somente se conseguia a efetivação do direito por meio das demandas judiciais ante o poder público.

Também não é levado em consideração pelos gestores os precedentes judiciais, pois várias ações que já possuem decisão pacificada, inclusive os componentes não padronizados que já possuem julgamento pelo STJ, o Recurso Especial (REsp) nº 1657156, tem como tese afetada a obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamentos não incorporados em atos administrativos do SUS, referente ao Tema 106, em que o tribunal fixou os parâmetros para a concessão. Ademais, deve-se atentar para o fato de que como se trata de um julgamento referente a um recurso repetitivo, inclusive com tema afetado, será de observação obrigatória por força do artigo 927, inciso III do CPC. Por que não estaria a Administração Pública também vinculada a essas decisões? Por que é necessário recorrer mesmo sabendo que o recurso não será produtivo, se as razões forem fundamentadas apenas no fato da medicação não está no protocolo do SUS? Compreende-se, decerto, que não fazem sentido, nessa situação, as possíveis e recorrentes justificativas alegadas.

Por último, outro fator que também pode ser considerado de extrema legalidade é a questão da nomenclatura dos procedimentos. Veja que o “Programa Melhor em Casa”, que desenvolve a política de atendimento domiciliar, não é pactuada simplesmente porque o nome do pedido que os advogados e defensores públicos usam para o requerimento é “*home care*”. Justificam os gestores que a designação é importante, porque *home care* seria uma figura dos planos de saúde, enquanto *atendimento domiciliar* é o nome da ação desenvolvida pelo SUS. Concorde-se com a questão das identificações, não se tira o mérito do tecnicismo, porém é de um rigor legalista sem qualquer justificativa ter que enfrentar demandas que chegam a um vulto de 18 milhões para os cofres públicos, conforme dados do GPSMed citados anteriormente, por uma simples questão terminológica.

Aprecia-se, então, que com o processo judicial ao final, na maioria dos casos, resultará em uma sentença condenatória, com possíveis bloqueios nas contas públicas e que o Judiciário assume um papel de gestor das políticas públicas, do qual não tem competência. Inúmeras seriam as vantagens que adviriam com uma pactuação nos casos estudados: a) a própria administração retomaria o controle da demanda; b) evitar-se-iam os bloqueios nos cofres públicos; c) contribuir-se-ia para o descongestionamento do Judiciário; d) aproximaria o cidadão da atividade administrativa, com o diálogo direto com o jurisdicionado e, e)

compreender-se-iam onde estariam as falhas e se poderiam alocar melhor os recursos, realizando escolhas mais racionais.

Retomar o controle da demanda não significa impor ao administrado a vontade do administrador. É, antes de tudo, voltar a ter controle da política pública que foi pensada, gestada e concretizada de acordo com as decisões administrativas. O gestor público tem que estar consciente que é sua responsabilidade organizar melhor os gastos e evitar que o Judiciário intervenha constantemente nesse planejamento, como alerta Fernanda Bourges:

[...] em demandas complexas, em que inúmeros interesses e direitos se encontram envolvidos e, especialmente, de natureza pública, sejam individuais, difusos ou coletivos, se um dos lados perde, há perdas mútuas e o interesse público em alguma destas dimensões também resta prejudicado⁵⁷⁶

Com a pactuação desses processos muitas perdas seriam evitadas, seja de ordem econômica, social e até emocional. Com a pactuação é o próprio administrador que tem a faculdade de como e onde comprar o medicamento. Pode utilizar os recursos disponíveis na própria estrutura administrativa para a solução dos conflitos, como hospitais, insumos e mão de obra especializada (médicos, farmacêuticos, enfermeiros, fisioterapeutas). Viu-se que muitas dessas demandas são cumpridas em hospitais ou clínicas particulares, o que eleva ainda mais os gastos. Medicamentos são adquiridos pelas próprias partes a custo comercial, enquanto se poderia comprar com preço menor. Fosse a Administração Pública uma empresa privada, esses gastos com certeza seriam contidos; ter-se-ia um plano de ação para evitar os desperdícios e atender da melhor forma possível os usuários.

Observou-se, também, que o Estado, de acordo com os dados do CNJ, está entre os grandes litigantes⁵⁷⁷, e a pactuação judicial dos componentes não padronizados permitiria talvez prevenir, evitar e até racionalizar esse tipo de judicialização. Como afirma Trícia Cabral:

⁵⁷⁶ BOURGES, 2021, p. 106.

⁵⁷⁷ Segundo o *Justiça em Números 2022*, “Processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 35% do total de casos pendentes e 65% das execuções pendentes no Poder Judiciário”. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sumário executivo: justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2023. p. 9.

É fundamental que os entes públicos editem atos normativos definindo, previamente, a autoridade competente, as matérias, o valor mínimo, e outros critérios para a construção dos acordos. Por sua vez, deve-se eliminar as dúvidas sobre competência dos agentes públicos e definir a natureza e extensão de suas responsabilidades, a fim de que não tenham receios de sofrer punições administrativas em decorrência de atos de disposição dos processos⁵⁷⁸.

Aproximar o cidadão das atividades administrativas deve ser uma meta do Estado Democrático de Direito e ser uma consequência natural da soberania popular. Os governantes não deveriam encarar a população apenas como “títulos eleitorais”, cujo intuito é a escolha dos seus representantes. É preciso enxergá-los como cidadãos, como pessoas que têm necessidades e são sujeitos de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, são essencialmente reflexivas as palavras de Fernanda Bourges:

O locus próprio ao diálogo com a coletividade, para a definição dos interesses públicos e do modo a realizá-los, além do Legislativo, é o Executivo. Ocorre que a Administração Pública democrática ainda está em construção e, mesmo quando o poder público não é omissor, age sem a participação e ocorre de a coletividade não se identificar nas medidas por não terem contemplado suas necessidades, seus interesses, sendo que muitos destes também são públicos⁵⁷⁹.

É urgente que esse espaço de diálogo seja criado e ainda reconhece Fernanda Bourges que “o controle judicial é de extrema relevância, mas é complementar, ele não colmata a lacuna originada pela falta de diálogo e deliberação na atuação administrativa”⁵⁸⁰. E, segundo a autora, “mesmo nas hipóteses em que a atuação administrativa é desprovida da colaboração e do atendimento das necessidades da coletividade, o contrabalanço por uma hipertrofia judicial, até mesmo por um ativismo judicial, não supre o déficit de diálogo e a realização de direitos que oportunamente deveriam ter sido observados na atuação administrativa”.

Estando a administração no controle da política pública, participando ativamente do processo judicial e mapeando os problemas poderá tomar a melhor decisão na alocação dos recursos públicos.

O juiz jamais poderá substituir o administrador público, considerando que “o papel do Poder Judiciário é manter a integridade do ordenamento jurídico, com especial destaque para a guarda da Constituição Federal” ou tutelando os indivíduos perante as decisões

⁵⁷⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios da aplicação do artigo 334 do Código de Processo Civil na Fazenda Pública. *In: In: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010.* São Paulo: IPAM, 2020. p. 241-254. p. 251.

⁵⁷⁹ BOURGES, 2021, p. 95.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 89.

majoritárias como também prevenindo o esmagamento das esferas jurídicas individuais, conforme leciona Vladimir França⁵⁸¹.

Determinar a realocação de recursos públicos é um grande erro que o Judiciário pode cometer, porque não tem noção do que está por trás da sua decisão. Essa visão da *macro justiça* não é do conhecimento do Judiciário e pode levar a uma quebra do princípio da isonomia diante de outros casos que são semelhantes ou até mesmo de outros problemas da coletividade, havendo um prejuízo à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Consoante Fernanda Bourges:

Algumas decisões judiciais determinam a realocação de vultosos recursos públicos ao atendimento de um único caso, em evidente desproporcionalidade e afronta ao princípio da isonomia, uma vez que pode não haver recursos para pessoas em idêntica situação ou em situações mais graves. Assim, pessoas que não ajuizaram uma ação podem ser preteridas pela impossibilidade de extensão da decisão judicial, com prejuízos à dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵⁸².

Não se retira a importância do Judiciário no Estado Democrático de Direito, que “se justifica para proteger os direitos subjetivos contra lesões ou ameaças, bem como para se restaurar a juridicidade diante da invalidade ou ilicitude”, segundo Vladimir França⁵⁸³. Porém, nada deveria substituir a Administração Pública no desempenho de suas atividades e das escolhas que são feitas para a concretização das políticas públicas.

A própria LINDB prevê que todas as decisões sejam na esfera administrativa, controladora ou judicial e estejam atentas às consequências práticas da decisão⁵⁸⁴; que devem indicar as suas consequências jurídicas e administrativas, advertindo sobre as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ FRANÇA, 2023, p. 62.

⁵⁸² BOURGES, 2021, p. 103.

⁵⁸³ FRANÇA, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁸⁴ Decreto-lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei 13.655/2018. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. *Cf.* BRASIL, 1942.

⁵⁸⁵ BRASIL, 1942. Decreto-lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei 13.655/2018. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

Portanto, não é uma responsabilidade somente do Judiciário tratar adequadamente os conflitos, a Administração precisa assumir o seu papel, tornando-se protagonista da solução desses problemas.

