



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

CAROLINE DE PAULA CAVALCANTE PARAHYBA

**A BUSCA PELA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO DE CONFLITOS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.**

FORTALEZA

2023

CAROLINE DE PAULA CAVALCANTE PARAHYBA

A BUSCA PELA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO DE CONFLITOS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, sociedade e pensamento jurídico.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P1b PARAHYBA, CAROLINE DE PAULA CAVALCANTE.
A BUSCA PELA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: GESTÃO DE
CONFLITOS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. / CAROLINE DE PAULA CAVALCANTE
PARAHYBA. – 2023.
156 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro..

1. Direito à saúde. 2. Políticas públicas de saúde. 3. Judicialização da saúde. 4. Gestão de conflitos. 5.
Resolução de conflitos. I. Título.

CDD 340

CAROLINE DE PAULA CAVALCANTE PARAHYBA

A BUSCA PELA CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO DE CONFLITOS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, sociedade e pensamento jurídico.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Para Ana Cristina, Marcos, Ricardo e Quinderé
Filho por todo o suporte e incentivo que me
motiva e sustenta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que, com toda sua bondade e amor por mim, concedeu-me essa oportunidade de cursar o mestrado na Universidade Federal do Ceará, que sempre foi um objetivo de vida para mim. Além disso, sou grata a Ele por minha saúde, de meus familiares e amigos, especialmente durante o período da Pandemia do COVID-19, bem como por ter me dado forças para continuar, mesmo diante de momentos que pensei que não conseguiria.

Agradeço, de forma muito particular, à minha família pelo incentivo, amor e, principalmente, pela compreensão ante as minhas ausências durante a elaboração da presente dissertação, o que fez fortalecer nossos vínculos:

Ao Marcos e Ana Cristina, meus pais queridos, que sempre acreditaram no meu potencial e nunca me deixaram desistir, sendo os grandes responsáveis pela pessoa resiliente que me tornei.

Aos meus irmãos, Marcos Jr. e Rafael, que apesar de todas as implicâncias comigo, sempre se provaram ser meus melhores amigos e meus maiores torcedores, eu amo muito vocês.

Aos meus sobrinhos e sobrinhas, Sophia, Davi, Catarina, Marcos Neto e André, vocês são os meus maiores presentes e deixam meus dias mais alegres.

À Vaneide que, desde o meu nascimento até a vida adulta, sempre se fez presente em minha vida, exercendo, muitas vezes, o papel de mãe, e contribuindo para a pessoa que sou hoje.

Aos meus cunhados e cunhadas, Thaís, Isadora, Patrick, Lara, David, Maria Thereza, Maethê e Rodrigo, por todo o apoio aos longos dos anos, vocês se tornaram irmãs e irmãos para mim.

Ao meu tio, Ricardo Madeiro, que sempre me incentivou a estudar e a buscar a ser uma profissional melhor, além de brotar uma curiosidade especial em relação ao direito à saúde e direito médico. Nunca esquecerei de todos os ensinamentos e oportunidades que o senhor me deu. Minha eterna gratidão!

Aos meus avós maternos, aos meus tios, aos meus sogros e aos meus primos, que sempre acreditaram em todo meu potencial e sempre estiveram presente diante de qualquer dificuldade.

Ao Quinderé Filho, meu noivo, que sempre me apoiou e acreditou em mim, quando nem eu mesma acreditava. Ele enfrentou junto comigo todo o processo de seleção e os três anos de mestrado, sempre me fazendo acreditar que eu era capaz. Não poderia encontrar alguém melhor do que ele para passar o resto da minha vida.

Não poderia deixar ainda de agradecer de forma não menos especial, a todos os meus amigos, que me acompanharam nessa trajetória até aqui, tornando essa tarefa mais fácil.

Agradeço, com todo coração, à professora Lígia, por aceitar a tarefa de orientação, realizando-o de maneira inspiradora e tranquila, com bastante competência, responsabilidade e zelo, mostrando-se, sempre, disponível para ajudar, cujo apoio foi de extrema importância para a realização deste trabalho.

Aos professores Felipe e Gustavo, profissionais de extrema competência, que aceitaram compor a banca de qualificação e a banca examinadora, enaltecendo a defesa dessa dissertação.

A todos os professores pelos conhecimentos repassados, que me inspiram não só em ser uma boa aplicadora do direito, mas também a ser uma pessoa melhor.

“Existem duas maneiras de resolver conflitos, através da violência ou através da negociação. A violência é para animais selvagens, a negociação é para seres humanos.” (Marco Túlio Cícero).

RESUMO

O fenômeno da judicialização da saúde demonstra, de um lado, a exigência legítima dos cidadãos de garantir o direito à saúde tutelado pela Constituição Federal de 1988, por outro, revela os problemas estruturais e deficiências na prestação dos serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) para assegurar este direito, bem como expõe as limitações do Poder Judiciário para resolver os conflitos sanitários, que envolvem as políticas públicas de saúde. O elevado número de ações judiciais e a conseqüente morosidade do Poder Judiciário influenciaram a busca de meios para desjudicializar, culminando na valorização da aplicação de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, o que amplia a dimensão conceitual de acesso à justiça, no sentido de que este não se relaciona apenas com a jurisdição, mas inclui as múltiplas “portas” de soluções de litígios, devendo ser escolhido o meio mais adequado para cada tipo de conflito. Neste sentido, com a finalidade de solucionar o problema da judicialização da saúde, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou algumas estratégias de aproximação entre o sistema judiciário e o sistema sanitário. Da mesma forma, em algumas comarcas do País, também se verifica a institucionalização da adoção extrajudicial de resoluções de conflitos em saúde. Contudo, apesar de louvável a contribuição da adoção de meios consensuais de resolução de conflitos em saúde, aplicados de forma judicial e extrajudicial, por parte do Poder Judiciário e dos atores institucionais, percebe-se que tais instrumentos de gestão de conflitos para desjudicialização da saúde se mantêm fora do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante disto, surge o questionamento se a gestão de conflitos pode ser utilizada para a política pública de saúde. Assim, a presente pesquisa foi realizada por meio de uma abordagem metodológica do tipo indutiva, apoiando-se em uma revisão bibliográfica, e possui como objetivo geral buscar alcançar estratégias de gestão de conflitos, que possam ser aplicadas no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os seus níveis, para conter a judicialização da saúde. Especificamente, objetiva-se estudar o direito fundamental à saúde e os reflexos da sua judicialização, além de analisar a possibilidade de a Administração Pública adotar os meios consensuais de resolução de conflitos no âmbito da saúde pública. Como resultado, verificou-se que a gestão de conflitos, em especial a mediação sanitária, pode ser aplicada no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os seus níveis, para desjudicializar a saúde, e, com isso, contribui para a política pública de saúde, uma vez que gera economia em relação ao orçamento público destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS), concentra as despesas para real efetivação das políticas públicas de saúde e, principalmente, busca melhorar o atendimento dos usuários do sistema de saúde brasileiro, incluindo a maior participação deles na tomada de decisões.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas de saúde. Judicialização da saúde. Gestão de conflitos. Resolução de conflitos.

ABSTRACT

The phenomenon of the judicialization of health demonstrates, on the one hand, the legitimate demand of citizens to guarantee the right to health protected by the Federal Constitution of 1988, on the other hand, it reveals the structural problems and deficiencies in the provision of health services by the Unified Health System (SUS) to ensure this right, as well as exposes the limitations of the Judiciary to resolve health conflicts, which involve public health policies. The high number of lawsuits and the consequent slowness of the Judiciary Power influenced the search for ways to de-judicialize, culminating in the appreciation of the application of consensual instruments of conflict resolution, which expands the conceptual dimension of access to justice, in the sense that this it is not only related to jurisdiction, but includes the multiple “doors” of dispute solutions, and the most appropriate means must be chosen for each type of conflict. In this sense, with the aim of solving the problem of the judicialization of health, it is observed that the National Council of Justice (CNJ) adopted some strategies to bring the judicial system closer to the health system. Likewise, in some regions of the country, the institutionalization of extrajudicial adoption of resolutions of conflicts in health is also verified. However, despite the commendable contribution of the adoption of consensual means of resolving conflicts in health, applied in a judicial and extrajudicial way, by the Judiciary and institutional actors, it is clear that such conflict management instruments for the dejudicialization of health remains outside the Unified Health System (SUS). Given this, the question arises whether conflict management can be used for public health policy. Thus, the present research was carried out through an inductive methodological approach, based on a bibliographical review, and its general objective is to seek to achieve conflict management strategies that can be applied within the scope of the Health Secretariats, in all its levels, to contain the judicialization of health. Specifically, the objective is to study the fundamental right to health and the consequences of its judicialization, in addition to analyzing the possibility for the Public Administration to adopt consensual means of resolving conflicts in the field of public health. As a result, it was found that conflict management, in particular health mediation, can be applied within the scope of the Health Secretariats, at all levels, to de-judicialize health, and, with that, contribute to the public policy of health, since it generates savings in relation to the public budget allocated to the SUS, concentrates expenses for the real implementation of public health policies and, mainly, seeks to improve the service of users of the Brazilian health system, including their greater participation in taking of decisions.

Keywords: Right to health. Public health policies. Judicialization of health. Conflict management. Conflict resolution.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 14 |
| 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS REFLEXOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO..... | 18 |
| 1.1 O direito à saúde | 19 |
| <i>1.1.1 O direito à saúde na perspectiva da dignidade humana.....</i> | <i>19</i> |
| 1.2 Política pública: Conceito e contexto histórico de política pública de saúde..... | 23 |
| <i>1.2.1 Os principais aspectos da Lei Orgânica de Saúde.....</i> | <i>33</i> |
| <i>1.2.2 Participação e controle social na política pública de saúde dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.....</i> | <i>39</i> |
| 1.3 A judicialização das políticas públicas de saúde..... | 44 |
| <i>1.3.1 As principais causas e efeitos da judicialização da saúde.....</i> | <i>47</i> |
| <i>1.3.2 Os efeitos positivos e negativos da judicialização.....</i> | <i>55</i> |
| <i>1.3.3 Os limites à judicialização</i> | <i>58</i> |
| 2. A CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 66 |
| 2.1 Arcabouço histórico e fundamentação legal da consensualidade pela Administração Pública..... | 67 |
| <i>2.1.1 Da atuação autoritária da Administração Pública.....</i> | <i>67</i> |
| <i>2.1.2 Da atuação gerencial da Administração Pública.....</i> | <i>72</i> |
| <i>2.1.3 Da atuação consensual da Administração Pública.....</i> | <i>74</i> |

| | |
|--|------------|
| 2.2 Releitura de conceitos centrais do direito administrativo para a consensualidade da administração pública brasileira..... | 79 |
| 2.2.1 Do Princípio da Indisponibilidade e Supremacia do Interesse Público à adequação da prática consensual..... | 80 |
| 2.2.2 Da consensualidade diante do Princípio da Legalidade e da Isonomia..... | 84 |
| 2.2.3 Do princípio da publicidade versus o princípio da confidencialidade..... | 87 |
| 2.3 O diálogo institucional: Papel da Advocacia Pública e da Defensoria Pública..... | 91 |
| 2.3.1 Papel da Advocacia Pública..... | 92 |
| 2.3.2 Papel da Defensoria Pública..... | 96 |
| 3. A GESTÃO DE CONFLITOS NA SAÚDE | 99 |
| 3.1 Do acesso à justiça: Sistema de múltiplas portas..... | 100 |
| 3.1.1 <i>O acesso à justiça: Da sua evolução e respectiva dimensão conceitual.....</i> | <i>101</i> |
| 3.1.2 <i>Sistema de múltiplas portas: Da alternativade à adequação da resolução de conflitos.....</i> | <i>106</i> |
| 3.2 Meio adequados de resolução de conflitos..... | 109 |
| 3.2.1 <i>Classificação.....</i> | <i>110</i> |
| 3.2.2 <i>Métodos autocompositivos.....</i> | <i>113</i> |
| 3.2.3 <i>Métodos heterocompositivos</i> | <i>117</i> |
| 3.3 A busca das soluções dos conflitos na gestão da saúde..... | 120 |
| 3.3.1 Políticas públicas e os impactos das recomendações do CNJ..... | 121 |
| 3.3.2 Instrumentos para desjudicialização da saúde..... | 126 |
| 3.3.3 A gestão de conflitos para política pública de saúde..... | 130 |

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....134

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS139

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser prevista como um direito social, razão pela qual, na medida que impõe ao Estado a obrigação de garantir a todos, mediante políticas públicas, o acesso a bens e serviços de saúde, garante ao indivíduo a titularidade de exigir este direito do Estado.

Em obediência ao preceito constitucional, o Estado implementou como política pública de saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), que é o conjunto de ações e serviços, que visam a promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma universal, integral e igualitária.