Sabe-se que é um passo muito difícil e que muitas vezes o gestor público está apenas cumprindo seu papel e seguindo os ditames legais. Entretanto, tanto o Poder Judiciário como o Poder Executivo devem estar atentos ao princípio da juridicidade, segundo o qual todos os problemas de gestão pública de conflitos de interesses e até mesmo de demandas particulares devem ser solucionadas à luz do ordenamento jurídico vigente, e não apenas com lei que está posta. A lei é uma fonte do direito, mas não é a única. E o princípio da legalidade não pode ser pensado somente sob o ponto de vista do cumprimento daquilo que está posto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um longo caminho foi percorrido até que a saúde fosse considerada um direito fundamental. De fato, nem sempre se teve a noção de que esse bem imaterial seria também decisivo para o crescimento e desenvolvimento da humanidade.

Quando, ao final dos anos 60, a OMS observou que em países como China e Canadá, que já se dedicavam a cuidar de seus idosos, dos seus trabalhadores, dos seus jovens e das demais pessoas da comunidade, a população ficou mais saudável e a expectativa de vida de seus cidadãos cresceu, passou-se a perceber melhor que, mais que a ausência de doença, a saúde era algo maior, que inclusive influenciava economicamente no desenvolvimento dos povos.

Para o desenvolvimento de qualquer sociedade, começou-se a perceber que era preciso que seus membros tivessem saúde, o que demandava uma atuação séria por parte dos governos. Desta forma, a OMS afirmou que a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e que deve ser protegida por todos os governantes para que as nações possam melhor se desenvolver. Nesse contexto, durante década de 70, a Organização Mundial da Saúde reforçou a ideia de proteção da saúde pelos Estados, para que a humanidade pudesse se desenvolver adequadamente.

No Brasil, entre os anos 70 e 80, a saúde era garantida como um direito do trabalhador empregado, que tinha na seguridade social um amparo em caso de adoecimento ou acidente laboral, o que denotava uma preocupação maior com a perda da mão de obra assalariada do que com o cuidado e zelo com o indivíduo.

Assim, quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, encontrou campo fértil para a declaração de que a saúde é um direito social, público e fundamental, e que é um dever do Estado garanti-la a seus cidadãos por meio de políticas públicas.

A partir de 1988, a saúde do povo brasileiro ganha *status* de direito fundamental e com isso deve ser assegurada mediante ações afirmativas por parte do Poder Público.

Forçoso é reconhecer que a saúde é um direito multidimensional, podendo assumir vários significados. Assim, foi necessário firmar qual a dimensão que serviu de base para a presente pesquisa, que teve por recorte de seu objeto avaliar a Saúde como direito público-subjetivo da pessoa física, isto é, o direito de ter a *saúde* assegurada com a efetivação de ações promocionais do Estado.

Foi exposto também que a partir das prescrições constitucionais criou-se uma estrutura administrativa para atender a população brasileira. Os serviços de saúde pública são

prestados por uma rede de ações que recebeu o nome de Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS desenvolve atividades de prestação de serviços tanto na área dos procedimentos como na dispensação de medicamentos. São ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde da população brasileira.

Durante muitos anos, essa política pública esteve longe do Judiciário em decorrência do entendimento de que os direitos sociais fundamentais eram normas programáticas que estavam dentro da conveniência e oportunidade do administrador público.

No início do Século XXI, a política pública de atendimento dos pacientes com HIV chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu que a programaticidade das normas de direitos sociais não poderia ficar à mercê da boa vontade do administrador público, que teria um tempo razoável para sua efetivação. A Suprema Corte do País condenou o poder público a fornecer a medicação do recém-descoberto coquetel da AIDS para os usuários do SUS. Essa medida deu início ao que hoje se denomina Judicialização da Saúde, porque foi ressignificado o conceito de normas programáticas dos direitos sociais.

Por isso, nas últimas décadas, tem ocorrido um aumento de ações judiciais perante os poderes públicos que requer do Judiciário a condenação dos entes federativos dos mais variados tipos de procedimentos e medicamentos, os quais, muitas vezes, não estão contemplados na política pública ou que mesmo quando contemplados não estão sendo fornecidos regularmente.

Preocupado com essa situação, o Conselho Nacional de Justiça, após a realização da Audiência Pública nº 04, ocorrida no ano de 2009, passou a orientar os tribunais de todo o País sobre a criação de mecanismos que pudessem qualificar e racionalizar as decisões judiciais em matéria de saúde.

A judicialização da saúde, no Brasil, é um fenômeno que tem impactado diretamente os cofres públicos, sendo motivo de grande preocupação tanto para os gestores como para o Poder Judiciário. A presente pesquisa se propôs a estudar a judicialização dos processos que envolvem os componentes não padronizados, considerando que nesses casos o gestor público se submete a uma sentença condenatória ao invés de proceder com uma pactuação judicial, assumindo a condução da política pública.

Após o levantamento de dados chegam-se às seguintes ponderações:

A judicialização é um fenômeno próprio da atividade jurisdicional, porque o país adotou o princípio da juridicidade no ordenamento jurídico, em que nenhuma lesão ou ameaça ao direito será retirada da apreciação do Poder Judiciário;

O acesso à justiça é um direito fundamental do ser humano e foi adotado pelo estado brasileiro assim como a democracia, o que permite que todos tenham seus direitos protegidos e garantidos pela ordem jurídica. Qualquer lesão ou ameaça a direitos deve ser contida pelos três poderes e, com exclusividade, pelo Poder Judiciário pela intervenção do controle de constitucionalidade;

A judicialização pode provocar uma atividade denominada ativismo judicial, quando envolve a interferência do Judiciário em questões que são inerentes aos outros poderes, como é o caso da saúde, que é um dever do Estado a sua prestação;

Esse tipo de judicialização, embora um direito legítimo do cidadão, provoca alguns contratempos, principalmente quando resulta de uma interferência do Judiciário nas contas públicas, esquivando a política pública do debate político e direcionando-a para o debate jurídico. No que diz respeito à juridicidade da questão, essa deveria se limitar a analisar a legalidade ou a inconstitucionalidade do ato administrativo;

Essa judicialização não dá sinais de retrocessão. Ao contrário, diante do surgimento diário de novas tecnologias e da burocracia no Sistema Público de Saúde, as pessoas estão cada vez mais propondo ações judiciais, objetivando a concretização de seus direitos. A garantia do direito à saúde não pode esperar pela burocracia estatal;

Essa busca pelo Judiciário é um caminho mais rápido para a obtenção daquilo a ser almejado, porém gera impactos negativos nos orçamentos públicos, uma vez que a maioria das ações finaliza uma sentença condenatória para o ente demandado assegurando um direito individual e não solucionando o problema de modo coletivo, o que provoca uma despesa extra não prevista no orçamento planejado ao passo que sobrecarrega o sistema público;

Essa interferência no orçamento pode, inclusive, causar danos em outras áreas que não só a saúde, considerando que os bloqueios judiciais podem ocorrer nas mais diversas contas dos órgãos públicos. Existe concretamente uma dificuldade de se repor o dinheiro que é retirado porque não há uma ação de ressarcimento entre os órgãos. Tal procedimento, embora previsto na lei, ainda não foi concretizado;

Uma questão bastante importante que se deve considerar é que as demandas, na maioria das vezes, são propostas individuais e concretizam o direito público subjetivo do autor da ação, ocasionando a quebra dos princípios da universalidade, equidade e igualdade do Sistema Público de Saúde;

O juiz não é gestor público, não tem competência e não foi preparado para gerir a política pública, a qual tem toda uma estrutura técnica e legislativa para funcionamento.

Permitir a interferência do Judiciário é desequilibrar o orçamento público e ocasionar gastos não previstos legalmente;

Se existem problemas de execução da política pública, esses deveriam ser tratados de forma macro, visando à coletividade e não apenas solucionando uma demanda individualizada. Não se está aqui afirmando que o direito do usuário do SUS não possa ser garantido judicialmente, mas que, ao se garantir, que o faça de forma coletiva. Com certeza não existe apenas um problema isolado; uma vez se detectando a sua totalidade, mais pessoas se beneficiarão;

Acionar a justiça para o reconhecimento de um direito fundamental é algo que deve ser garantido, defendido e até fortalecido em um Estado Democrático de Direito. O que não deveria ocorrer é que algumas decisões políticas, como as de saúde, passassem para o Judiciário, que é representante das decisões contra majoritárias;

Verifica-se também que existem dois tipos de demandas. As demandas que dizem respeito à falha na prestação de serviços e por isso tratam-se de demandas razoáveis e regulares porque efetivamente há nos referidos casos um descumprimento do dever legal de implantação da política pública. Nesses casos, o ente demandado deve apenas tentar regularizar o atendimento o mais rápido possível para cessar a irregularidade. Porém, mesmo nesse tipo de demanda, ainda, existem desequilíbrios, visto que só vai ser socorrido aquele que judicializar, ficando desassistida uma imensa parcela da população que muitas vezes não tem acesso a uma assistência jurídica. E se a política está em falta, com certeza outros tantos estarão sem receber;