Todavia, o Sistema Único de Saúde (SUS) enfrenta dificuldades para implementar plenamente o direito à saúde, de forma universal, integral e igualitária, haja vista que há escassez de recursos materiais, humanos e orçamentários (subfinanciamento), além de haver lacunas assistenciais, prescrições “off label”, pressão empresarial para que o SUS incorpore novas tecnologias e medicamentos, corrupção e a própria ausência do dever de cuidado por parte dos cidadãos.

Diante dos obstáculos enfrentados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir o acesso à saúde indistintamente para todos e considerando que o direito à saúde é uma norma constitucional dotada de força normativa, o que garante a sua exigibilidade, tem crescido o número de ações perante o Poder Judiciário na busca de assegurar o direito constitucional à saúde, o que se convencionou a denominar de judicialização da saúde.

O fenômeno da judicialização da saúde demonstra, de um lado, a exigência legítima dos cidadãos de garantir o direito à saúde tutelado pela Constituição Federal de 1988, por outro, revela os problemas estruturais e deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS) para assegurar este direito, bem como expõe as limitações do Poder Judiciário para resolver os conflitos sanitários, que envolvem as políticas públicas de saúde.

As decisões interventivas do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde se opõem às decisões políticas dos Poderes Executivo e Legislativo, que são legitimados pelo povo na democracia representativa, desorganizando toda a política orçamentária anual destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao determinar uma ação ou serviço de saúde, o Poder Judiciário interfere na política pública de saúde, desconsiderando a sua perspectiva coletiva, e, sendo assim, traz prejuízos a equidade e universalidade do sistema de saúde brasileiro.

Além disso, com a crescente judicialização, torna-se desproporcional o número de processos no Poder Judiciário frente a sua estrutura para resolvê-los, ocasionando uma morosidade para prestar uma resposta satisfativa ao jurisdicionado.

O elevado número de ações judiciais e a conseqüente morosidade do Poder Judiciário influenciaram a busca de meios para desjudicializar, culminando na valorização da aplicação de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, o que amplia a dimensão conceitual de acesso à justiça, no sentido de que este não se relaciona apenas com a jurisdição, mas inclui as múltiplas “portas” de soluções de litígios, devendo ser escolhido o meio mais adequado para cada tipo de conflito.

Neste sentido, com a finalidade de solucionar o problema do assoberbamento da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou algumas estratégias de aproximação entre o sistema judiciário e o sistema sanitário, tais como: A criação do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde (FONAJUS), por meio da Resolução de nº 107 do CNJ de 2010, a criação dos Comitês Estaduais da Saúde, varas especializadas e Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS), por meio da Resolução de nº 238 do CNJ de 2016, bem como a Recomendação de nº 100 do CNJ de 2021, que recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde.

Como exemplos extrajudiciais de adoção de meio consensuais de solução de conflitos em saúde, tem-se a institucionalização da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS) do Distrito Federal, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS) do Rio Grande do Norte e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) do Rio de Janeiro.

No entanto, apesar de louvável a contribuição da adoção de meios consensuais de resolução de conflitos em saúde, aplicados de forma judicial e extrajudicial, por parte do Poder Judiciário e dos atores institucionais, percebe-se que tais instrumentos de gestão de conflitos para desjudicialização da saúde se mantém fora do Sistema Único de Saúde (SUS).

Diante disto, considerando que os conflitos de saúde pública pertencem ao Sistema Único de Saúde (SUS), sejam eles internos ao sistema ou externos aos usuários, surge a seguinte pergunta-problema: A gestão de conflitos pode ser utilizada para a política pública de saúde?

Em busca de responder este questionamento, a presente pesquisa possui como objetivo geral buscar alcançar estratégias de gestão de conflitos, que possam ser aplicadas no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os seus níveis, para conter a judicialização da saúde.

Como objetivo específico, a pesquisa pretende estudar o direito fundamental à saúde e os reflexos da sua judicialização, além de analisar a possibilidade de a Administração Pública adotar os meios consensuais de resolução de conflitos no âmbito da saúde pública.

Assim, o presente trabalho foi realizado por meio de uma abordagem metodológica do tipo indutiva, apoiando-se em uma revisão bibliográfica, sendo dividido em 3 capítulos, a fim de melhor compreender sobre o tema.

O primeiro capítulo versa sobre o direito fundamental à saúde e os reflexos da sua judicialização, traçando, a priori, o direito à saúde na perspectiva da dignidade humana, o conceito e o contexto histórico da política pública de saúde, os principais aspectos da Lei Orgânica de Saúde, a participação e controle social na política pública de saúde dentro do Estado Democrático de Direito, sem se olvidar ainda de analisar a judicialização da política pública de saúde, as suas principais causas, efeitos positivos e negativos, bem como seu limite.

O segundo capítulo trata da consensualidade da Administração Pública, trazendo, inicialmente, um arcabouço histórico e fundamentação legal da consensualidade pela Administração Pública, desde a atuação administrativa autoritária até a consensual, em seguida, faz-se uma releitura de conceitos centrais do direito administrativo para a consensualidade da administração pública brasileira, isto é, analisa-se a adequação à prática consensual dos Princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público, bem como dos Princípios da legalidade, isonomia e publicidade, por fim, investiga-se o papel da Advocacia Pública e da Defensoria Pública no diálogo institucional.

O terceiro e último capítulo aborda a gestão de conflitos na saúde, tratando, primeiramente, sobre a evolução do acesso à justiça e sua respectiva dimensão conceitual, bem como sobre o sistema de múltiplas portas, em seguida, investiga-se os meios adequados de resolução de conflitos, versando sobre a sua classificação e quais são os métodos

autocompositivos e heterocompositivos, ao final, examina-se a busca das soluções dos conflitos na gestão da saúde, para tanto, traça-se sobre as políticas públicas, os impactos das recomendações do CNJ, os instrumentos para desjudicialização da saúde e a gestão de conflitos para política pública de saúde.

Deste modo, para além da relevância de ampliar o debate da desjudicialização no âmbito da própria política pública de saúde, o tema proposto se justifica na experiência pessoal que a presente pesquisadora teve como membro da Comissão de Saúde da OAB-CE, que ao estudar, debater, analisar, visitar hospitais públicos, observou a dificuldade dos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) no contato direto com a Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, aumentando, cada vez mais, além das demandas judiciais, a descrença nos gestores de saúde, e por decorrência, no acesso à justiça de ter seu direito à saúde garantido, o que impõe, portanto, a necessidade de investigar meios consensuais de resolução de conflitos para a política pública de saúde, como forma adequada e eficiente às demandas judiciais, sem querer, contudo, esgotar outros métodos de soluções de conflitos na área da saúde.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS REFLEXOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO.

A Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social e fundamental, assegurando no seu artigo 196 que, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, com o fito de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde não se trata, precisamente, na obtenção absoluta da saúde, mas sim, sua proteção, por meio de ações do Estado para buscar prevenir e remediar a saúde do indivíduo ou da coletividade.¹

Assim, o contorno da norma constitucional de proteção ao direito à saúde é delineado pelo princípio da universalidade, equidade e integralidade do atendimento. O primeiro princípio garante o direito à saúde a todos indistintamente, o segundo assegura o tratamento isonômico daqueles que buscam a prestação do Estado, no tocante à saúde, e o terceiro e último se refere a estrutura plena para promover, prevenir e recuperar o direito à saúde de todos.²

Com a finalidade de garantir a universalização, equidade e integralidade desse direito, foi promulgada a Lei de nº 8.080/90 que cria o Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, se de um lado a referida política pública promove um aperfeiçoamento para tornar a saúde um direito universal, por outro lado, enfrenta obstáculos para efetivar o alcance deste direito para todos indistintamente.³

¹ SILVA, Fábio de Souza. Tutela judicial do direito à saúde. 2010. 16 f. **Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Lobo Torres.**

² TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública. 2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

³ ASENSI, Felipe Dutra. A Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110. ISBN 978-85-7700-735-6.

Ante a dificuldade de se promover o direito à saúde para todos indistintamente e considerando se tratar de uma norma constitucional dotada de força normativa, é inegável o aumento da judicialização da saúde, o que traz como consequência, em muitos casos, a realocação de recursos das políticas públicas de saúde de maneira desordenada, ignorando os princípios e diretrizes previstos na Constituição Federal e na legislação⁴.

Neste sentido, o presente capítulo tratará acerca do direito à saúde dentro da perspectiva da dignidade humana, o conceito de política pública e sua importância para efetivar os direitos fundamentais, além de proceder uma análise sobre a Lei Orgânica de Saúde e a leitura do direito à saúde dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o capítulo busca ainda investigar a judicialização do direito à saúde, como suas principais causas e consequências, bem como os limites à judicialização.

1.1 O direito à saúde.

A proteção da saúde provoca grande divergência acadêmica e jurisprudencial. O entendimento íntegro sobre o tema se sujeita ao estudo detalhado sobre o direito à saúde na perspectiva da dignidade humana. É imprescindível, desse modo, averiguar-lhe a sua natureza, enquanto um direito humano e social.

1.1.1 O direito à saúde na perspectiva da dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) no seu artigo 25, item 1, assegura que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar(...)”, desta forma, o direito à saúde é um direito humano, este entendido como

⁴ GONDIM, Caroline Moreira. Plataforma digital como ferramenta de resolução de conflitos e otimização na prestação de serviços públicos de saúde: Um instrumento de informação, transparência e participação popular. 2019. 17f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

direito igual e inalienável a todos os seres humanos em decorrência da sua dignidade da pessoa humana.

Nesta lógica, os direitos humanos nascem como direitos que são naturais e universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares e se realizam de maneira plena como direito positivo universal, denota ainda que, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem tampouco nasce de uma vez por todas.⁵

Assim, considerando a constante necessidade de positivação dos Direitos Humanos, pode-se concluir que, à medida em que a sociedade evolui, impõe-se reconhecer que sua efetivação somente pode ocorrer em face do respeito à dignidade da pessoa humana, a fim de que se possa estar próximo, inclusive, da concreção de outro valor que é a justiça.⁶

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º, inciso III, ao constituir o Estado Democrático de Direito instituiu como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, convergindo, de forma inevitável, para assegurar a constitucionalização dos direitos humanos conhecidos como direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais positivados na Carta Magna de 1988, elenca-se o rol dos direitos fundamentais sociais, tal como o direito à saúde, razão pela qual pode se inferir que a República Brasileira constitui, na verdade, um Estado Social Democrático de Direito, mesmo não estando expresso no art. 1º da Constituição Federal, o que impõe como consequência a garantia constitucional da efetivação destes direitos.⁷

Na perspectiva dos direitos fundamentais, saúde, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), é “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Assim, o direito a saúde, enquanto direito fundamental, não se limita apenas a

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁶ MELLO, Érico Marques de. Além da Justiça: Entre a dignidade da Pessoa humana e a “vida nua”. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9a1d5317a33ae8c>>. Acesso em: 29 maio 2021. [Advogado em Brasília. Mestre pela FADISP. Vinculado ao programa de pós-graduação internacional da Universidade Nacional de Buenos Aires (UBA)].

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª-edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.73.

esfera física, mas sim, estende-se para vários aspectos da vida, como o social e o psicológico, para determinar as condições do adoecimento para poder prevenir e tratar doenças.⁸

Isto posto, o direito à saúde está inserido no rol dos direitos fundamentais sociais, e como tal, deve ser assegurado pelo Estado, por meio de políticas sociais e econômicas, para prevenir os riscos de doenças, além de recuperá-las, tudo no intuito de preservar a existência digna do cidadão e da coletividade.

Ocorre que, os direitos sociais, o que inclui o direito à saúde, previstos pela Constituição de 1988 eram tidos como normas programáticas⁹, todavia, de nada vale a previsão destes direitos, caso não haja a sua efetividade e a possibilidade de buscar a concretização de tais direitos face ao Poder Judiciário¹⁰.

Neste azo, os dispositivos constitucionais deixaram de ser normas programáticas, isto é, normas que consubstanciam diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais, e passaram a ser dotadas de força normativa, entendida como uma garantia para assegurar a eficácia da Constituição.¹¹

Em relação a exigibilidade do direito à saúde, existe uma celeuma sobre a titularidade deste direito, se é passível de ser tutelado individualmente ou se somente admite a proteção por meio coletivo.¹²

Para a análise da problemática, o autor Daniel Hachem¹³ entende como extrema relevância a observância da dimensão subjetiva e objetiva inerente a todos os direitos sociais. Entende-se por dimensão subjetiva, a possibilidade do titular de um direito fundamental, seja este individual ou coletivo, de exigir administrativamente ou judicialmente o seu direito. Já a

⁸ JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

¹⁰ JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

¹¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 35, n. 139, p.8, 1998.

¹² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v.14, n.14, Curitiba, p.618-688, jul./dez.2013.