Existe também aquela demanda para procedimentos que não estão ainda incorporados à política pública e nesses casos não há descumprimento de dever legal, visto que o administrador não está prestando o serviço ou o medicamento porque não há previsão legal para tal fato. Essas demandas são as que mais preocupam por vários motivos, pois geram despesas que não estão previstas no orçamento público, pois provocam necessariamente a quebra dos princípios da universalidade, equidade e igualdade; há uma realocação de recursos por parte do Judiciário; o produto ou procedimento pode sair mais caro do que se a própria administração fornecesse ou adquirisse. Assim, a justiça só socorre àqueles que demandarem, deixando uma parcela da população sem atendimento, em especial, aqueles que não têm acesso à assistência jurídica;

Reconhece-se que todos os atores da Judicialização estão preocupados com esse quadro e têm desenvolvido mecanismos para conter ou reduzir os efeitos desse fenômeno na

Saúde. Porém, muito ainda precisa ser colocado em prática para que haja uma efetiva redução dos efeitos provocados por essas ações judiciais;

A Administração Pública, até hoje, tem evocado o princípio da legalidade para a prática dos atos administrativos, furtando-se ao debate e ao diálogo com os administrados por entender que não há permissão legislativa para dispor do interesse público. Esse pensamento é hoje em dia equivocado, considerando que se está sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que adotou a Constituição Federal como lei maior e reconheceu os direitos fundamentais dos cidadãos no texto constitucional. Todos os Poderes de Estado e seus representantes devem respeito à Constituição Federal de 1988 e ao ordenamento jurídico que está vigente. O princípio da legalidade não pode se sobrepor ao princípio da juridicidade, a ponto de não se harmonizarem;

É necessário que o Estado-Administração reconheça a importância de diálogo com seus administrados, haja vista que o poder no qual está sua legitimidade emana do povo. Conseqüentemente, não pode o povo ficar afastado das decisões administrativas. Quanto mais a Administração Pública se aproxima do povo, mais legítimos serão os seus atos;

Entre os vários mecanismos de controle ou redução dos gastos com essa judicialização está a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, implantada pelo CNJ em 2010 e ratificada em 2015 pelo CPC e pela Lei de Mediação. A conciliação e a mediação que estão previstas no CPC podem ajudar a atenuar os efeitos da judicialização da saúde. Esse fato já foi percebido pelo gestor público que tem se esforçado para pactuar com os administrados por intermédio dos CEJUSCs, em especial os que possuem competência em matéria de saúde, comumente denominados nos tribunais brasileiros de Cejusc Saúde;

Com relação às demandas que envolvem os componentes padronizados, ou seja, aqueles que estão previstas na Política Nacional do SUS, os gestores estão pactuando livremente porque reconhecem que se trata de um descumprimento de um dever legal. Porém, com relação aos acordos em processos que se pleiteiam procedimentos ou medicamentos não previstos pelo sistema público, os administradores alegam a impossibilidade jurídica porque estariam vinculados ao princípio da legalidade, na espera que a demanda seja solucionada mediante uma sentença condenatória;

A escolha por se submeter a uma sentença condenatória é totalmente contraproducente até mesmo para um Estado burocrático como o brasileiro. É urgente que se pense em alternativas, porque uma sentença condenatória poderá sobrecarregar os cofres

públicos diante das consequências advindas no mandamento judicial, como custas processuais e honorários advocatícios;

A presente pesquisa, nesse sentido, construiu um sistema de requisitos que dão respaldo jurídico a uma pactuação judicial por parte da Administração Pública nos processos judiciais que envolvem pedidos referentes a tratamentos e medicamentos que não estejam nos protocolos do SUS;

São, pois, critérios que respaldam o acordo: a) evidência científica que comprove que o tratamento ou medicamento é eficaz para aquele tipo de enfermidade; b) a jurisprudência consolidada dos tribunais em relação à matéria; c) a necessidade de que a pactuação seja feita em ambiente adequado com profissionais capacitados, tal qual os CEJUSCS especializados em matéria de saúde, com a participação de todos os interessados, inclusive, MP, bem como representantes dos órgãos gestores e os das políticas de inclusão, como ANVISA e CONITEC; d) a homologação judicial, tornando o acordo um título executivo judicial, vinculando ambas as partes, autor e ente público, aos termos da pactuação; e) a comunicação do acordo ao Tribunal de Contas competente, objetivando, assim, que haja o conhecimento do acordo pelo órgão de controle externo;

Em um olhar apressado, talvez possa parecer que tais requisitos sejam burocráticos e de difícil execução; entretanto, não custa lembrar que, se de um lado, há processos judiciais que atingem o orçamento público em alguns milhares de reais, do outro, há um administrador que teme ser punido pelo ato praticado caso celebre um acordo sem previsão legal. Desse modo, até que o cenário se modifique com o advento de uma legislação ou que haja uma melhoria do sistema público de saúde, é importante que se criem mecanismos juridicamente seguros para ambas as partes e, em especial, para o gestor público;

Mesmo que a proposta ora ventilada possa apresentar certo grau de dificuldade em sua execução, na prática, o sistema aqui construído poderá ser efetivado por meio da celebração de termos de cooperação e/ou convênios entre as partes interessadas, com a participação de todos os atores envolvidos. O próprio Judiciário, através do FONAJUS, poderia intermediar a criação de uma estrutura judiciária e administrativa que serviria de palco para esse diálogo;

Por último, é preciso que os procuradores jurídicos dos entes estatais, os membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e os demais gestores públicos busquem dialogar com o Judiciário e com os jurisdicionados. Não se pode, por um lado, apenas alegar os prejuízos, as interferências que são feitas diariamente pelo Judiciário, e por outro, não se

tomar uma atitude de permanente diálogo e cooperação. Com isso, preserva-se o Estado Democrático de Direito e se engradece a cidadania do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos de saúde. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 114-135.

AMORIM, José Roberto Neves. Humanização do judiciário pelos métodos adequados de solução dos conflitos. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 155-162.

ARAÚJO, Denizar Viana *et al.* **Saúde baseada em evidências e as decisões judiciais: módulo 3: medicina baseada em evidência: conceito e aplicação**. [Brasília, DF]: Programa de apoio Institucional ao desenvolvimento do SUS, 2019. p. 6.

ARAÚJO, Denizar Viana (coord.). **Saúde baseada em evidência e as decisões judiciais: módulo 6: economia e saúde**. [Brasília, DF]: Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS, 2018. p. 8.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 137-60.

AZEVEDO, André Gomma de. Na heterocomposição, a justiça é definida a partir de valores impostos por um terceiro, juiz ou árbitro. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. (Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, 3). p. 137-160.

BACELLAR, Roberto Portugal. As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº125/2010**. São Paulo: IPAM, 2020. p. 205-223.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 59-85, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Ibero-Americano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/400285>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C *et al.* Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

BOURGES, Fernanda Schuhli. **Mediação administrativa: uma prioridade à solução de controvérsias entre os particulares e a administração pública: perspectivas do direito comparado francês**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos (1999)**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002b. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, 25).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais: perguntas frequentes**. Brasília, DF: CNJ, 2023e. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores-ccmj/>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II E III Jornadas de direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2023.

demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2009a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/695>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 82, de 31 de março 2023**. Institui o regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2023. Brasília, DF: CNJ, 2023f. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5019>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regulamento das ações de capacitação e do banco de dados da política de tratamento adequado de conflitos**. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/REGULAMENTO-DAS-AÇÖES-DE-CAPACITAÇÖO-E-DO-BANCO-DE-DADOS-DA-POLÍTICA-DE-TRATAMENTO-ADEQUADO-DE-CONFLITOS.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, DF: Insper, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2010d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021**. Dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ no 238/2016, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3868>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Semana Nacional de Conciliação**: a um passo da solução. Brasília, DF: CNJ, 2023d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/>. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-NatJus**. Brasília, DF: CNJ, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sumário executivo: justiça em números 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2022f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2022/09/sumario-executivo-jn-v3-2022-2022-09-15.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2009b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Institucional.** Brasília, DF: Anvisa, [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoinformacao/institucional>. Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção domiciliar.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2023]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/dahu/atencao-domiciliar>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Melhor em casa.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 13 jul. 2021e. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/dahu/atencao-domiciliar/melhor-em-casa>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa do grupo de contas de saúde aponta que gasto corrente com saúde no Brasil aumentou em 25,1% entre 2015 e 2019.** Brasília, DF, 2 fev. 2022a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/fevereiro/pesquisa-do-ipea-aponta-que-investimento-em-saude-no-brasil-aumentou-25-1-entre-2015-e-2019>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.** Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde:** resumo. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2023b. Disponível em: <https://hospitais.proadi-sus.org.br/projeto/apoio-tecnico-ao-poder-judiciario-na-qualificacao-dos-processos-judiciais-em-desfavor-do-sus1>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde de a a z**: Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/sus>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Especializada à Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. **Portaria Conjunta nº 23, de 21 de dezembro de 2021**. Aprova o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para a Prevenção de Tromboembolismo Venoso em Gestantes com Trombofilia, no âmbito do SUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2021d. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/protocolos-clinicos-e-diretrizes-terapeuticas-pcdt/arquivos/2021/portal-portaria-conjunta-no-23-_pcdt_trombofilia_gestantes-republicacao_.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002a. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)**. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do sus. Possibilidade. Caráter excepcional. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 329**. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Brasília, DF, 10 de agosto de 2006. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2099/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 597182 – RS**. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Min. Cezar Peluso, 10 de outubro de 2006a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7670/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 597182 – RS**. Recurso. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Min. Cezar Peluso, 10 de outubro de 2006b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7670/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 507.582**. Fornecimento de medicamentos. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. Ratificação da

jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Marina Carolina Morais Paz. Relator: Min. Ellen Gracie, 2 de setembro de 2010a. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3819070>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário no Agravo Regimental 271286 – RS**. Paciente com HIV/AIDS - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (cf, arts. 5º, caput, e 196) - precedentes (stf) - recurso de agravo improvido. o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 607582 – RS**. Fornecimento de medicamentos. Possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia. Ratificação da jurisprudência firmada por esta suprema corte. Existência de repercussão geral. Recorrido: Marina Carolina Morais Paz. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Ellen Gracie, 13 de agosto de 2010c. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema: 0289**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 100, § 2º; e 167, II e VII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Brasília, DF, 14 ago. 2010b. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=289>. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Brasília, DF: TCU, 23 ago. 2017. Disponível em:
<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* **A novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 597-624.

BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública de saúde. *In*: In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203-239.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios da aplicação do artigo 334 do Código de Processo Civil na Fazenda Pública. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010. São Paulo: IPAM, 2020. p. 241-254.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Edições Almedina, 2003.

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

CARLINI, Angélica. Medição em conflitos de saúde: contribuição da medicina baseada em evidências. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 87-107, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/4172>. Acesso em: 3 nov. 2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAVALCANTE, Laila Soares; ANDRADE, Tássia dos Anjos. A instituição da câmara de conciliação de saúde como medida de redução à judicialização e efetivação do acesso à justiça. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 6, n. 471-478, 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1105>. Acesso em: 2 nov. 2022.

CENTRO COCHRANE BRASIL. **Saúde baseada em evidências**. São Paulo: Centro Cochrane do Brasil, 2023b. Disponível em: <https://brazil.cochrane.org/saude-baseada-em-evidencias>. Acesso em: 2 set. 2023.

CENTRO COCHRANE BRASIL. **Seja Bem Vindo ao Centro Cochrane do Brasil**. São Paulo: Centro Cochrane do Brasil, 2023a. Disponível em: <https://brazil.cochrane.org>. Acesso em: 2 set. 2023.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/btPynPdQLS3LzjgyLmRMGhR/?lang=pt#>. Acesso em: 27 ago. 2023.

COLEMAN, Juley L.; HOLAHAN, William L. Book review: Tragic choices, by Guido Calabresi and Philip Bobbit. **California Law Review**, California, v. 67, p. 1379-1393, 1979. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72833655.pdf>, acesso em 13/02/2023. Acesso em: 10 mar. 2023.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **A comissão**. [S. l.], 13 abr. 2015. Disponível em: <http://antigo-conitec.saude.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em: 2 ago. 2023.

CONDE, Rayza Bezerra. Diferença de classe no Sistema Único de Saúde: uma análise acerca da constitucionalidade da prática. In: SILVA, Anderson Lincoln Vital da *et al.* (org.). **Reflexões sobre o direito à saúde**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS ESTADUAIS DE SAÚDE. **A assistência farmacêutica no SUS**. Brasília, DF: CONASS, 2011. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS, 7).

CONTÓ, Murilo; BONAN, Luciene Fontes Schluckebier. Arcabouço legal da incorporação e acesso a dispositivos médicos no Brasil: estrutura, tipos de avaliação e oportunidades para avanços. **Jornal Brasileiro de Economia da Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 213-225, 2020. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/12/1141304/jbes-v12n3-p213-225.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

COSTA, Simone Maria Ferreira. A administração pública na era da valorização dos precedentes judiciais: a necessária redefinição de jurisdição administrativa. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 1-26, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/166/153>. Acesso em: 2 ago. 2022.

COVOLAN, Fernanda Cristina; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. História da legislação social brasileira: os acidentes de trabalho entre 1919 e 1940. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 35, p. 1-33, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/37807>. Acesso em: 22 fev. 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; RIBEIRO, Janiny Kala Pereira da Câmara. A administração pública e as escolhas trágicas na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **PublicaDireito**, [S. l.], 30 jul. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ba48bccfc0d72c73>. Acesso em: 14 fev. 2023.

DEUSTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem mediação e negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento**. 24. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 1.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed. Tradução para o espanhol Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 2012.

FACHIN, Melina Girardi. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. 2013. 485 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro Goulart. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1575/2035>. Acesso em: 18 mar. 2023.

FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da juridicidade: o supra princípio normativo no direito público. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 3, v. 6, p. 291-300, set./dez. 2013.

FERREIRA, Iverson Kech. Conceituando escolhas trágicas: a distinção de direitos e o mínimo existencial. **JusBrasil**, São Paulo, 2019. Disponível em:

<https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/841268875/conceituandoescolhas-tragicas-a-distincao-de-direitos-e-o-minimo-existencial>. Acesso em: 14 fev. 2023.

FIQUEIREDO, Cândido de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. [S. l.: s. n.], 2010. E-book. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/31552/pg31552.html>. Acesso em: 10 mar. 2022.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Crise da Legalidade e Jurisdição Constitucional. *In*:

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **O princípio da legalidade administrativa e a vinculação do Estado-administração aos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2023.

GANDINI, João Agnaldo Donizetti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255-276.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, DF, v. 2, n. 5, p. 22-27, abr. 2008 Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf. Acesso em: 15 mar. 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBITINGA. Prefeitura Municipal de Ibitinga. **Cidades do Brasil enfrentam falta de medicamentos pela ausência de matéria prima**. Ibitinga, 2 ago. 2022. Saúde. Disponível em: <https://www.ibitinga.sp.gov.br/noticias/saude/cidades-do-brasil-enfrentam-falta-de-medicamentos-pela-ausencia-de-materia-prima>. Acesso em: 10 mar. 2023.

LAGRASTA, Valéria Ferioli. A adequada formação de conciliadores e mediadores. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020b. p. 225-240.

LAGRASTA, Valéria Ferioli. Minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos e aplicação efetiva do artigo 334 do Código de Processo Civil. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020a. p. 181-199.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília, DF: Senado Federal/Conselho Editorial, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/curso-analisa-dogmatica-da-interpretacaoconstitucional/interpretacao-e-aplicabilidade-das-normas-constitucionais.pdf/view>. Acesso em: 2 mar. 2023.

LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 12. ed., rev., atual., e ampl. Salvador: Juspodivm, 2023.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Raquel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco. **Sistemas de Proteção Social e de Proteção à Saúde: medicina baseada em evidência e as decisões judiciais: módulo 1: política,**

gestão e financiamentos de sistemas públicos de saúde, PROADI-SUS. São Paulo: Hospital Sírio-Libanês, 2019. Apostila.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilização de agentes públicos e improbidade administrativa: uma história conturbada. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Programa de Pós-Graduação em Direito. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2022. v. 43.

MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. **Journals Interface**, Botucatu, v. 13, p. 771-780, 2009. Suplemento 1.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. **Políticas de solução de conflitos administrativos**: adequação e racionalidade. 2023. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução Cristina Murachoo. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Direito Processual Público**: a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MÜLLER, Aguéda. La salud, un derecho humano. *In*: AIZENBERG, Mariza (org.). **Estudios acerca del derecho de la salud**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley/ Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014.

NARDI, Mariane Rabaioli Corbari *et al.* O Supremo Tribunal Federal e os bloqueios judiciais nas ações de saúde: perspectiva crítica e a necessidade de organização do sistema. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 4, p. 103-118, out./dez. 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/568/622>. Acesso em: 2 mar. 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Hayanna Bussolleti; LEHFELD, Lucas de Souza. Fórum de múltiplas portas: uma asserção para o aperfeiçoamento processual e combate à judicialização. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, Ribeirão Preto, n. 7, p. 1297-1318, out. 2019.

NOGUEIRA, Edwirges. Justiça determina criação de 150 leitos de terapia intensiva no Ceará. **Agência Brasil**, Fortaleza, 27 maio 2015. Disponível em: <https://www.ibitinga.sp.gov.br/noticias/saude/cidades-do-brasil-enfrentam-falta-de-medicamentos-pela-ausencia-de-materia-prima>. Acesso em: 2 mar. 2023.

NUNES, Antonio José Avelã; SCAFFS, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OBAMA, Barack. **The Obama administration's commitment to open government: a status report**. Washington, DC: The White House, 2011. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/opengov_report.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Eficácia Positiva das Normas Programáticas. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 59-86, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2023.