¹³ Idem

dimensão objetiva é o reconhecimento de elementos jusfundamentais, em outras palavras, trata-se dos valores difundidos em toda a comunidade.¹⁴

Com efeito, a discussão sobre a titularidade dos direitos fundamentais surge, pois não se observa a dupla dimensão desses direitos, atribuindo a titularidade unicamente ao direito fundamental em sentido amplo, mas sem se ater qual ou quais os valores daquele direito fundamental que está sendo discutido em determinada situação jurídica.¹⁵

Para Hachem ¹⁶, no caso do direito à saúde, o que irá determinar a titularidade não é o direito fundamental em si, mas tão somente a pretensão jurídica alegada para determinada questão, já que um determinado direito pode provocar diversas possibilidades jurídicas.

Neste raciocínio, a titularidade individual e coletiva dos direitos fundamentais sociais coexistem, de forma que não se afasta a titularidade jurídica individual, devido a justiciabilidade deste direito pela esfera coletiva. O Superior Tribunal Federal, não obstante haver reconhecido há muito tempo o direito subjetivo individual nas matérias de saúde, utilizou também, em seus julgados, este argumento da simultaneidade da titularidade nas matérias de direito à saúde, apesar de não enfrentar a matéria quando se trata dos demais direitos sociais.¹⁷

Deste modo, de acordo com a realidade brasileira, as políticas públicas de saúde enfrentam obstáculos para assegurar o direito à saúde para todos, razão pela qual, com o neoconstitucionalismo, e, por consequência, a força normativa da constituição, o titular do direito à saúde, seja de natureza individual ou coletiva, passou a judicializar a questão para garantir a plena efetivação do seu direito, sob os fundamentos axiológicos e constitucionais, tal como o direito à vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.¹⁸

¹⁴ DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; STRADA, Ana Isabel Modena. Apontamentos acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 4, n. 8, p. 45-56, 2006.

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v.14, n.14, Curitiba, p.618-688, jul./dez.2013.

¹⁶ Idem

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, p. 205-228, 2010.

¹⁸ JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

1.2 Política pública: Conceito e contexto histórico de política pública de saúde no Brasil.

Os direitos sociais impõem um dever ao Estado e não devem ser compreendidas como simples normas programáticas, sem caráter obrigacional, vez que além de orientar as ações estatais, são passíveis de serem exigidas perante o Poder Judiciário.

Diante disso, como à saúde é um direito social, o que determina uma ação por parte do Estado, este deve executar políticas públicas que promova o acesso ao direito à saúde de forma universal e igualitária.

Neste sentido, as políticas públicas têm como vetor o atendimento das necessidades e direitos humanos básicos que convergem em direitos sociais, conforme o artigo 6º. da Constituição da República, dentre os quais se encontra o direito à saúde.

Na verdade, entende-se que a justificativa mediata das políticas públicas são os próprios direitos sociais, enquanto o fundamento imediato é o plano de governo, isto é, o estabelecimento de prazos para serem cumpridas metas de ações do implemento das políticas públicas.¹⁹

Neste azo, o conceito de política pública pode ser definido como sendo um conjunto de providências, planos de ações e processos que representam a orientação política do Estado e coordenam as intervenções estatais relacionadas ao interesse público, desempenhando e impulsionando sobre as esferas econômica, social e ambiental. De forma que, as políticas públicas oscilam conforme o nível da economia, do tipo de regime social, com a perspectiva que os gestores públicos possuem da interferência do Estado na sociedade, somado ainda, com o grau de participação popular das diversas classes sociais.²⁰

Corroborando com o conceito desenvolvido acima, a autora Maria Paula Dallari Bucci define política pública como sendo: “A coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

²⁰ LUCCHESI, Patrícia T. R. Políticas públicas em Saúde Pública / Patrícia T. R. Lucchese, coord., Dayse Santos Aguiar, Tatiana Vargas, Luciana Dias de Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. **São Paulo: BIREME/OPAS/OMS**, 2002.

relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato.”²¹

Dentro do âmbito das políticas públicas, destaca-se ainda que, a promoção, proteção e recuperação do direito à saúde é promovida por uma política pública social, isto porque, como já visto, a saúde é um direito fundamental, inerente ao ser humano, que reconhece a condição da participação política do homem e da mulher, enquanto cidadãos, motivo pelo qual a política social se estrutura de variadas formas para a distribuição dos benefícios.²²

Política social pode ser compreendida, então, como política pública voltada ao bem-estar geral da sociedade, com natureza distributiva, dirigida especialmente a classe de menor renda da coletividade, cujo objetivo é a eliminação da pobreza, diminuição da desigualdade social e a equidade no compartilhamento de riqueza e renda. Quando se trata de universalização da política pública, pretende-se alcançar o máximo de beneficiários possíveis, embora haja políticas públicas destinadas a uma determinada classe da sociedade.

Para Sônia Fleury e Assis Mafort Ouverney, entende-se por política social:

Assim, a política social, como ação de proteção social, compreende relações, processos, atividades e instrumentos que visam a desenvolver as responsabilidades públicas (estatais ou não) na promoção da seguridade social e do bem-estar. Portanto, a política social apresenta uma dinâmica multifacetada que inclui ações intervencionistas na forma de distribuição de recursos e oportunidades, a promoção de igualdade e dos direitos de cidadania e a afirmação de valores humanos como ideais e a serem tomados como referência para a organização de nossas sociedades.²³

Considerando a delimitação dos conceitos de política pública e política social, antes de adentrar na atual política pública de saúde, faz-se necessário um estudo sobre os precedentes históricos das políticas públicas de saúde no Brasil, utilizando-o como um referencial teórico para compreender melhor o tema.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

²² FLEURY, Sonia; OUVERNEY, Assis Mafort. Política de Saúde: uma política social. **Giovanella L, Escorel S, Lobato LVC, Noronha JC, Carvalho AI, organizadores. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz**, p. 23-64, 2008.

²³ Idem

Historicamente, com a chegada da família real portuguesa em 1808, houve uma transição na administração pública colonial na área da saúde, devido à grande carência de estrutura mínima sanitária, que fosse adequada para dar assistência aos portugueses que se acomodavam na cidade do Rio de Janeiro. Todavia, nesta fase imperial, limitou-se apenas a garantir uma organização sanitária mínima na capital, sem que houvesse uma resolução dos problemas de saúde que afligiam a sociedade.²⁴

As práticas de saúde em âmbito nacional foram originadas, apenas após a Proclamação da República, com um movimento de Reforma Sanitária, sob a regência de médicos higienistas, tal como Oswaldo Cruz e Carlos Chagas, dentre os avanços alcançados com este movimento, teve a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) no 2 de janeiro de 1920, pelo Decreto nº 3.987, com o fito de ser o principal órgão federal da área de saúde, subordinado ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores.²⁵

Em 1923, o Brasil teve sua primeira intervenção estatal, com o Decreto Legislativo, denominado Lei Elói Chaves, o qual instituiu a previdência social no País com a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), para aqueles trabalhadores que possuíam carteira assinada, objetivando assegurar o benefício em casos de acidente, afastamento do trabalho por doença ou futura aposentadoria. Sendo o benefício concedido proporcionalmente às contribuições que eram pagas por cada classe trabalhadora, razão pela qual os planos de benefícios divergiam entre cada ramo de atividade trabalhadora.²⁶

A partir de 1930, houve mudanças significativas no processo de industrialização, no papel do Estado e das políticas sociais em âmbito nacional, especialmente as de saúde, em consequência da revolução dos trabalhadores.²⁷

Neste contexto, em 1933 foram criadas os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), reunindo os trabalhadores de determinadas categorias de atividade, como por exemplo, foram criados o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Estivadores e Transportes de Cargas

²⁴CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Desjudicialização do direito à saúde: a experiência do Estado do Ceará na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais. 2019. Dissertação (mestrado). **Universidade Federal do Ceará (UFC).Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Felipe Albuquerque Braga**

²⁵ Idem

²⁶ JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordoní. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

²⁷ BRAVO, Maria Inês Souza et al. Política de saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**, v. 3, p. 1-24, 2006.

(IAPTEC), o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes (IAPC), Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (I.A.P.B.), Instituto de Aposentadorias e Pensões dos marítimos e portuários (IAPM) e Instituto de Aposentadorias e Pensões dos servidores públicos (IPASE), intensificando a assistência médica, que até então eram voltadas somente para os trabalhadores contribuintes, de forma segmentada.²⁸

No âmbito da saúde pública, o governo federal, em 1942, instituiu, com a aliança dos Estados Unidos, o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) como política nacional de saúde. A SESP possuía a finalidade de possibilitar apoio médico-sanitário às regiões do Brasil de produção de materiais estratégicos que eram dados de contribuição para a II Guerra Mundial, destacando-se na assistência médico-sanitária em áreas geográficas distantes e carentes.²⁹

Em 1949, durante o segundo governo de Getúlio Vargas, acentuou-se, ainda mais, a assistência à saúde, com a criação do Serviço de Assistência Médica Domiciliar de Urgência (SAMDU), que inovou ao instituir o atendimento médico domiciliar até então inexistente no setor público, o financiamento consorciado entre todos os IAPs, além do atendimento universal ainda que limitado aos casos de urgência.³⁰

Ressalta-se que, o atendimento médico era um direito apenas dos beneficiários da previdência, a contar do advento da Lei Elói Chaves, todavia, as legislações dos diversos IAPs demonstraram que o serviço de saúde possuíam uma menor importância e os limites mudavam de IAP para IAP, por exemplo, no instituto dos marítimos (IAPM), o período de internação não poderiam ser superior a 30 dias e a despesa médica não poderia ultrapassar 8% da receita do ano anterior, enquanto no instituto dos industriários e dos trabalhadores em transportes e cargas, a assistência médica implicava em uma cobrança suplementar na contribuição.³¹

Nesta conjuntura, as diferenças normativas entre os diversos institutos de Aposentadorias e Pensões culminou para o surgimento de reivindicações em prol de sistema de previdência

²⁸ JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

²⁹ FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

³⁰ FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

³¹ FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

unificado, o que resultou na promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, em agosto de 1960, que visava organizar a previdência social dos IAPs de maneira semelhante.³²

A Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 facilitou a futura unificação dos IAPs em 1966, que ocorreu com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). O INPS foi instituído, em decorrência da crescente intervenção estatal, da diminuição dos trabalhadores na esfera política, com sua exclusão na gestão da previdência, restando-lhes reservado apenas atuação como financiadores.³³

Superando o movimento contrário à unificação por parte dos Institutos de Aposentadorias e Pensões mais ricos, o INPS buscava estabelecer, com notada compra de serviços assistenciais do setor privado, o modelo assistencial hospitalocêntrico, curativista e médico-centrado, que terá uma forte presença no futuro SUS.³⁴

Dessa forma, com o INPS, a previdência social se fortaleceu como principal órgão de financiamento dos serviços de saúde, concentrando as políticas públicas de saúde e estendendo a cobertura assistencial.³⁵

Na década de 70, a política de saúde estava polarizada entre ações voltadas para coletividade e as ações voltadas para o indivíduo. As ações de caráter coletivo eram de responsabilidade do Ministério da Saúde, enquanto as ações voltadas para o atendimento médico individual eram centralizadas no Instituto Nacional de Previdência Social, órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), criado em 1974.³⁶

Denota-se que neste período, houve um declínio da saúde pública, isto é, uma diminuição nas ações desenvolvidas para coletividade, e um crescimento na medicina previdenciária, ou seja, um aumento na assistência médica individualizada, o que resultou em uma política que priorizava a privatização dos serviços e promovia o avanço das atividades hospitalares.³⁷

³² JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

³³ BRAVO, Maria Inês Souza et al. Política de saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**, v. 3, p. 1-24, 2006.

³⁴ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde. **Curso de Especialização em Saúde da Família–UNA-SUS, UNIFESP**, 2012.

³⁵ JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

³⁶ Idem

³⁷ BRAVO, Maria Inês Souza et al. Política de saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**, v. 3, p. 1-24, 2006.