OLIVEIRA, Hertha Rollemberg Padilha de; ALVES, José Carlos Ferreira. Núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 285-298.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa *et al.* Judicialização de medicamentos: efetivação de direitos ou ruptura das políticas públicas? **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 54, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/180621/167755>. Acesso em: 12 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde. **Brasil**. Washington, DC: Opas, [2021]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/brasil>. Acesso em: 2 ago. 2023.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Documentos básicos**. 48. ed. Con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de diciembre de 2014. Ginebra: WHO, 2014. p. 1. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2022.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Integração dos ramos da Justiça na construção da política pública. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2020. p. 119-137.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

PINTO, Adriano Moura de Fonseca. Precedentes no CPC 2015: evolução legislativa e casos de incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 49, n. 2, p. 371-390, 2022. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/52193/33848>. Acesso em: 18 ago. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUAL é a origem da humanidade segundo a ciência. **National Geographic Brasil**, [S. l.], 21 dez. 2022. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2022/12/qual-e-a-origem-da-humanidade-segundo-a-ciencia>. Acesso em: 2 ago. 2023.

REIS, Wanderlei José dos. Política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos: o papel do cejusc como tribunal multiportas. **Eletrônica do Univag**, Várzea Grande, n. 27, p. 10-38, 2022. Disponível em: <https://periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/1932>. Acesso em: 2 mar. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Portaria Conjunta nº 18, de 13 de maio de 2019**. Cria o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em matéria de Saúde, denominado “CEJUSC - SAÚDE”, conforme o disposto na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicada em 29 de novembro de 2010 e Resolução 015 – TJ, publicada em 24 de abril de 2019. Natal: TJRN, 2019. Disponível em: <https://atos.tjrn.jus.br/atos/detalhar/1219>. Acesso em: 10 mar. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Análises da Judicialização na Área da Saúde - RN**. Natal: TJRN, 2023a. Disponível em: <https://gpsmed.tjrn.jus.br>. Acesso em: 2 ago. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **GPSMed: tratamentos**. Natal: TJRN, 2023. Disponível em: <https://gpsmed.tjrn.jus.br/Tratamentos>. Acesso em: 2 ago. 2023.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis estaduais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Fernanda d'Athayde *et al.* **Base de dados e sistema de informações do SUS: módulo 2: saúde baseada em evidência e as decisões judiciais**. [Brasília, DF]: Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS, 2018.

RODRIGUES, Rayane Vieira; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Ministério Público, judicialização e atuação extrajudicial em saúde. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. e2231, set./dez. 2022.

ROGÉRIO, Thais Fernanda Silva; COUTINI, Israel Matheus Cardozo Silva; SÁ, Pedro Teófilo de Sá. Juizados especiais cíveis: abordagem histórica e principiológica. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 1, n. 2, p. 298-304, jul./dez. 2017. Número especial.

SAKURAI, Sérgio Naruhiko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial** São Paulo: Atlas, 2010.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2017.

SANT'ANA, Ramiro Nobrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 194-211, 2018.

SANTANA, Daldice; TAKAHSHI, Bruno. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: uma obra em obras. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli e ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: IPAM, 2020. p. 139-154.

SANTANA, Héctor Valverde; FREITAS FILHO, Roberto. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 75-100, 2018.

SANTOS, José Sebastião *et al.* A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial** São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SHULZE, Clênio Jair. **Direito à saúde, análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOARES, Nildomar da Silveira. **Juizado Especial Cível: a justiça na era moderna**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas, do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

STIPANOWICH, Thomas. The multi-door contract and other possibilities. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, Ohio, v. 13, n. 2, p. 303-404, 1998. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2015805#. Acesso em: 2 mar. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica (em) crise: uma exploração da construção do Direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TASCA, Renato; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. SUS: desafios para tornar eficiente um sistema universal e subfinanciado. In: OCKÉ-REIS, Carlos Octávio *et al.* **SUS: avaliação da eficiência do gasto público em saúde**. Brasília, DF: Ipea/CONASS/OPAS, 2022. cap. 1, p. 41-59.

TOFFOLI, José Antônio Dias; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a Constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: LAGRATA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010**. São Paulo: IPAM, 2020. p. 13-33.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 14 fev. 2023.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND. **About Unicef**. Washigton, DC: Unicef, 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/about-unicef>. Acesso em: 2 mar. 2022.

VILHENA SILVA ADVOGADOS. **Justiça do DF Determina compra de medicamento mais caro do mundo**. São Paulo, 21 set. 2023. Disponível em:

<https://vilhenasilva.com.br/justica-do-df-determina-compra-de-medicamento-mais-carro-do-mundo/>. Acesso em: 10 out. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualiza do de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Atualização do conceito de acesso à justiça. *In*: LAGRASTA, Valéria Ferioli; ÁVILA, Henrique de Almeida (org.). **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**: 10 anos da Resolução CNJ nº 125/2010. São Paulo: IPAM, 2020. p. 13-33. p. 133-137.

WATANABE, Kazuo. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 22. p. 42-50.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde: a experiência das jornadas de direito à saúde do Conselho Nacional de Justiça. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde**: visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240-275.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/download/3970/2313>. Acesso em: 9 ago. 2023.

ANEXOS

ANEXO 1 - REPORTAGEM CEJUSC SAÚDE - MUTIRÃO DE SAÚDE CEJUSC RN

O atual CEJUSC Saúde (Centro Judiciário de Solução de Conflitos) de Natal não possui os dados estatísticos exatos do 1º Mutirão dos Processos de Saúde, que aconteceu na Semana Nacional de Conciliação de 12 a 14 de novembro de 2012. Com relação a referida semana, consta apenas em arquivo uma reportagem que foi publicada em 13 de novembro de 2012, no extinto Jornal de Hoje.

Em buscas realizadas na internet, o jornal não está em circulação desde 2015⁵⁸⁶, e o seu acervo físico está arquivado no Centro Universitário Facex (UNIFACEX), Biblioteca Nísia Floresta – Campus Deodoro, Av. Marechal Deodoro da Fonseca, 540, Cidade Alta, Natal/RN. A matéria em questão não consta dos arquivos digitais.

> SEMANA DA CONCILIAÇÃO

Mutirão negocia pendências burocráticas na saúde

Processos que envolvem questões de medicamentos e procedimentos hospitalares estão em negociação durante a Semana Nacional de Conciliação, realizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Essa é a primeira vez que está sendo possível negociar diretamente com o Estado e o Município de Natal sobre algumas burocracias na saúde que impedem servidos destinados à população conforme direitos previstos em lei. As conciliações iniciaram ontem e serão realizadas durante todo o dia de hoje na Escola de Magistratura do RN (Esmarn).

De acordo com a juíza Valéria Maria Lacerda, do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Natal, foram pautadas cerca de 190 audiências de conciliação. "Sempre houve uma dificuldade para o Estado e Município fazerem negociações porque não havia um meio de transacionar os acordos. Fizemos reuniões com os secretários de saúde e de planejamento do Estado e do município de Natal e vimos que era possível realizar

essas negociações", disse Valéria.

A juíza explicou que as administrações estadual e do município de Natal decidiram aproveitar a Semana Nacional de Conciliação para negociar os medicamentos regularizados que existem em estoque e os medicamentos que estão em vias de aquisição. Além disso, pessoas que entraram com processo junto às instâncias públicas solicitando consultas médicas e cirurgias, por exemplo, também estão podendo negociar os procedimentos com a Justiça.

"O Governo do Estado e o Município de Natal vieram com todo o aparato para cumprir com suas responsabilidades. As pessoas que entraram com medidas judiciais terão suas solicitações atendidas por vias administrativas. Se houver um desabastecimento de medicamentos, por exemplo, essas pessoas terão uma sentença judicial que poderão executar", explica a juíza. "Espero que essas audiências voltem a acontecer nos próximos anos para podermos sanar mais processos", disse. Esmeralda Fernandes, 27, en-



Expectativa é de que cerca de 190 audiências sobre questões de medicamentos e procedimentos hospitalares sejam realizadas

trou com um processo contra o Município de Natal para poder receber um medicamento que lhe privará de uma gravidez de risco. De acordo com ela, só o medica-

mento Clexane, cedido pelo Município, lhe dará condições de engravidar. "É esse medicamento que dará sustentação ao feto. Já engravidei três vezes e perdi meus filhos.

Quando descobri que eu tinha direito de receber pelo SUS, entrei com o processo", disse.

Segundo a farmacêutica bioquímica do município, Magda

Dantas, Esmeralda já sairá da conciliação com o documento que lhe dará permissão para receber o medicamento. "Cadastramos no sistema a quantidade do medicamento prescrito no laudo médico e ela poderá retirar assim que sair daqui", disse.

Esta é a sétima edição da Semana Nacional de Conciliação, uma campanha do Conselho Nacional de Justiça, realizada anualmente, que envolve todos os tribunais brasileiros, onde são selecionados os processos que tenham possibilidade de acordo e intimam as partes envolvidas para solucionar o conflito. A medida faz parte da meta de reduzir o grande estoque de processos na Justiça brasileira.

Em 2011 foram realizados 6.705 acordos no Rio Grande do Norte e uma movimentação financeira de R\$ 15.796.380,46. A expectativa para 2012 é que esses números sejam superados. A Semana Nacional de Conciliação acontece até quarta-feira, 14 de novembro, na Escola de Magistratura do RN.

⁵⁸⁶ "No dia 30 de abril de 2015 um dos principais jornais de Natal encerrava sua edição impressa. O Jornal de Hoje atuou durante 18 anos, com publicações diárias na capital e região metropolitana. Após o fim da edição impressa, o periódico passou a ter somente versão digital, funcionando até dezembro de 2015. Na quinta-feira, 23, o Centro Universitário Facex (UNIFACEX) passará a fazer parte da história do periódico. A instituição tornou-se a curadora do jornal impresso com o compromisso de guardar e preservar a coleção, que possui mais de 5.000 jornais datados de outubro de 1997 a dezembro de 2014. A Biblioteca Setorial Nísia Floresta, localizada no campus CIC, está sendo responsável pela digitalização e criação do banco de dados do material, que será disponibilizado a toda comunidade acadêmica e externa do Centro. O UNIFACEX realizará a inauguração na quinta-feira, no campus Imaculada Conceição, a partir das 19h30". Disponível em: <http://unifacex.com.br/noticias/unifacex-inaugura-acervo-do-jornal-de-hoje/>

ANEXO 2 – TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017 QUE ENTRE SI CELEBRAM O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RN; O ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, ATRAVÉS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RN E DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE; O MUNICÍPIO DO NATAL, ATRAVÉS DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO E DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, VISANDO A CRIAÇÃO DA CÂMARA JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE “TJ SAÚDE”.

O **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, inscrito no CNPJ nº 08.546.459/0001-05, situado à Praça 7 de setembro, s/n, Natal/RN, CEP: 59.025-300, doravante denominado **TJRN**, neste ato representado pelo seu Presidente, Desembargador Expedito Ferreira de Sousa; **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, através da **PROCURADORIA GERAL ESTADUAL**, inscrita no CNPJ nº 08286940/0001-09, sediada à Av. Afonso Pena, nº 1155, Tirol, Natal/RN, CEP: 59.020-100, doravante denominada **PGE/RN**, neste ato representada pelo Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Norte, Dr. Francisco Wilkie Rebouças Chagas Júnior, **SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, inscrita no CNPJ nº 08.241.754/0001-45, sediada à Avenida Deodoro, nº 730, 8º andar, Centro, Natal/RN, CEP: 59.025-600, doravante denominada **SESAP/RN**, neste ato representada pelo seu Secretário de Estado de Saúde do Rio Grande do Norte, Dr. George Antunes de Oliveira; **MUNICÍPIO DE NATAL/RN**, através da **PROCURADORIA GERAL MUNICÍPIO DE NATAL**, inscrita no CNPJ nº 08241747/0001-43, sediada à Rua Princesa Isabel, nº 799, Cidade Alta, Natal/RN, CEP: 59025-400, doravante denominada **PGM/RN**, neste ato representado pelo Procurador Geral do Município de Natal, Carlos Santa Rosa D’Albuquerque Castim; **SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**, inscrita no CNPJ nº 24.518.573/0001-70, sediada à Rua Fabrício Pedroza, 915, Petrópolis – Edifício Novotel Ladeira do Sol, CEP: 59.014-030, doravante denominada **SMS/RN**, neste ato representada pelo Secretário Municipal de Saúde de Natal, Dr. Luiz Roberto Leite Fonseca.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

CONSIDERANDO a garantia constitucional do direito à saúde, o crescimento da litigiosidade nesta área e os efeitos negativos causados à execução das políticas públicas de saúde;

CONSIDERANDO que à PGE e à PGM cumpre atuar extrajudicialmente na defesa dos interesses do Estado do Rio Grande do Norte e do município de Natal, respectivamente;

CONSIDERANDO o reconhecimento constitucional das PGE/RN, PGM/RN como instituições essenciais à defesa judicial do Estado e do Município;

CONSIDERANDO que os litígios na área de saúde requerem, na maior parte dos casos, medidas urgentes para salvaguardar o direito do paciente e que a complexidade da estrutura do Sistema Único de Saúde - SUS e o desconhecimento dos Programas de Saúde Pública, por vezes, dificultam a satisfação administrativa do interesse;

CONSIDERANDO que às SESAP/RN e SMS compete formular e implantar as políticas de Saúde, executando ações de promoção, proteção e recuperação à Saúde;

CONSIDERANDO as disposições do artigo 334 do Código de Processo Civil sobre a solução dos conflitos através da conciliação;

Resolvem celebrar o **TERMO DE COOPERAÇÃO Nº 10/2017**, criando a Câmara Judicial de Conciliação de Saúde envolvendo os processos de saúde, denominada "TJ Saúde", conforme cláusulas e condições seguintes:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA- DO OBJETO

O Tribunal de Justiça do RN, a Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria Geral do Município, a Secretária de Saúde Pública do Estado e a Secretaria Municipal de Saúde nos conflitos de interesses que demandem prestação de serviço de saúde pública, de modo a evitar o ajuizamento de ações ou solucionar os processos já em tramitação firmam o presente Termo de Cooperação, buscando a solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou exame médico, nos limites e forma especificados nas cláusulas abaixo.

Parágrafo Primeiro - A Câmara Judicial de Conciliação de Saúde, denominada "TJ Saúde", será composta por servidores do TRJN, das Procuradorias Gerais do Estado do Rio Grande do Norte e do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

Município de Natal, das Secretarias de Saúde do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Natal.

Parágrafo Segundo - Os servidores indicados pela SESAP e SMS para participarem da CJCS - "TJ Saúde" - deverão, preferencialmente, terem conhecimento técnico do sistema de gestão da saúde pública do qual façam parte.

Parágrafo Terceiro – Os procuradores judiciais da PGE e PGM devem ter competência para assinarem os acordos formulados pelas partes.

2. CLÁUSULA SEGUNDA- DAS ATRIBUIÇÕES DOS SIGNATÁRIOS

O termo de cooperação não contempla qualquer espécie de repasse financeiro, fixando se as atribuições dos signatários da seguinte forma:

2.1) Caberá à PGE/ RN e à PGM de Natal:

- a) designar procuradores para atuarem perante CJCS - "TJ Saúde" -, assegurando bons serviços para funcionamento de sua estrutura;
- b) prestar a orientação jurídica aos órgãos técnicos administrativos respectivos, quando necessário, sobre os procedimentos a serem adotados para cumprimento do objeto deste Termo de Cooperação;
- c) competência para assinarem os acordos realizados;

2.2) Caberá à SESAP/RN e à SMS de Natal:

- a) manter servidores para cumprimento das atribuições que lhes cabe na CJCS - "TJ Saúde";
- b) adotar as medidas necessárias ao fornecimento dos medicamentos, à realização de exames e dos procedimentos médicos e cirúrgicos que forem encaminhados pela CJCS - "TJ Saúde", observando-se a disponibilidade orçamentária correspondente e os prazos pactuados com as partes;
- c) assegurar a capacitação técnica na área de saúde dos servidores;
- d) instaurar, conforme definições das audiências da CJCS - "TJ Saúde" e consoante a natureza da pretensão de saúde, nos termos definidos pela Lei nº 8.080/90 e definições do Ministério da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

Saúde, procedimento de compra/ construção para satisfação das demandas de saúde de acordo com a disponibilidade orçamentária respectiva;

e) disponibilizar aos órgãos signatários do presente Termo de Cooperação o acesso aos bancos de dados para verificação de disponibilidade e consultas, exames, cirurgias e internações;

f) especificadamente em relação à SMS de Natal, instaurar atendimento para cadastro no Cartão Nacional de Saúde, para os atendimentos que não possuam.

2.3) Caberá ao TJRN:

a) recepcionar em seu Núcleo de Conciliação Conflitos (CEJUSC) as partes interessadas na solução amigável dos conflitos envolvendo saúde pública, promovendo e estimulando a solução extrajudicial dos conflitos;

b) participar da verificação, inspeção e controle, emitindo relatórios periódicos acerca do funcionamento da CJCS- "TJ Saúde", propondo medidas corretivas para a regular atuação da Câmara a fim de alcançar os objetivos definidos no presente Termo de Cooperação, sobretudo a redução da litigiosidade, em conformidade com a política pública definida pelo CNJ- Conselho Nacional de Justiça.

c) Através do CEJUSC Natal homologar os acordos firmados pelas partes.

3. CLÁUSULA TERCEIRA - DO PROCEDIMENTO E FUNCIONAMENTO DA CÂMARA JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE

3.1 A Câmara Judicial de Conciliação de Saúde funcionará em dias úteis, no período de 09 às 16hs, devendo o seu corpo administrativo definir em atos próprios horários e forma de atendimento ao público e de expediente administrativo interno.

3.2. A marcação das audiências será realizada por servidores do TJRN que cadastrarão o assistido e, verificarão se ele porta o Cartão Nacional de Saúde- CNS, laudo médico e receita emitidos por profissional habilitado, com especificação do medicamento, exame, procedimento médico, cirurgia, insumo, utensílio ou aparelho, designando dia e hora para audiência de conciliação.