Em 1975, o governo federal, por meio da Lei nº 6229/1975, instituiu o Sistema Nacional de Saúde (SNS), como forma de organizar a saúde de modo sistêmico, sendo assim, o SNS dividiu a organização da saúde em dois campos institucionais. O primeiro campo, era a cargo do Ministério da Saúde, que tinha ação executiva voltada para os atendimentos de interesse público (coletivo), o que inclui a vigilância sanitária. O segundo campo, era de incumbência do Ministério da Previdência e Assistência Social, que o tinha o dever de exercer o atendimento médico-assistencial individualizado.³⁸

O objetivo principal do Sistema Nacional de Saúde (SNS) era estender a cobertura de saúde por todo o País, ocorre que nos municípios os gastos realizados pela prefeitura foi realizado, preferencialmente, em atendimento especializado, sendo olvidado os atendimentos primários, fato que corroborou para o insucesso da municipalização.³⁹

Em decorrência disso, seguindo a Organização Mundial de Saúde (OMS), que entendeu como imprescindível utilizar todo o pessoal disponível, de nível elementar e até mesmo os curandeiros, para suprir a grande carência de assistência médico-sanitária, foi criado em 1976, por meio do Decreto nº 76.307/76, o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), cujo objetivo era expandir a saúde pública, por meio da participação da sociedade local, nas regiões carentes do Brasil, tendo se iniciado no Nordeste e, anos depois, o abrangendo as demais regiões do País. Sobre a execução do PIASS no Nordeste:

O objeto central do Programa era dotar as comunidades do Nordeste - cidades, vilas e povoados até 20 mil habitantes - de uma estrutura básica e permanente de saúde pública capaz de contribuir na solução dos problemas médico-sanitários de maior reflexo social. A rede de serviços, fundamentalmente estadual e municipal, se desdobrava em três níveis de atuação: elementar, intermediário e de apoio. Os dois primeiros estavam constituídos por unidades operadas por pessoal de nível elementar. As unidades de apoio, estrategicamente localizadas, estavam formadas por unidades integradas de saúde, dispondo de recursos humanos de nível profissional e, em alguns casos, de facilidades para hospitalização.⁴⁰

³⁸ FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

³⁹ JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

⁴⁰ FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

No ano de 1977, foi criado o Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS), por meio da Lei 6.439/77, que tinha como principal órgão governamental o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), de responsabilidade do Ministério da Previdência e Assistência Social, visava prestar assistência médica com a compra de serviços médicos- hospitalares e especializados do setor privado.⁴¹

O Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS) era composto ainda pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pela Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), pela Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – (DATAPREV), pelo Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – (IAPAS), e pela Central de Medicamentos (CEME).⁴²

Na década de 80, com o processo de democratização, o direito à saúde passou a ser debatido no cenário político, contando com a participação de novos atores da sociedade civil, tal como os Conselhos dos profissionais de saúde, o movimento sanitário e os partidos políticos de oposição, tendo a discussão se centrado na universalização do acesso à saúde, a saúde como direito social de todos e dever do Estado, reorganização do setor da saúde por meio do plano do Sistema Unificado de Saúde, trazendo uma nova perspectiva para a saúde coletiva e individual, a descentralização do processo decisório de saúde para os diferentes níveis de governo – nacional, estadual e municipal, o financiamento da saúde pública e a criação dos Conselhos de Saúde em cada esfera de governo, para democratizar o debate e o processo de decisão sobre a saúde.⁴³

Neste azo, surge em 1982, o “Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social”, criado pelo Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária, para racionalizar os gastos que o Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social tinha com os serviços hospitalares contratados com o sistema SAMHPS - Sistema de

⁴¹ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde. **Curso de Especialização em Saúde da Família–UNA-SUS, UNIFESP**, 2012.

⁴² JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

⁴³ BRAVO, Maria Inês Souza et al. Política de saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**, v. 3, p. 1-24, 2006.

Assistência Médico-hospitalar da Previdência Social Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social.⁴⁴

Ainda em 1982, foi instituído o Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS), que dava enfoque na atenção primária de saúde como acesso ao sistema. O objetivo era que as instituições públicas fossem integradas e mantidas pelos diferentes níveis de governo, em rede regionalizada e hierarquizada. Preconizava a descentralização da administração dos recursos, a prioridade dos serviços de saúde na rede pública, a utilização da rede privada após o esgotamento da rede pública, desburocratização do pagamento de serviços prestados por terceiros, adoção de critérios para todos os procedimentos e racionalização do uso de procedimentos de custo elevado. Destaca-se que, as diretrizes do Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS) também estarão presente quando da criação do Sistema Único de Saúde (SUS).⁴⁵

No ano de 1986, logo após o fim da ditadura militar, foi convocada a VIII Conferência Nacional de saúde, com ampla participação popular, para debater sobre a universalização da saúde, inclusive com incorporação do INAMPS, o que propiciou em mudanças significativas e que são válidos até hoje no Sistema Único de Saúde(SUS), tais como: Igualdade e universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, bem como integralidade de assistência de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.⁴⁶

O relatório final da VIII Conferência Nacional de saúde representou uma sistematização do projeto da Reforma Sanitária Brasileira e foi conduzido à Assembleia Nacional Constituinte para ser debatido se seria inserido na Constituição sobre à saúde. Somado a isso, o documento da referida Conferência afluou a atuação popular como órgãos externos de fiscalização do poder público, no tocante ao sistema de saúde, bem como ficou demonstrado que os Conselhos de Saúde deveriam participar das tomadas de decisões referentes aos interesses e as demandas

⁴⁴ JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordon. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

⁴⁵ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde. **Curso de Especialização em Saúde da Família–UNA-SUS, UNIFESP**, 2012.

⁴⁶ ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

de mercado, que interferissem ou diminuísse a verba dos recursos públicos suscetíveis de serem alocados nas políticas sociais.⁴⁷

No ano seguinte à VIII Conferência Nacional de saúde, em 1987, foram criados Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), por meio de um Decreto, a partir da proposta de descentralização dos serviços de saúde, tal como o deslocamento dos serviços de saúde para os estados e municípios, a redução da estrutura da previdenciária estatal, a determinação do secretário estadual de saúde como gestor único de saúde em cada nível de governo e a substituição para os níveis descentralizados dos instrumentos de controle sobre o setor privado, desenvolvida pelo presidente da INAMPS, Hélio Cordeiro.⁴⁸

Com o SUDS, houve uma polarização dentro do movimento sanitário brasileiro, pois se de um lado, havia os que acreditavam que era uma fase de transição para implementar o Sistema Único de Saúde, no outro, havia aqueles que entendiam que era uma forma de minimizar a reforma sanitária à uma meramente administrativa.⁴⁹

A implementação do SUDS encontrou dificuldade, a contar da demissão do presidente da INAMPS e sua equipe, em março de 1988, principalmente porque, a oposição aos sistemas derivou dos interesses verticalizados dentro do Ministério da Saúde, do INAMPS e do subsetor privado, bem como das lideranças políticas regionais, cujos comprometimentos eram extremamente necessários para a implementação do sistema nos estados e municípios. O movimento de oposição contribuiu ainda para o atraso na aprovação do capítulo constitucional da política de assistência médica previdenciária.⁵⁰

Dentro desta conjuntura, como a participação popular na VIII Conferência Nacional de Saúde, os movimentos democráticos, as reformas e as redefinições do sistema público de saúde, a Constituição Federal, promulgada no dia 5 de outubro 1988, incorporou em seu bojo, dentro do título VIII, que trata da ordem social, o capítulo II que versa sobre a seguridade social, sendo esta definida como: “Um conceito estruturante das políticas sociais cuja principal característica

⁴⁷ ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. In: **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2012. p. 853-883.

⁴⁸ ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

⁴⁹ ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

⁵⁰ ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

é de expressar o esforço de garantia universal da prestação de benefícios e serviços de proteção social pelo Estado”.⁵¹

A seguridade social objetiva, então, o bem-estar e a justiça social, cabendo ao Estado a elaboração e execução das políticas sociais, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo garantido à sociedade sua participação no planejamento, fiscalização e avaliação de tais políticas públicas.⁵²

Denota-se que a Seguridade Social trazida na constituição simbolizou a ideia mais inovadora trazida pela Assembleia Nacional Constituinte sobre política social, especialmente porque, até então, o movimento sanitário brasileiro defendia a saúde como uma política autônoma, que deveria ter seção própria na Constituição, com reserva de percentual específico de recurso, vinculado ao orçamento da União.⁵³

Essa organização constitucional dada ao título da Seguridade Social causou preocupação aos sanitaristas que defendiam uma ampliação da autonomia da política pública de saúde, posto que temiam que os recursos destinados à saúde fossem subtraídos para o pagamento compulsório dos benefícios da previdência e da assistência social, e ainda que a criação do Ministério da Seguridade Social diminuísse a força política do Ministério da Saúde, órgão responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, a prevenção e a assistência à saúde dos brasileiros, especificamente por promover a descentralização que é a base do Sistema Único de Saúde.⁵⁴

Ante a tal receio, o movimento sanitário pressionou para a inclusão do parágrafo segundo do art. 195 no projeto da Constituição Federal de 1988, que determina a manutenção da identidade institucional e orçamentária para os três direitos sociais: Saúde, previdência social e assistência social.⁵⁵

⁵¹ DELGADO, Guilherme Costa; JACCOUD, Luciana de Barros; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. 2009.

⁵² NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

⁵³ DELGADO, Guilherme Costa; JACCOUD, Luciana de Barros; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. 2009.

⁵⁴ DELGADO, Guilherme Costa; JACCOUD, Luciana de Barros; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. 2009.

⁵⁵ DELGADO, Guilherme Costa; JACCOUD, Luciana de Barros; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. 2009.

A Constituição Federal de 1988 preconizou, portanto, que a saúde é uma seção da Seguridade Social, ao lado da previdência social e assistência social ⁵⁶. Ao dispor que “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”, o artigo 196 da Carta Magna constitui a saúde um direito social, que se configura como componente do direito à vida e a subsistência da pessoa humana em condições de dignidade, consagrados enquanto direitos e garantias fundamentais.

Reconhecido como direito fundamental, o direito à saúde vincula os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) não podendo ser retirado da Constituição nem por via de emenda constitucional, de modo que cabe ao Estado brasileiro a realização, dentro dos limites da realidade, de todo o possível para promover a saúde.⁵⁷

Para concretizar o direito a saúde, a Constituição Federal de 88 preconizou ainda o Sistema Único de Saúde (SUS), como “garantia institucional fundamental”, ou seja, a implementação do direito à saúde, deve ser de acordo com os princípios e diretrizes previstos nos artigos constitucionais 198 a 200. Além disso, o SUS, na condição de instituição pública, não pode ser objeto de reforma constitucional tendente a aboli-lo ou reduzi-lo, posto que, assim como o direito à saúde, possui resguardo constitucional.⁵⁸

Desse modo, observa-se a seguir os principais aspectos da Lei Orgânica de Saúde que normatizou o SUS.

1.2.1 Os principais aspectos gerais da Lei Orgânica de Saúde.

A Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS), garantido na Carta Magna, e o definiu,

⁵⁶ ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 125-172, 2008.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 125-172, 2008.

no seu artigo 4º, como sendo “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 (...)”.

A LOS, respeitando a Constituição Federal, dispõe ainda no seu artigo 7º que tais ações e serviços desenvolvidos SUS são de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, quais sejam: Descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade, além de outros princípios⁵⁹, como o da universalidade e da igualdade.⁶⁰

Por descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, busca-se definir a atuação de cada ente federativo na política pública de saúde com rumo à municipalização, cujo objetivo é fortalecer a democracia, a eficiência, a efetividade e a fiscalização, tanto das contas públicas, como do seguimento das políticas públicas. Assim, a direção única pode ser entendida como a autonomia comum da União, que deve se pautar no planejamento elaborado pelo Ministério da Saúde; dos Estados, que devem se guiar pelas diretrizes propostas pelas secretarias estaduais de saúde; e, dos municípios, pelas secretarias municipais de saúde.⁶¹

⁵⁹ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; 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; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. (BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 1990).

⁶⁰ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde. **Curso de Especialização em Saúde da Família–UNA-SUS, UNIFESP**, 2012.

⁶¹ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

Além disso, essa descentralização deve ocorrer de maneira regionalizada e hierarquizada, isto é, por cada região possuir suas peculiaridades e necessidades, deve ser criada redes com níveis de atenção à saúde, de modo que os serviços de atenção mais básicos devam estar presentes em todo território nacional, enquanto os serviços mais especializados devam se encontrar nos locais de maior densidade populacional. À título de elucidação, cumpre destacar que:

A regionalização e a hierarquização exigem que os usuários sejam encaminhados para unidades especializadas quando necessário e que possam retornar à sua unidade básica de origem para acompanhamento (mecanismo de referência e contrarreferência). Isso implica um fluxo adequado de informações entre as unidades que compõe o sistema, sejam elas em diferentes municípios ou estados. A articulação de diferentes gestores para promover a integração da rede de serviços do SUS que transcenda o espaço político-administrativo de um município ou estado é uma questão bastante complexa e esbarra em uma série de dificuldades políticas e operacionais.⁶²

Com relação ao princípio da integralidade de assistência, este é entendido, segundo a Lei Orgânica de Saúde, como sendo: “Um 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”.

Em outras palavras, a Constituição Federal de 88 e a LOS estabelecem que o SUS deve se orientar pelo atendimento integral, sobretudo na promoção e prevenção da saúde, sem se olvidar de dar assistência ambulatorial e hospitalar voltada à cura e recuperação da saúde. A integralidade consiste, portanto, em promover os serviços de prevenção da saúde, mas esta antecipação dos problemas de saúde não pode ser utilizada como pretexto para não fornecer as atividades assistenciais para aqueles que já estão com algum agravo de saúde.⁶³

Por sua vez, a participação da comunidade, que no processo de redemocratização da saúde foi representado pelo Movimento Sanitarista, constitui importante diretriz a ser seguida pelo sistema de saúde, como forma de controle das políticas públicas de saúde pela sociedade civil. No âmbito do SUS, a participação popular ocorre por meio da Conferência de Saúde, do

⁶² NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

⁶³ MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 13, p. 771-780, 2009.