3.3 Os assistidos que demandarem prestação de serviços de saúde ao Município de Natal deverão comprovar residência neste município.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

3.4 As audiências de conciliação destinar-se-ão a solução amigável de litígios judiciais e extrajudiciais;

3.5 Os servidores da SESAP e da SMS, juntamente com os conciliadores, analisarão a documentação e, sendo necessário, encaminharão o interessado para complementar a avaliação médica, adotando as seguintes providências:

3.5.1. a) Verificar se médico ou insumo são padronizados pelo SUS, são fornecidos para tratamento da patologia descrita no laudo médico e se estão disponíveis;

b) Verificar a existência de alternativa terapêutica disponível e incorporada ao SUS, caso se trate de medicamento, material médico ou insumo não padronizados;

3.5.2 Configurada condição positiva das hipóteses indicadas no item 3.5.1, a SESAP e/ou a SMS encaminhará o assistido munido de guia de encaminhamento, ao local para retirada do medicamento, material médico ou insumo, ou inscrição no programa público, orientando-o, se for o caso, sobre a necessidade de sanar eventual pendência no cadastro;

3.5.3 A guia de encaminhamento será entregue, desde que sanadas as pendências de cadastro, e será instruída com: a) o nome do assistido, identidade, residência, telefone ou outro meio de contato; b) receita médica, com a descrição do material médico, insumo, ou medicamento, incluindo o princípio ativo e a dosagem; c) laudo de medicamento do componente especializado (LME), relatório médico, identidade, CPF, comprovante de residência e cartão nacional de saúde do paciente, no caso de se tratar de medicamento do componente especializado de assistência farmacêutica;

3.5.4 Caso o medicamento, material médico ou insumo, embora padronizados, não estejam com o estoque regularizado, a SESAP e/ou a SMS abrirão processo de compra, em conformidade com a disponibilidade orçamentária e as normas legais aplicáveis, informando a previsão de entrega de acordo com a competência respectiva.

3.5.5 Inexistindo pendências para entrega, a dispensação do medicamento, material médico ou insumo, será feito no prazo que vier a ser estabelecido pelas partes signatárias do presente Termo de Cooperação, a partir da manifestação dos servidores da SESAP e da SMS, informando-se o atendimento por escrito ao assistido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

3.5.13 Inexistindo pendências para o agendamento, o assistido receberá, no ato, a guia de encerramento, com a data da realização do procedimento, ou da avaliação pré-cirúrgica, para apresentação na unidade de execução do serviço.

3.5.14 Diante da informação do Grupo de Apoio Técnico, a parte será orientada sobre a existência de procedimento alternativo, solicitado ao Grupo de Apoio Técnico, se for do interesse da parte, o agendamento de consulta médica, a qual deverá ser marcada em prazos definidos em termo próprio, conforme a especialidade, para avaliação da possibilidade de alteração, com a prescrição do exame e/ou cirurgia disponível no SUS, ou indicação da sua ineficácia ao paciente.

3.6 A audiência será instaurada com a presença de representantes de todos os Órgãos signatários deste termo de Cooperação, e será conduzida por conciliador designado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) do TJRN.

3.7 As decisões da Câmara Judicial de Conciliação de Saúde serão encaminhadas à SESAP e/ou SMS, com a orientação da postura administrativa a ser adotada.

3.8 As partes convenientes poderão suscitar, ainda que já exista ação para tutela da pretensão, a inauguração dos procedimentos previstos nesse instrumento, a fim de solucionar eventual entrave na satisfação da ordem judicial, ou adequar o tratamento às alterações da condição clínica do paciente.

3.9 Os partícipes deverão promover reuniões mensais para análise técnica de demandas judicializadas com resultado desfavorável para os Poderes Públicos e elaboração de relatórios a serem encaminhados aos órgãos competentes à formação da política pública na área da saúde.

3.10 A SESAP e a SMS deverão criar banco de dados ou permitir o acesso aos já existentes para verificação de disponibilidade de consultas, exames, cirurgias e internações, a fim de permitir o bom atendimento da CJCS- "TJ Saúde".

3.11 A instalação e funcionamento dos serviços da Câmara serão realizados de forma gradual, sem prejuízo do ajuizamento das ações àqueles que não queiram se submeter ao processo de conciliação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

3.12 Caso não seja possível o atendimento à demanda do assistido na CJCS- "TJ Saúde", a questão poderá ser ajuizada normalmente pelo Interessado, sendo-lhe entregue o termo da audiência com os encaminhamentos que foram tomados.

4. CLÁUSULA QUARTA- DO LOCAL DE FUNCIONAMENTO

A CJCS -"TJ Saúde" funcionará no Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) do TJRN, dentro do Complexo Judiciário dos Juizados Especiais, a quem competirá à manutenção predial, inclusive quando à segurança e limpeza. O local será identificado pelo TJRN e disponibilizado sem ônus para os demais signatários do presente Termo de Cooperação.

5. CLÁUSULA QUINTA - DA VIGÊNCIA

O presente Termo de Cooperação vigorará por 04 anos, a contar da data de sua publicação no Diário Oficial, pelo TJRN, admitindo-se a sua prorrogação, mediante a celebração de termo aditivo, para assegurar o integral cumprimento do objeto.

E, de acordo com o Parecer nº 15/2013-AGU: "Deverão ser apresentadas, em atenção ao dever de motivação dos atos administrativos, razões suficientemente aptas a determinar a prorrogação do prazo.

A prorrogação do prazo de vigência do acordo também exige prévio exame da efetividade no cumprimento do objeto do presente Termo."

6. CLÁUSULA SEXTA - DA DENÚNCIA

As partes poderão denunciar por escrito e a qualquer tempo o presente Termo, desde que seja observado o prazo mínimo de 30 (trinta) dias, mantidas, entretanto, as responsabilidades das obrigações assumidas durante a vigência da cooperação.

7. CLÁUSULA SÉTIMA - DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Os participantes estabelecem, ainda, as seguintes condições:

a) todas as comunicações relativas a este Termo de Cooperação, serão consideradas como regularmente efetuadas, se realizadas por meio eletrônico oficial ou entregues mediante protocolo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

ou remetidas por telegrama, aos endereços eletrônicos ou físicos dos representantes credenciados pelos partícipes;

b) as reuniões entre os representantes credenciados pelos partícipes, bem como quaisquer ocorrências que possam influenciar a boa execução deste Termo de Cooperação, serão registradas em atas ou relatórios circunstanciados;

c) o presente Termo de Cooperação poderá ser modificado, a qualquer tempo, exceto quanto ao objeto, mediante Termo Aditivo, devidamente justificado, elaborado de comum acordo entre as partes.

8. CLÁUSULA OITAVA – DOS RECURSOS FINANCEIROS

Este Acordo não gera compromisso financeiro ou transferência de recursos entre os partícipes, nem implica em desembolso, a qualquer título, presente ou futuro, para os acordantes.

9. CLÁUSULA NONA – DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O presente acordo é regido pelas disposições contidas na Lei nº 8.666/93, no que couber, assim como pela Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

10. CLÁUSULA DÉCIMA – DO FORO

Para dirimir quaisquer dúvidas, casos omissos ou quaisquer questões oriundas do presente Termo, que não possam ser resolvidos pela mediação administrativa, os partícipes elegem foro desta Capital.

11. CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DOS CASOS OMISSOS

11.1. Os casos omissos não previstos neste instrumento serão resolvidos após consultados os partícipes, por escrito, conforme disposto na legislação pertinente.

11.2. Qualquer tolerância de um dos partícipes em relação ao outro só importará modificação dos termos deste acordo se expressamente formalizada, e aceita pelo outro partícipe.

12. CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - DA PUBLICAÇÃO

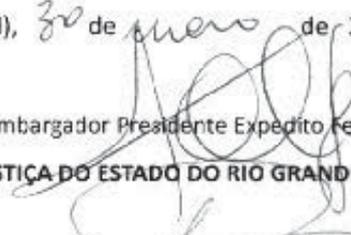


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios
Divisão de Contratos e Convênios

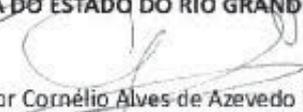
A eficácia deste Termo de Cooperação Técnica fica sujeita à publicação pelos partícipes, por extrato, na forma prevista no artigo 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

E, por assim estarem plenamente de acordo, as partes obrigam-se ao total cumprimento dos termos do presente instrumento, em 05 (cinco) vias de igual teor e forma, para só efeito, que vão assinadas pelos partícipes e duas testemunhas abaixo identificadas, para que produza os efeitos legais e jurídicos, em Juízo ou fora dele.