Conselho Nacional de Saúde (CNS), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e das entidades empresariais com atividade na área de saúde, que simbolizam a interação entre os gestores, profissionais da saúde e os usuários do sistema.⁶⁴

Para as tomadas de decisões políticas na esfera do SUS, é necessário a participação efetiva da comunidade. A saúde não é apenas o estado caracterizado como “não doença”, envolve também a prevenção e promoção da saúde que, por meio da identificação e divulgação dos seus fatores condicionantes e determinantes, tais como: A alimentação, o trabalho, a renda, a moradia, o meio ambiente, a educação, o transporte, o acesso aos bens e serviços essenciais, o saneamento básico e o meio ambiente, orientam o compromisso de ação, que pode ser realizada por meio da mobilização social ou do uso de políticas públicas “intersectoriais”, esta entendida como a integração dos diferentes setores da política pública, com a finalidade de identificar os pontos de interseção entre eles para combater, de forma mais planejada, os problemas sociais.⁶⁵

Já a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, é o princípio pelo qual se denota que o acesso à saúde é um direito de todos, que deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas públicas, de forma que este não pode privar o acesso à saúde daqueles que não possuem condições socioeconômicas, sendo o financiamento do sistema de saúde uma responsabilidade de toda sociedade.⁶⁶

Ao lado do princípio da universalidade, tem-se o da igualdade, que surge como uma forma de reforçar que não pode haver distinção ou privilégios de qualquer espécie na assistência à saúde. Os serviços do SUS não pode ser diferenciados por conta de raça, cor, renda, sexualidade, entre outros preconceitos existentes. Apenas as urgências diferenciadas de saúde guiam o acesso ao SUS e a preferência do tratamento adequado a ser empregado na recuperação das pessoas.⁶⁷

Com efeito, o SUS constitui, então, o acesso universal que abrange a integralidade da atenção à saúde como um direito de cidadania, vez que é um direito fundamental do ser humano,

⁶⁴ COELHO, Juliana Sousa. Construindo a participação social no SUS: um constante repensar em busca de equidade e transformação. **Saúde e Sociedade**, v. 21, p. 138-151, 2012.

⁶⁵ PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. SciELO-Editora FIOCRUZ, 2009.

⁶⁶ MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 13, p. 771-780, 2009.

⁶⁷ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

cujo objetivo é a existência de uma rede assistencial de produção de serviços, consultas e internações hospitalares em todos os níveis de complexidade assistencial voltados para a igualdade no acesso aos serviços de saúde.⁶⁸

Dentro ainda desse sistema, a rede pública de saúde tem obrigação de oferecer gratuitamente os medicamentos necessários para o tratamento específico das doenças, inclusive aqueles de alto custo e de uso controlado. Quando os recursos forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, cabe a participação de forma complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.⁶⁹

No entanto, de forma paradoxal, pela sua própria extensão e complexidade vem enfrentando obstáculos para sua plena efetivação. Seu funcionamento demanda alto custo, há falta de investimentos, a pluralidade de normas não raro gera controvérsias que dificultam a atuação, enfim, há uma série de elementos que podem ser apontados como causas da “falência” dessa estrutura.⁷⁰

O sistema de saúde brasileiro, na forma instituída pela Constituição Federal de 1988, encontra-se ainda em pleno processo de consolidação, orientado pela efetiva implementação de seus princípios e diretrizes, constituindo-se em um dos mais importantes elementos desse processo, a descentralização de recursos e responsabilidades do nível federal para os níveis subnacionais de governo, cujas competências e atribuições de cada esfera de governo são explicitadas pelos artigos 15 a 19 da Lei Orgânica da Saúde.

Contudo, ao se colocar em paralelo a estrutura da realidade do sistema de saúde brasileiro e o arcabouço constitucional de 1988, que determina a obrigação solidária entre os entes federativos, denota-se a divergência que impede o sucesso estatal, pois, se um lado, a diretriz mais importante da estrutura do SUS é a descentralização, por outro lado, na realidade

⁶⁸ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

⁶⁹ BRASIL. Portaria MS/GM nº 1034, de 5 de maio de 2010. Dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do sistema único de saúde. **Diário Oficial da União**, 2010.

⁷⁰ PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. SciELO-Editora FIOCRUZ, 2009.

concreta, a União, ao concentrar os recursos políticos e financeiros dos serviços de saúde, não dialoga com os demais entes federativos, o que demonstra um fracionamento institucional.⁷¹

Somado a isso, embora esteja assegurado a participação da comunidade no art. 198, inciso III da CF/88 e no art. 7º, inciso VIII da LOS, a mesma não se observa nos processos de tomada de decisões das políticas públicas de saúde, e ainda que se admita que a participação popular seja de caráter consultivo, não tendo a sociedade o poder de decisão, o fato é que não ocorre com o previsto no texto constitucional, pois ainda quando há que se falar em participação da comunidade, esta é somente para promover a sensação legitimidade dos planos traçados pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que revela uma carência democrática das políticas públicas de saúde, impedindo a efetividade do direito à saúde, o que não corresponde com a Constituição.⁷²

Têm-se como instrumento hábil, então, para a garantia à saúde a persuasão da sociedade através do exercício da cidadania para a exigência da atuação do Estado sob os aspectos preventivo e repressivo da doença, através de uma assistência plena, tanto médica quanto hospitalar e, também, o fornecimento gratuito da medicação essencial ao tratamento da pessoa vitimada.

Assim, há que se admitir que, dadas as peculiaridades do País e de seu modelo federativo, torna-se necessária a articulação entre os diversos níveis de governo e a participação da comunidade no processo de decisões, de modo a garantir que toda a população tenha acesso ao sistema de saúde de qualidade, em todos os seus níveis de atenção, independentemente do local de residência.⁷³

Enfim, para a efetivação do direito fundamental à saúde é imprescindível a cooperação dos vários segmentos do setor público, desde a criação de políticas públicas de saúde até sua mais perfeita execução, considerando-se que nessa seara estão em jogo a vida, a saúde e a dignidade humana.

⁷¹ JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

⁷² JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

⁷³ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

1.2.2 Participação e controle social na política pública de saúde dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.

Como consequência dos movimentos populares, especialmente o Movimento da Reforma Sanitária, a participação social na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) foi assegurada pela Lei nº 8.142/1990, por meio dos Conselhos de Saúde nos âmbitos nacional, estadual e municipal.⁷⁴

Neste sentido, o Conselho de Saúde é um órgão colegiado, deliberativo e permanente do Sistema Único de Saúde (SUS), constituído, de forma paritária, por usuários, profissionais de saúde, prestadores de serviços e representantes do governo, cuja sua atuação se dá na formulação de estratégias e no controle da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros.⁷⁵

Desta forma, a participação social nestes conselhos é caracterizada como um controle social na política pública de saúde, este entendido como um processo, no qual o cidadão participa da definição, execução e monitoramento das políticas públicas.⁷⁶

O controle social está, então, relacionado com o exercício da cidadania⁷⁷, posto que, cabe ao cidadão participar e deliberar na definição das políticas públicas, bem como no seu acompanhamento.

Para a consolidação do direito à saúde dentro de uma sociedade democrática, o controle social se torna, simultaneamente, um quesito obrigatório e uma ferramenta essencial, sendo as instituições um local que favorece o diálogo entre a sociedade e a administração pública.⁷⁸

⁷⁴ MAGALHÃES, Fernanda Gabriela Gandra Pimenta; XAVIER, Wescley Silva. Processo participativo no controle social: um estudo de caso do conselho municipal de saúde de Juiz de Fora (MG). **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 25, p. 179-212, 2019.

⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselhos de saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013.p.8.

⁷⁶ CORREIA, M. V. C. O Controle Social na Política de Saúde Brasileira Frente às Orientações dos Organismos Financeiros Internacionais. *Sociedade em Debate*, v. 13, n. 2, p. 121-136, 2012.

⁷⁷ SILVA, Jeferson Batista. Saúde pública e controle social: uma trajetória de avanços?. **Desenvolvimento Socioeconômico em Debate**, v. 6, n. 2, p. 35, 2020.

⁷⁸ MAGALHÃES, Fernanda Gabriela Gandra Pimenta; XAVIER, Wescley Silva. Processo participativo no controle social: um estudo de caso do conselho municipal de saúde de Juiz de Fora (MG). **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 25, p. 179-212, 2019.

Assim, a democracia impõe a criação de estruturas institucionais que são capazes de fortalecer uma nova relação, pautada no diálogo, entre a sociedade e o Estado, sendo os conselhos de saúde uma inovação política e democrática para consolidar o Sistema Único de Saúde.⁷⁹

Apesar dos conselhos terem sido utilizados pela primeira no Estado Novo (1937-1945), e, em seguida, na ditadura militar de 1964, foi somente com a redemocratização do país no final da década 1980 e início de 1990, que se forma o conceito atual sobre a atuação desses órgãos colegiados. Tais conselhos, no período anterior a 1990, era apenas um órgão consultivo do Ministério da Saúde.⁸⁰

Hoje, como já dito, os Conselhos de Saúde possuem a função deliberativa, atuando na formulação de estratégias das políticas públicas de saúde, o que significa dizer que, a sociedade civil participa das ações políticas, o que propicia a transparência das decisões governamentais, a modificação de práticas e a viabilidade de políticas públicas. Em contrapartida, se os Conselhos de Saúde atuarem como atores passivos, apenas servem para legitimar a hegemonia do poder estatal.⁸¹

Ora, embora os Conselhos de Saúde simbolizem uma ferramenta importante para a prática de negociação entre o Estado e a sociedade civil, no que tange aos preceitos implementados pelas políticas de saúde, ainda assim, não se pode afirmar que a presença, por si só, desses órgãos colegiados assegurem uma maior democratização das políticas de saúde, haja vista que, os Conselhos de Saúde não traduzem, necessariamente, a representação de diversos grupos sociais que possuem diferentes interesses em jogo.⁸²

Neste sentido, não é incomum os conselheiros, especialmente os representantes do usuários do SUS, estarem sob influência política, e, sendo assim, atuarem em interesse próprio

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ MOURA, Marx Rodrigues de. A disputa pelo direito à saúde na contemporaneidade: uma análise da defesa de interesses nas Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde, Entidades e Movimentos Sociais e Populares. 2018.f.43. **Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, programa de Pós- graduação em Serviço Social. Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Rodrigues Costa.**

⁸¹ SILVA E OLIVEIRA, Virgílio César da; PEREIRA, José Roberto; DE OLIVEIRA, Vânia AR. Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil. **Cadernos Ebape. br**, v. 8, p. 422-437, 2010.

⁸² COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: CAMPOS, GWS; BONFIM, JRA; MINAYO, MCS; AKERMAN, M; DRUMOND Jr, M; CARVALHO, YM. (Orgs.) Tratado de Saúde Coletiva. 2a. Ed. - São Paulo: Hucitec, 2017.p.244.

em detrimento dos interesses da coletividade, o que resulta, como consequência, no baixo desempenho dos órgãos de controle social.⁸³

Além disso, o controle social é prejudicado devido a representação fragilizada dos conselheiros de saúde que não compartilham as decisões com os representados, tampouco possuem vínculo com suas bases sociais, o que esclarece a fraca participação da sociedade nos debates de saúde local e o ceticismo quanto à capacidade dos órgãos colegiados participativos de melhorar a qualidade da saúde pública local.⁸⁴

Na verdade, uma forte representatividade exige uma dupla conduta por parte dos conselheiros, que estes levem os pleitos da comunidade local para o conselho de saúde e, de modo contrário, levem as pautas do conselho para comunidade. Somente com um forte vínculo entre conselheiros e representados é que se pode falar numa representatividade sólida e em um controle social efetivo.⁸⁵

Ocorre que, para efetivação da participação e do controle social, é importante que haja a democratização dos canais de diálogo entre os gestores, conselheiros e sociedade, e, para que isso seja viável, é necessário ampliar o acesso à informação por meio da inclusão digital⁸⁶, com o intuito de aumentar a divulgação das ações promovidas pelo Conselho de Saúde, facilitando o vínculo com a comunidade por meio do acesso a comunicação e transparência.

O incremento na infraestrutura também é outro ponto importante para efetividade do controle social, posto que a carência de espaços públicos nos órgãos colegiados, como local próprio, equipamentos tecnológicos, auxílio administrativo, operacional e financeiro, dificultam a comunicação e o acesso da sociedade.⁸⁷

Além disso, cumpre destacar que, embora a Lei nº8.142/90 instituiu as Conferências e os Conselhos de Saúde, como órgãos colegiados, nos âmbitos municipal, estadual e nacional, existe ainda outras formas de gestão participativa no SUS, que são frutos da descentralização

⁸³ GOMES, José Felipe de Freitas; ORFÃO, Nathalia Halax. Desafios para a efetiva participação popular e controle social na gestão do SUS: revisão integrativa. **Saúde em Debate**, v. 45, p. 1199-1213, 2021.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Serapioni M, Romaní O. Potencialidades e desafios da participação em instâncias colegiadas dos sistemas de saúde: os casos de Itália, Inglaterra e Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2006; 22(11):2411-2421.

⁸⁶ Fernandes VC, Spagnuolo RS, Nascimento EN. Percepção de conselheiros de saúde sobre acesso às informações e inclusão digital. *Saude Soc*. 2017; 26(1):218-228.

⁸⁷ Ventura CAA, Miwa MJ, Serapioni M, et al. Cultura participativa: um processo de construção de cidadania no Brasil. *Interface (Botucatu)*. 2017; 21(63):907- 920

dos Conselhos de Saúde, como é o caso dos Conselhos Locais de Saúde (CLS) e os Conselhos Distritais de Saúde Indígena, integrantes dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI).⁸⁸

Importante perceber que, as novas formas de gestão foram surgindo ante a restrição dos meios de comunicação entre o Estado e a sociedade. Essa gestão participativa busca incrementar a participação popular, de forma menos burocrática e efetiva frente aos pleitos sociais. Em outras palavras, busca utilizar a participação social como um instrumento de gestão pública.⁸⁹

Assim, o Conselho Local de Saúde (CLS) é uma instância descentralizada dos Conselhos Municipais de Saúde e é vinculado a uma unidade de saúde, sendo constituído por representantes de usuários locais, profissionais e gestores de saúde do serviço local⁹⁰, e, portanto, caracteriza-se por ser mais próximos da comunidade, e, por consequência, mais perto da rotina dos usuários e do funcionamento dos serviços de saúde local, podendo fiscalizar, apontar problemas e novas formas de solução.⁹¹

Os CLS possuem grande importância para grandes municípios, tendo em vista as distâncias geográficas, diferenças territoriais, culturais e econômicas, bem como para pequenos municípios, que enfrentam escassez de recursos, dificuldade no acesso aos níveis de atenção secundário e terciário, acesso limitado à internet e dificuldades de implementar de formar efetiva políticas públicas de saúde.⁹²

Desta forma, os CLS se justificam para possibilitar a proximidade entre a comunidade e o funcionamento do serviço de saúde da unidade, além de promover maior diálogo com as organizações do bairro, sendo assim, um componente estratégico de gestão participativa.⁹³

⁸⁸ GOMES, José Felipe de Freitas; ORFÃO, Nathalia Halax. Desafios para a efetiva participação popular e controle social na gestão do SUS: revisão integrativa. **Saúde em Debate**, v. 45, p. 1199-1213, 2021.

⁸⁹ LISBOA, Edgar Andrade et al. Conselhos locais de saúde: caminhos e (des) caminhos da participação social. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 14, p. 679-698, 2016.

⁹⁰ ZERMIANI, Thabata Cristy et al. A participação dos conselhos locais de saúde na contratualização de metas na atenção primária à saúde: a experiência de Curitiba, PR. **Interações (Campo Grande)**, v. 20, p. 1115-1126, 2019.

⁹¹ LISBOA, Edgar Andrade et al. Conselhos locais de saúde: caminhos e (des) caminhos da participação social. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 14, p. 679-698, 2016.

⁹² LISBOA, Edgar A. Conselhos locais de saúde: caminhos e (des) caminhos da participação social no Sistema Único de Saúde. 2014.f.46. Dissertação (Mestrado). **Universidade Federal do Espírito Santo, programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva. Orientador: Prof.^a Dr.^a Francis Sondré**

⁹³ Idem.

Ainda no processo de descentralização, constata-se os Conselhos Distritais de Saúde Indígena, que fazem parte dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), e possibilitam a participação e o controle social da comunidade indígena na gestão da saúde.⁹⁴

Os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) organiza o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena e são constituídos por postos de saúde dentro das Terras Indígenas, onde trabalham os Agentes Indígenas de Saúde (AIS) e os Agentes Indígenas de Saneamento (Aisan), pelos pólos-base, contando com a Equipes Multiprofissionais de Saúde Indígena (EMSI) e pelas Casas do Índio (Casai), que auxilia os serviços de saúde de média e alta complexidade do SUS.⁹⁵

Desse modo, o controle social exercido nos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) ocorre por meio dos conselhos distritais de saúde indígena⁹⁶, cuja atribuição é capacitar os princípios indígenas, fiscalizar, dialogar, identificar as necessidades locais de saúde e apresentar soluções políticas para superar os problemas de saúde nas localidades, sendo, sem dúvidas, uma ferramenta de gestão pública de saúde.⁹⁷

Portanto, como visto, para a implantação de políticas públicas, especialmente em sociedades como a brasileira, com alto nível de desigualdade social, não depende somente da vontade política, mas sim, de um engajamento responsável por parte da sociedade para garantir uma maior justiciabilidade social, e assim, ao privilegiar, inicialmente, os grupos mais vulneráveis na efetivação das políticas públicas, que o façam no sentido da universalização, da integralidade e da equidade na atenção à saúde.⁹⁸

No próximo tópico, busca-se analisar um problema recorrente enfrentado na gestão do SUS que é a judicialização nas políticas públicas de saúde, incluindo as causas e efeitos que esta judicialização ocasiona na saúde, bem como os limites à tal judicialização.

⁹⁴ GOMES, José Felipe de Freitas; ORFÃO, Nathalia Halax. Desafios para a efetiva participação popular e controle social na gestão do SUS: revisão integrativa. **Saúde em Debate**, v. 45, p. 1199-1213, 2021.

⁹⁵ LANGDON, Esther Jean; DIEHL, Eliana E. Participação e autonomia nos espaços interculturais de saúde indígena: reflexões a partir do sul do Brasil. **Saúde e sociedade**, v. 16, p. 19-36, 2007.

⁹⁶ TEIXEIRA, Carla Costa. Autonomia em Saúde Indígena: sobre o que estamos falando?. **Anuário Antropológico**, v. 35, n. 1, p. 99-128, 2010.

⁹⁷ SILVA, S. M. Gestão da Saúde Indígena no Brasil: os distritos sanitários especiais indígenas/DSEI e o Distrito Leste de Roraima/DSL. **SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO**, v. 14, 2013.

⁹⁸ COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: CAMPOS, GWS; BONFIM, JRA; MINAYO, MCS; AKERMAN, M; DRUMOND Jr, M; CARVALHO, YM. (Orgs.) Tratado de Saúde Coletiva. 2a. Ed. - São Paulo: Hucitec, 2017.p.244.

1.3 A judicialização nas políticas públicas de saúde.

Tal qual um direito público subjetivo, pode ser exigido pelos instrumentos judiciais adequados quando falhe o Poder Público, que não pode agir discricionariamente no atendimento a esse dever assistencial e sua indispensável e necessária complementação, como por exemplo, o fornecimento de medicamentos exigidos para o tratamento da pessoa vitimada, especialmente quando se evidencie a sua hipossuficiência econômica.

A saúde, como já dito, é um direito fundamental, com dupla titularidade individual e transindividual, inalienável e imposterável, razão pela qual, o cidadão pode acionar o judiciário, de forma individual, para garantir o seu direito à saúde, bem como, os órgãos legitimados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ante a não observância das obrigações legais pelos entes públicos, e, visando a proteção da população e melhoria das condições da saúde pública, podem propor ações civis públicas e coletivas no afã de solucionar problemas pontuais desse jaez.⁹⁹

Assim, diante da força normativa da Constituição e a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário se tornou o órgão legítimo para exigir os direitos sociais garantidos constitucionalmente, cabendo a ele intervir na política pública e nas possibilidades da sua efetivação, com o fito de assegurar os direitos sociais previstos constitucionalmente.¹⁰⁰ Esse fenômeno foi denominado de judicialização das políticas públicas¹⁰¹, isto é, quando o Poder Judiciário passa a atuar e interferir nos deveres dos demais Poderes.

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁰², três são as principais causas da judicialização das políticas públicas: A redemocratização do País, que fortaleceu o Poder Judiciário e ampliou as demandas judiciais na sociedade brasileira; a constitucionalização abrangente na Constituição

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144. ISBN 978-85-7700-735-6.

¹⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2ª edição. São Paulo: Ática, 1994, p.18.

¹⁰¹ FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a prática dos diálogos institucionais no âmbito da concretização do direito à saúde. Brasília, 2014, p.35. **Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília**.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. **Disponível em:** <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 10 fev.2021.

de 1988, uma vez que esta incorpora matérias que anteriormente eram da competência da legislação ordinária; e o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual por ser híbrido, adota o sistema americano, que entende que qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei no caso concreto, caso entenda que esta lei seja inconstitucional, e adota o sistema europeu, cujo permite o controle de constitucionalidade de determinadas matérias por ação direta no Supremo Tribunal Federal.

Dentro do contexto de judicialização das políticas públicas de saúde, várias são as causas apontadas, tais como: Subfinanciamento; lacunas assistenciais; prescrições “off label”; pressão empresarial para que o SUS incorpore novas tecnologias e medicamentos¹⁰³; corrupção¹⁰⁴; falta de resolutividade por parte dos SUS, ante as necessidades individuais e coletivas de saúde; e ausência do dever de autocuidado¹⁰⁵, dentre outros fatores determinantes.

Assim, com a judicialização das políticas públicas, o Poder Judiciário atua de forma proativa, promovendo a efetivação de direitos que dependem diretamente de políticas públicas bem implementadas pelo Poder Executivo, revelando-se como um aperfeiçoamento do sistema político, jurídico e gerencial, quando bem delineado.¹⁰⁶

No entanto, a judicialização das políticas públicas se relaciona ao ativismo judicial, este entendido como uma postura proativa do Poder Judiciário, interferindo nas decisões, precipuamente política, de outros Poderes, como no caso do Executivo e Legislativo, não se limitando a solucionar um conflito.¹⁰⁷

Ora, apesar do direito do cidadão se valer do Poder Judiciário para executar a obrigação e dever do Estado à prestação de atendimento médico e assistência farmacêutica se encontrarem previsto pela própria Constituição Federal que os assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, essa

¹⁰³ MACHADO, F R S. A judicialização da saúde no Brasil: cidadania e assimetrias. [Tese] [Internet]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva do Estado do Rio de Janeiro; 2010. [Acesso em 11 jun. 2021]. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349808773.pdf

¹⁰⁴ DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira; DE ASSIS SOUZA, Gustavo. A desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 345-372, 2020.

¹⁰⁵ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹⁰⁶ VENTURA, Miriam, SIMAS, Luciana., PEPE, Vera Lúcia Edais., & SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

¹⁰⁷ TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública. 2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

situação, atualmente conhecida como “judicialização da saúde” tem sido bastante criticada pelo Poder Executivo sob o argumento de que o Judiciário está criando ou redefinindo políticas públicas, caracterizando uma verdadeira intervenção judicial como usurpação dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, numa expressa violação ao princípio constitucional da separação e harmonização entre os mesmos, uma vez que a responsabilidade sobre delimitação e execução de políticas públicas é atribuição dos Poderes Políticos.¹⁰⁸

Uma crítica bastante forte ao ativismo judicial é que este enfraquece o próprio Estado Democrático de Direito, e por consequência a democracia, haja vista que, a exemplo das demandas de saúde, o magistrado ao deferir, em uma ação individual, sobre o dispêndio de medicamentos, tratamentos ou exames, finda por interferir na gestão de recursos públicos pertencentes à toda coletividade, e sendo assim, tal medida deveria caber ao povo e seus representantes eleitos, e não ao um juiz, que, por vezes, desconhece a realidade orçamentária dos recursos públicos ou a existência de um tratamento alternativo para a mesma patologia de um indivíduo que pleiteia a dispensa de um determinado medicamento de alto custo.¹⁰⁹

Seguindo ainda esse raciocínio, aqueles que assumem esse posicionamento, recriminam ainda que, dentre outros aspectos, as decisões judiciais que atendem as reivindicações médico-judiciais geram enormes cargas administrativas e fiscais e, potencialmente, pode ampliar as desigualdades no fornecimento da assistência à saúde, pois criam despesas para outro Poder, sem prévia cotação ou mesmo previsão orçamentária provando, em consequência, a inviabilidade da gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).¹¹⁰

Por outro lado, a democracia não impossibilita a intervenção judicial referente a afirmação dos direitos sociais nos casos em que existe grave exclusão social, mas exige que se reconheça um amplo espaço de atuação do legislador nesta seara, razão que não se pode depositar no Poder Judiciário todas as responsabilidades e expectativas na afirmação dos direitos sociais.¹¹¹

¹⁰⁸ PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

¹⁰⁹ AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

Assim, tendo em vista que o ativismo judicial tem ocasionado reflexos na sociedade, colidindo com celeuma existente acerca da efetividade das políticas públicas, da violação ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, do limite econômico¹¹², denota-se que há necessidade de se debater sobre as causas e consequências da judicialização, bem como sobre os limites da judicialização.