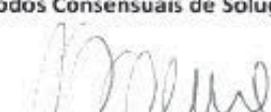
Natal (RN), 30 de março de 2017


Desembargador Presidente Expedito Ferreira

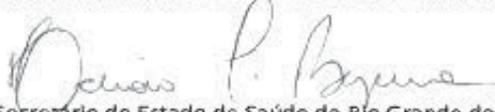
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE


Desembargador Cornélio Alves de Azevedo Neto

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos


Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Norte
Dr. Francisco Wilkie Rebouças Chagas Júnior

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE


Secretário de Estado de Saúde do Rio Grande do Norte
Dr. George Antunes de Oliveira

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE


Procurador Geral do Município de Natal
Dr. Carlos Santa Rosa D'Albuquerque Castim

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NATAL


Secretário Municipal de Saúde de Natal
Dr. Luiz Roberto Leite Fonseca

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ANEXO 3 – 1º TERMO ADITIVO AO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios

1º TERMO ADITIVO AO TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 10/2017, QUE ENTRE SI CELEBRAM, O ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, ATRAVÉS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RN E DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE; O MUNICÍPIO DO NATAL, ATRAVÉS DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO E DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, VISANDO A CRIAÇÃO DA CÂMARA JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO DE SAÚDE "TJ SAÚDE"

O **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, inscrito no CNPJ nº 08.546.459/0001-05, situado à Praça 7 de setembro, s/n, Natal/RN, CEP: 59.025-300, doravante denominado **TJRN**, neste ato representado pelo seu Presidente, Desembargador VIVALDO OTÁVIO PINHEIRO, brasileiro, casado, portador da Cédula de Identidade nº 126 880 SSP/RN, inscrito no CPF sob o n.º 094.623.684-49; **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, através da **PROCURADORIA GERAL ESTADUAL**, inscrita no CNPJ nº 08286940/0001-09, sediada à Av. Afonso Pena, nº 1155, Tirol, Natal/RN, CEP: 59.020-100, doravante denominada **PGE/RN**, neste ato representada pelo Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Norte, Dr. Luiz Antônio Marinho da Silva, **SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, inscrita no CNPJ nº 08.241.754/0001-45, sediada à Avenida Deodoro, nº 730, 8º andar, Centro, Natal/RN, CEP: 59.025-600, doravante denominada **SESAP/RN**, neste ato representada pelo seu Secretário de Estado de Saúde do Rio Grande do Norte, Dr. Cipriano Maia de Vasconcelos; **MUNICÍPIO DE NATAL/RN**, através da **PROCURADORIA GERAL MUNICÍPIO DE NATAL**, inscrita no CNPJ nº 08241747/0001-43, sediada à Rua Princesa Isabel, nº 799, Cidade Alta, Natal/RN, CEP: 59025-400, doravante denominada **PGM/RN**, neste ato representado pelo Procurador Geral do Município de Natal, Fernando Pinheiro de Sá e Benevides; **SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE**, inscrita no CNPJ nº 24.518.573/0001-70, sediada à Rua Fabrício Pedroza, 915, Petrópolis – Edifício Novotel Ladeira do Sol, CEP: 59.014-030, doravante denominada **SMS/RN**, neste ato representada pelo Secretário Municipal de Saúde de Natal, Dr. George Antunes Oliveira, resolvem celebrar o 1º TERMO ADITIVO ao Termo de Cooperação Técnica nº 10/2017, observando-se o contido no Processo SIGAJUS nº 04101.101202/2020-96, mediante as cláusulas a seguir enumeradas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1. O presente Termo Aditivo tem por objeto a prorrogação por mais 04 (quatro) anos do prazo de vigência do Termo de Cooperação Técnica nº 10/2017, que tem por escopo evitar o ajuizamento de ações ou solucionar os processos já em tramitação firmam o presente Termo de Cooperação, buscando a solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou exame médico, compreendendo o período de 31/05/2021 a 31/05/2025.

1.2. Com a assinatura do presente, o prazo de execução do Termo de Cooperação nº 10/2017 passa a 08 (oito) anos, contado a partir de 31/05/2017.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios

CLÁUSULA SEGUNDA – DAS ALTERAÇÕES:

2.1. Em decorrência do presente aditivo, a redação da "Cláusula 5ª – DA VIGÊNCIA" passa a ter a seguinte redação:

"CLÁUSULA 5ª – DA VIGÊNCIA

5.1. O presente Termo de Cooperação vigorará por 08 (oito) anos, a contar da data de sua publicação no Diário Oficial, pelo TJRN, admitindo-se a sua prorrogação, mediante a celebração de termo aditivo, para assegurar o integral cumprimento do objeto."

CLÁUSULA TERCEIRA – DO FUNDAMENTO LEGAL

3.1. Este Termo Aditivo tem fundamento na Cláusula Quinta do Termo de Cooperação Técnica e na Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações.

CLÁUSULA QUARTA – DA ASSINATURA, DA VIGÊNCIA E DA PUBLICAÇÃO

4.1. Em conformidade com a Portaria nº 1.526, de 21 de Dezembro de 2018, a assinatura deste Termo Aditivo poderá, preferencialmente, ser assinado digitalmente, por meio de Certificado Digital, emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, ICP-Brasil.

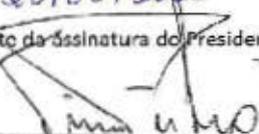
4.2. O presente Termo entra em vigor na data de sua assinatura, ficando a sua validade e eficácia sujeita à publicação, por extrato, no Diário da Justiça Eletrônico (DJe), conforme disposto no art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA QUINTA - DA RATIFICAÇÃO

5.1. Ficam ratificadas todas as demais cláusulas e condições do Termo de Cooperação Técnica nº 10/2017, não expressamente alteradas ou modificadas pelo presente instrumento.

E por estarem assim justos e contratados, assinam o presente Termo Aditivo em 05 (cinco) vias de igual teor e valor, lidas e julgadas conforme, para que produzam os devidos e legais efeitos.

Natal/RN, data constante da assinatura do Presidente do TJRN abaixo.

28/05/2022

 VIVALDO OTÁVIO PINHEIRO
 Desembargador-Presidente do
 Tribunal de Justiça do RN

Dr. Luiz Antônio Marinho da Silva
 Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Norte
 PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
Coordenadoria de Licitação, Contratos e Convênios

Secretário de Estado de Saúde do Rio Grande do Norte
Dr. Cipriano Maia de Vasconcelos

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

FERNANDO PINHEIRO DE SA
E BENEVIDES:78590434400

Assinado de forma digital por
FERNANDO PINHEIRO DE SA E
BENEVIDES:78590434400
Dados: 2021.05.17 13:52:32 -03'00'

Procurador Geral do Município de Natal
Dr. Fernando Pinheiro de Sá e Benevides
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NATAL

Secretário Municipal de Saúde de Natal
Dr. George Antunes de Oliveira
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

TESTEMUNHAS:

Nome: CLAÍSIA MACIEL
CPF: 216.354.802-30

Nome: Dilora Damelli D. Espanola
CPF: 076.592.584-27

ANEXO 4 – PORTARIA CONJUNTA Nº 18/2019-TJ DE 13 DE MAIO DE 2019

Tribunal de Justiça do RN - DJe

Secretaria - Geral

***PORTARIA CONJUNTA Nº 18/2019-TJ, DE 13 DE MAIO DE 2019.**

Cria o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em matéria de Saúde, denominado "CEJUSC SAÚDE - NATAL", conforme o disposto na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, publicada em 29 de novembro de 2010 e Resolução 015 – TJ, publicada em 24 de abril de 2019.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e o Presidente do NUPEMEC, no uso de suas competências legais e regimentais:

CONSIDERANDO o disposto na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário e o do teor da Recomendação 50 do CNJ, que recomenda aos Tribunais a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação;

CONSIDERANDO o disposto na Resolução 015 do TJ/RN, datada de 24 de abril de 2019; CONSIDERANDO o termo de cooperação técnica nº 10/2017 firmado entre o Tribunal de Justiça e o Estado do Rio Grande do Norte, além do termo de cooperação técnica nº 16/2018 firmado entre o Tribunal de Justiça e os Planos de Saúde Amil, Unimed Natal, Unimed Federação e CAURN;

CONSIDERANDO a conveniência de instalação de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, na Comarca de Natal, destinado à conciliação e à mediação, pré-processual e processual, para a solução de conflitos relacionados a demandas de saúde;

RESOLVEM:

Art. 1º Criar e instalar o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para demandas de saúde, denominado "CEJUSC SAÚDE - NATAL", com atuação no âmbito da Comarca de Natal e com sede no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Natal;

Art. 2º O CEJUSC – SAÚDE terá competência para conciliação e mediação, processual e pré-processual, para solução de conflitos relacionados as demandas de saúde;

Parágrafo 1º. Ao CEJUSC Saúde – NATAL, juntamente com o NUPEMEC, caberá promover a cidadania, fomentando, orientando e supervisionando a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e mediação, processual e pré-processual, nas demandas relacionadas a saúde;

Art. 3º Para a consecução de sua finalidade, o CEJUSC SAÚDE - NATAL poderá utilizar a estrutura dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instalados na Comarca de Natal;

Art. 4º O CEJUSC SAÚDE – NATAL será coordenado por um Juiz, indicado pelo Presidente do NUPEMEC e nomeado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte;

Art. 5º Os servidores, estagiários e/ou terceirizados que atuarão junto ao CEJUSC SAÚDE – NATAL serão vinculados administrativamente ao CEJUSC NATAL.

Art. 6º Aplica-se ao CEJUSC SAÚDE, no que couber, o disposto na Resolução nº 125 do CNJ e Resolução 015/2019 do TJ/RN;

Art. 7º Esta Portaria Conjunta entra em vigor na data de sua publicação.

Natal/RN, de 13 de maio de 2019.

JOÃO BATISTA REBOUÇAS

Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

DILERMANDO MOTA

Presidente do NUPEMEC

* Republicado por incorreção