1.3.1 As principais causas e efeitos da judicialização saúde.

Os direitos sociais previstos pela Constituição de 1988 eram tidos, inicialmente, como normas programáticas, razão que impossibilitava a efetivação destes direitos pela via do judiciário. A doutrina e a jurisprudência eram mais rigorosas quanto ao Princípio da Separação dos Poderes, de forma que, considerava-se descabida qualquer decisão do Poder Judiciário sobre as políticas públicas referente a efetivação dos direitos sociais, uma vez que interferia na atuação nos demais Poderes.¹¹³

Com a força normativa da constituição de 1988 e a exigibilidade dos direitos sociais em face do Estado, a saúde passou a ser judicializada, e por ser um direito social, os pleitos perante o Judiciário exigem uma atuação positiva do Estado para assegurar o seu direito à saúde.

Ocorre que não pode se atribuir a exigibilidade dos direitos sociais ao aumento do número de ações judiciais de saúde, uma vez que é apenas um pressuposto para à sua judiciabilidade. A causa da judicialização da saúde decorre da crise das políticas públicas de saúde, especialmente o SUS, que não consegue assegurar aos seus usuários o direito à saúde que lhe é garantido constitucionalmente.¹¹⁴

Sem exaurir as causas apontadas da judicialização da saúde, citam-se: 1) Escassez dos recursos disponíveis (subfinanciamento); 2) Lacunas assistenciais; 3) Prescrições “off label”;

¹¹² NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; DE LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

¹¹⁴ BITTENCOURT, Guaraci Bragança et al. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 5, n. 1, p. 102-121, 2016.

4) Pressão empresarial para que o SUS incorpore novas tecnologias e medicamentos¹¹⁵; 5) Corrupção¹¹⁶; 6) Falta de resolutividade por parte dos SUS, ante as necessidades individuais e coletivas de saúde; e 7) Ausência do dever de autocuidado.¹¹⁷

A escassez dos recursos disponíveis, primeira causa apontada da judicialização da saúde, refere-se quando, embora haja a previsibilidade que tal medicamento ou tratamento se encontra disponível na lista oficial do SUS, o sistema não consegue fornecer ao usuário por indisponibilidade dos recursos.¹¹⁸

É entendimento unânime que o ingresso de ação judicial é a via legítima para garantir acesso aos medicamentos e tratamentos que constam na lista oficial do SUS, mas que por escassez de recursos, o usuário não consegue ter alcance pelo sistema.¹¹⁹

Tal insuficiência do sistema demonstra falhas administrativas por parte do setor público, quando da compra, distribuição e dispensação de medicamentos constantes nas listas oficiais¹²⁰, as quais são selecionadas pelas instâncias gestores do SUS.¹²¹

Aliado as falhas administrativas, evidencia-se que o financiamento é fundamental para proporcionar um acesso à saúde de forma igualitária, universal e gratuito, no entanto, o gasto público para a implementação dos direitos sociais no Brasil tem sido feito de maneira insuficiente, razão pela qual o subfinanciamento é um dos maiores problemas do SUS¹²², o que ocasiona a judicialização da saúde devido à falta de recursos fornecidos.

¹¹⁵ MACHADO, F R S. A judicialização da saúde no Brasil: cidadania e assimetrias. [Tese] [Internet]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva do Estado do Rio de Janeiro; 2010. [Acesso em 11 jun. 2021]. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349808773.pdf

¹¹⁶ DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira; DE ASSIS SOUZA, Gustavo. A desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 345-372, 2020.

¹¹⁷ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹¹⁸ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹¹⁹ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; VENTURA, Miriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 2405-2414, 2010.

¹²⁰ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹²¹ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; VENTURA, Miriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 2405-2414, 2010.

¹²² MARIANO, Cynara Monteiro; PEREIRA, Fabricia Helena Linhares. Mais um obstáculo ao SUS: o caso dos planos de saúde populares. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 72, p. 115-132, 2018.

A segunda causa consiste nas lacunas assistenciais, também conhecida como vazios assistenciais, ocorrendo quando inexistente protocolo clínico no SUS para tratar a doença do usuário.¹²³ O vazio assistencial também pode ocorrer quando o SUS não fornece bens e serviços, em qualquer um dos níveis de atenção, estes entendidos como sendo os graus de assistências, primário, secundário ou terciário, de acordo com a complexidade de cada caso do usuário, que inclui, inclusive, na distribuição dos medicamentos.¹²⁴

Denota-se que os vazios assistenciais podem ser ocasionados inclusive pelo requerimento de medicamentos não padronizado nas listas oficiais, quanto a morosidade da incorporação de novas tecnologias, posto que um medicamento não incluso nas listas oficiais ou uma tecnologia ainda não incorporada pelo SUS pode ser o protocolo clínico mais adequado para tratar a enfermidade do usuário.

A terceira causa apontada são as prescrições “off label”, estas entendidas como sendo “a prescrição de medicamentos ou de produtos correlatos para indicações, usos e finalidades distintos daqueles constantes na bula aprovada pela autoridade sanitária competente”.¹²⁵

Em outras palavras, as prescrições “off-label” ocorrem quando há uma divergência entre a autonomia médica e a comprovação científica para qual aquele medicamento foi criado, aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e incorporado na lista oficial do SUS. Assim, o médico pode prescrever determinado medicamento, com fundamento na medicina baseada em evidência, para o tratamento de uma enfermidade, principalmente quando já se obteve insucesso terapêutico com outras drogas, uma vez que a análise dos benefícios superam os riscos da utilização daquele medicamento, sem eficácia e segurança pela agência de regulação, podendo, contudo, o profissional de saúde responder por erro médico.¹²⁶

No Brasil, cabe ao Estado, por meio do SUS, fornecer medicamentos à população. Cada Estado e Município possuem a gestão da assistência médica-farmacêutica, através de imposição

¹²³ MACHADO, F R S. A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias. [Tese] [Internet]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva do Estado do Rio de Janeiro; 2010. [Acesso em 11 jun. 2021]. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349808773.pdf

¹²⁴ PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita Goreti. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista de saúde pública**, v. 14, p. 340-349, 2012.

¹²⁵ NOBRE, Patricia Fernandes da Silva. Prescrição Off-Label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 3, p. 847-854, 2013.

¹²⁶ SILVEIRA, Marilusa Cunha da et al. **O uso Off Label de Medicamentos no Brasil**. Dissertação (mestrado)-Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Rio de Janeiro, 2019.

de normas de concordância com os programas governamentais, listas de medicamentos oficiais criadas de acordo com as realidades locais, forma de aquisição de remédios e tecnologias, entre outras. Logo, a lista básica federal serve como parâmetro para as demais esferas administrativas dos entes federados, que regulamentam, de acordo com suas peculiaridades locais, os medicamentos e protocolos que devem ser seguidos no âmbito do SUS¹²⁷.

Neste azo, embora as associações médicas tendam a se posicionar como atividade necessária a prescrição “off label”, que incorpora novos protocolos e diretrizes para determinados medicamentos, simbolizando consenso entre diversos especialistas sobre a recomendação de determinados tratamentos terapêuticos, divergente da bula, protocolos e diretrizes oficiais, na esfera do SUS, o uso “off-label” tende a ser combatido, tornando-o como causa da judicialização da saúde.¹²⁸

A prescrição “off-label” por parte dos médicos demonstra um desconhecimento aos protocolos, diretrizes e listas oficiais de medicamentos ofertados pelo SUS, revelando-se como um fator determinante da judicialização, especialmente por ser contrárias às diretrizes do SUS.¹²⁹

A quarta causa da judicialização apontada no presente estudo consiste na pressão empresarial para que o SUS incorpore novas tecnologias e medicamentos, ou seja, trata-se da mercantilização da medicina e da saúde.

O marketing e o lobby comercial realizado pelas indústrias farmacêuticas influenciam pesquisadores, médicos e pacientes para incorporarem suas novas tecnologias e medicações, o que exerce uma motivação no objeto de ações judiciais para que o SUS incorpore tais tecnologias e medicamentos.¹³⁰

Não é incomum o relato de que o médico encaminhe o paciente para realização de procedimentos ou o influencie diretamente na compra de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, com a finalidade de obter vantagem da indústria farmacêutica,

¹²⁷ NOBRE, Patricia Fernandes da Silva. Prescrição Off-Label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 847-854, 2013.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, p. 214-222, 2007.

¹³⁰ VENTURA, Miriam, SIMAS, Luciana., PEPE, Vera Lúcia Edais., & SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

que pode ser desde pequenos mimos até o pagamento de propina. Numa outra perspectiva, entende-se que embora não haja um ilícito ético por parte dos médicos, a crítica se insurge às faculdades de medicina quanto a formação destes profissionais, que os tornam suscetíveis a adotar novas tecnologias dadas por representantes comerciais por falta de informação mais aprofundada sobre o assunto.¹³¹

Sendo assim, as indústrias farmacêuticas colocam no mercado suas novas tecnologias e medicações como verdadeira e única necessidade para que se possa alcançar o efetivo direito à saúde, o que certamente propulsiona a judicialização para que o SUS incorpore tais tecnologias e medicamentos para assegurar o direito à vida e à saúde dos usuários.¹³²

A crítica sobre a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS não se centra, tão somente, na sua mora, como também na forma que são incorporados pelo sistema de saúde, que, por vezes, compromete a qualidade e equidade das prestações de serviços, posto que a incorporação dessas tecnologias no âmbito do SUS deve ser pautada nas diretrizes objetivas de eficiência, efetividade e eficácia, bem como deve visar os princípios éticos e legais de proteção à saúde, no sentido de aumentar os benefícios e reduzir os malefícios, promovendo o respeito às liberdades individuais e o acesso aos bens públicos.¹³³

Ocorre que não é fácil a ponderação e correlação entre os aspectos técnico-científico e os principiológicos que necessita a regulação de novas tecnologias no âmbito do SUS, motivo que é sugerido ao Poder Público a institucionalização de instâncias formadas por atores de diversos segmentos sociais, que atendam os aspectos políticos, técnicos-científicos, éticos, morais e legais, com a finalidade de legitimar, por meio democrático, as inclusões e exclusões que requer o processo de incorporações de novas tecnologias no âmbito do SUS.¹³⁴

A quinta da causa determinante da judicialização é a corrupção, esta entendida aqui como qualquer ato que cause violação ao interesse público e fere a moralidade e a probidade

¹³¹ GUIMARÃES, Reinaldo. Incorporação tecnológica no SUS: o problema e seus desafios. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, p. 4899-4908, 2014.

¹³² CAMARGO JUNIOR, K.R. As armadilhas da "concepção positiva de saúde". *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007.

¹³³ VENTURA, Miriam, SIMAS, Luciana., PEPE, Vera Lúcia Edais., & SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

¹³⁴ Idem.

administrativa, tal como o cometimento de crimes de corrupção ativa e passiva, fraudes em licitações e improbidade administrativa.¹³⁵

A corrupção gera uma crise política, econômica e social, resultando em instabilidade no local que ocorre, o que dificulta o governo democrático dos Estados. Países que apresentam altos níveis de corrupção são acometidos de baixos índices sociais, caracterizados em situações degradantes de vida, trabalho, saúde, educação, segurança e cultura, sendo, normalmente, sociedades permeadas de altos níveis de pobreza e desigualdade social.¹³⁶

Incontroverso que uma das principais consequências da corrupção é a diminuição nos níveis de eficiência do serviço público, o que dificulta o acesso da sociedade aos serviços essenciais.¹³⁷

Ocorre que, quando se trata de corrupção das políticas públicas de saúde, os efeitos do desvio de dinheiro vão muito além a ineficácia da prestação do serviço, comprometendo diretamente a vida e a saúde da população, especialmente os mais vulneráveis que dependem do SUS para sobreviver.¹³⁸

Infelizmente, não é incomum encontrar relatos de corrupção na saúde brasileira, como a utilização de materiais de qualidade inferior da que foi comprada, médicos solicitando a aquisição de próteses para o coração (Stents) e indicando cirurgias cardíacas sem necessidade, como o caso da “Máfia das próteses”¹³⁹, além de fraude nas licitações, trazendo prejuízos para administração pública ao contratar empresa que vende mercadoria no valor superior ao do mercado.

¹³⁵ LEAL, Mônia Clarrissa Hennig; KOHLS, Cleize Carmelinda. Os possíveis reflexos da corrupção na análise do princípio da reserva do possível, quando da atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

¹³⁶ ROCHA, Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. **Universitas Jus**, v. 27, n. 3, 2016.

¹³⁷ LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Hamuri. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 41, p. 199-228, jul./dez. 2013

¹³⁸ ROCHA, Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. **Universitas Jus**, v. 27, n. 3, 2016.

¹³⁹ Máfia das próteses: Justiça do DF condena 12 envolvidos por organização criminosa. **G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/09/01/mafia-das-protese-justica-do-df-condena-12-pessoas-por-organizacao-criminosa.ghtml> >. Acesso em 25 out. 2022.

Conclui-se que, a corrupção no âmbito da saúde é mais danosa e seus efeitos são mais imediatos, vez que, o desvio de dinheiro público inviabiliza a prestação de serviços hospitalares, acompanhamento médico, investimento em pesquisas e infraestruturas de clínicas, hospitais e centros de reabilitação, e, por consequência, gera um maior índice de mortalidade e queda na qualidade de vida da população.¹⁴⁰

A sexta causa da judicialização apontada no presente estudo foi a falta de resolutividade por parte dos SUS, ante as necessidades individuais e coletivas de saúde. A resolutividade é um princípio materializado no artigo 7º, inciso XII da Lei 8.080/90, que diz: “capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência”.

Neste sentido, a resolutividade consiste na capacidade de solução dos problemas de saúde trazidos pelos usuários em todos os níveis de complexidade do SUS, razão pela qual é tão importante a observância do princípio da integralidade por todos os entes federativos.¹⁴¹

Então, a resolutividade abrange duas perspectivas: A primeira é quanto à necessidade e complexidade da demanda, por exemplo, se o atendimento foi satisfatório, se faltou ou se teve disponibilidade para o acesso aos serviços de saúde, se há planejamento e gestão das ações de saúde, incorporação de tecnologias e recursos humanos. Já o segundo é quanto os problemas relacionados ao serviço de saúde trazidos pelos usuários.¹⁴²

Logo, a resolutividade consiste na capacidade de um serviço de saúde atender as necessidade de saúde dos seus usuários, independente do nível de sua complexidade, mesmo que isso signifique encaminhar o paciente para outro serviço de maior complexidade para a continuidade do tratamento.¹⁴³

Portanto, a falta de observância do princípio da resolutividade por parte dos gestores de saúde é um fato determinante que leva a judicialização, haja vista que, se o usuário tivesse seu

¹⁴⁰ ROCHA, Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. *Universitas Jus*, v. 27, n. 3, 2016.

¹⁴¹ TORRES, Lilian Machado et al. Significado atribuído por trabalhadores da saúde de Belo Horizonte-MG ao princípio da resolutividade nas ações cotidianas. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 65, p. 822-828, 2012.

¹⁴² DE LIMA, Verônica; DO NASCIMENTO, José Osório; BERCLAZ, Marcio Soares. A judicialização da assistência farmacêutica e o princípio da resolutividade no âmbito do SUS. *Cadernos da Escola de Direito*, v. 2, n. 23, p. 92-117, 2015.

¹⁴³ TORRES, Lilian Machado et al. Significado atribuído por trabalhadores da saúde de Belo Horizonte-MG ao princípio da resolutividade nas ações cotidianas. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 65, p. 822-828, 2012.

problema de saúde resolvido em qualquer serviço do SUS, desde os de baixa a alta complexidade, certamente, não precisaria da intervenção do judiciário.

A sétima e última causa apontada da judicialização é a falta do dever de autocuidado, este consiste nas decisões tomadas, por livre arbítrio, por uma pessoa sobre as práticas cotidianas para cuidar e fortalecer a sua saúde e prevenir doenças. Entre tais práticas de autocuidado pode-se citar uma alimentação adequada, a prática de exercício físico, hábitos de higiene, vacina-se, realizar corretamente o tratamento prescrito pelo médico, controle e redução de medicações, realizar exames e consultas preventivos, entre outras.¹⁴⁴

O autocuidado, dentro de um contexto de saúde ampliada, traz o foco para a responsabilidade pessoal do usuário¹⁴⁵, quanto a sua própria saúde e quanto a ser parte integrante do Sistema Único de Saúde (SUS), contribuindo para o seu funcionamento.

Isto porque, ao praticar o autocuidado, o usuário mantém a sua saúde, previne o surgimento de doenças e quando estas surgem, são diagnosticadas precocemente, com mais chances, de recuperação, o que, por consequência, contribui para a promoção, proteção e recuperação da saúde, melhora dos índices de mortalidade, diminuição dos gastos em saúde e das demandas do SUS, o que facilita o atendimento mais adequado para os que procuram.¹⁴⁶

Portanto, de modo contrário, a falta de autocuidado, a qual poderia ser melhorada com a educação em saúde, gera a piora das demandas no SUS, amplia os gastos na saúde, dificulta o acesso ao serviço para todos, prejudica a promoção, proteção e recuperação da saúde, aumenta a taxa de mortalidade, promove a falta de senso crítico do usuário quanto a sua autorresponsabilidade em relação a sua saúde e ao SUS, e, em decorrência disso, é um fator determinante para judicialização.

No presente tópico, apontou-se sete causas da judicialização da saúde, sem, contudo, querer exaurir todos os seus fatores determinantes que são objetos de demandas judiciais,

¹⁴⁴ CORREA, Ofelia Tobón. El autocuidado una habilidad para vivir. **Hacia la promoción de la salud**, v. 8, p. 38-50, 2003.

¹⁴⁵ CAMARGO-BORGES, Celiane; JAPUR, Marisa. Sobre a (não) adesão ao tratamento: ampliando sentidos do autocuidado. **Texto & Contexto-Enfermagem**, v. 17, p. 64-71, 2008.

¹⁴⁶ GARCIA, Luis Henrique Costa; DE OLIVEIRA CARDOSO, Nicolas; DO NASCIMENTO BERNARDI, Cláudia Maria Canestrine. Autocuidado e adoecimento dos homens: uma revisão integrativa nacional. **Revista Psicologia e Saúde**, v. 11, n. 3, p. 19-33, 2019.

pretendendo, tão-somente, a chance de refletir sobre algumas das suas causas, com o fito de, a seguir, analisar os efeitos positivos e negativos dessa judicialização.

1.3.2 Os efeitos positivos e negativos da judicialização.

Considerando inquestionável a existência da judicialização das políticas públicas de saúde, o presente tópico busca analisar as principais consequências positivas e negativas do aumento das demandas judiciais de saúde.

Neste sentido, pode-se apontar como um dos principais efeitos positivos da judicialização, o mecanismo garantido à sociedade para, junto ao Poder Judiciário, obrigar o Poder Público a fornecer o acesso ao direito à saúde assegurado constitucionalmente ao cidadão. Logo, quando uma solicitação não é atendida pelo SUS, o usuário pode requerer perante o Judiciário uma resposta à violação do seu direito por parte do Estado, sendo a judicialização, o instrumento que lhe garante o acesso à saúde.¹⁴⁷

Outra consequência positiva da judicialização é que, com a força normativa dos direitos sociais na Constituição de 1988, cidadãos que, anteriormente eram excluídos no sistema político, agora participam do mesmo e se veem como autores, e não destinatários do seu direito à saúde, o que implica dizer que há uma maior propagação de informação e o aumento da consciência cidadã.¹⁴⁸

Além do aumento da inclusão social, a judicialização trouxe como repercussão positiva, a sinalização das necessidades do sistema de saúde, o que reflete no incremento de novas políticas no âmbito da saúde.¹⁴⁹

¹⁴⁷ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹⁴⁸ MACHADO, F R S. A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias. [Tese] [Internet]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva do Estado do Rio de Janeiro; 2010. [Acesso em 11 jun. 2021]. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349808773.pdf

¹⁴⁹ Fleury S. Judicialização pode salvar o SUS. *Revista Saúde em Debate* 36 (93):159-16, 2012 [Acesso em 11 jun 2021]. Disponível em: http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf

Por último, dentre as principais consequências positivas da judicialização, pode-se citar ainda, a importância da tutela coletiva na defesa do direito à saúde, posto que essas ações coletivas buscam exigir do gestor público, respeitando a igualdade material entre os usuários do SUS, uma ação organizada para suprimir o déficit estatal, referente à saúde. Ademais, a tutela coletiva é vista, por parte de alguns autores, como uma forma de evitar que o SUS venha a ser privatizado por gestores que buscam resolver o problema imediato, mesmo que implique, posteriormente, em um dano maior à sociedade.¹⁵⁰

Com relação aos principais efeitos negativos da judicialização da saúde, apontam-se: 1) Desigualdade do acesso à saúde entre os usuários do SUS; 2) Desequilíbrio orçamentário da política pública de saúde; 3) Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes; e 4) Enfraquecimento da prática do uso racional de medicamentos e da consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos.

A desigualdade do acesso à saúde entre os usuários do SUS é uma consequência negativa da judicialização da saúde. Ora, quando o Poder Judiciário intervém no sentido de deferir uma tutela individual, independente de qual seja, pode ser fornecimento de medicamento de alto custo, prescrição “off-label”, ou até mesmo um leito de UTI, gera uma instabilidade na gestão dos recursos voltados à saúde, priorizando um usuário, em detrimento de outros que não ingressaram com ação judicial, de forma que, fere o acesso universal e igualitário do SUS e amplifica as desigualdades sociais.¹⁵¹

A segunda consequência negativa da judicialização é o desequilíbrio orçamentário da política pública de saúde. A garantia do direito à saúde gera um custo ao Estado, sendo assim, o deferimento de ações individuais de saúde influencia diretamente na destinação da verba orçamentária das políticas públicas para o cumprimento da decisão judicial de ações particulares, o que somente debilita ainda mais o SUS.¹⁵²

Denota-se que esta consequência gera um ciclo vicioso, uma vez que ao retirar do orçamento das políticas públicas de saúde e transferir para atender uma decisão judicial

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

¹⁵² Idem.

particular, finda por aumentar ainda mais a judicialização, vez que a escassez de recurso é uma das suas principais causas.

O terceiro efeito negativo da judicialização consiste na ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, pois o Judiciário, quando do deferimento de uma demanda de saúde, que produz como consequência, uma realocação do recurso financeiro já planejado para o cumprimento de uma política pública de saúde, termina por interferir nos Poderes Legislativo e Executivo, nos dizeres do autor Avelã Nunes¹⁵³:

Entendo que se trata de situações claras de jurisdicionalização da política de invasão pelo Poder Judiciário das áreas de competência do Legislativo e do Executivo. Aliás, em alguns dos arestos que referi, o juiz substituiu não só o Executivo mas também o povo – que não foi consultado - na definição das prioridades das políticas públicas. E a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ‘ajustar contas’ com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes (e ainda bem que não pode). aos tribunais não cabe fazer política, substituindo-se aos demais órgãos do estado aos quais cabe essa função. Porque estes são órgãos legitimados pelo sufrágio, respondem politicamente perante os cidadãos eleitores e estão sujeitos ao controlo político por parte do povo soberano. À política o que é da política, aos tribunais o que é dos tribunais. Um Estado Democrático precisa de um Poder Judiciário independente, não de um Poder Judiciário que, em certo sentido, se substitua ao estado democrático, assumindo-se como uma espécie de estado tecnocrático, ‘governado’ por pessoas que, invocando a sua competência técnica e o facto de serem titulares de um órgão de soberania (os tribunais), entendem que podem conhecer e decidir sobre todas as questões que dizem respeito à vida da cidade.

Portanto, a judicialização provoca um ativismo judicial, fazendo que sejam proferidas sentenças estruturantes, as quais, em sua maioria, são do modelo “strong-form review”, que consiste em decisões em que o Judiciário determina sozinho a solução para omissão estatal, o que resulta numa maior probabilidade do intervencionismo judicial além de ser ineficiente, ainda violar a separação dos poderes.¹⁵⁴

¹⁵³ NUNES, Avelã. **Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado**, p. 73-135, 2011.

¹⁵⁴ ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 2, p. 643-665, 2020.

Contudo, apesar de não ser admitida a interferência do Judiciário em todas as escolhas políticas, também não se pode aceitar um Poder Judiciário inoperante, especialmente porque o artigo 5º, inciso XXXV da CF/88 garante a inafastabilidade da jurisdição.¹⁵⁵

Assim, o Princípio da Separação dos Poderes não pode impedir a judicialização dos casos em que se pleiteia o reconhecimento de uma decisão política, e, por consequência, a alocação democrática dos gastos públicos, sendo assim, é cabível a interferência do Judiciário nos casos em que há indícios de vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade, embora, ainda assim, as decisões judiciais devem presumir obediência às decisões políticas, a fim de que não haja substituição da política e da força democrática pelo arbítrio do Judiciário.¹⁵⁶

O último efeito negativo apontado no presente estudo decorre diretamente de uma das principais causas da judicialização, qual seja, o julgamento procedente de demandas judiciais que requeiram o fornecimento de tratamento sem evidência e comprovação científica, que resulta no enfraquecimento da prática do uso racional de medicamentos e da consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos.¹⁵⁷

Após uma análise sobre as principais causas e consequências da judicialização da saúde, percebe-se que, as tutelas de saúde, especialmente as de titularidade individual, são verdadeiros obstáculos na implementação de qualquer política pública de saúde, haja vista que coloca em risco todo o planejamento orçamentário para executar tal política, de forma que a inviabiliza.¹⁵⁸

Diante disto, passa-se a analisar, a seguir, os limites à judicialização das políticas públicas de saúde.

1.3.3 Limites à judicialização.

¹⁵⁵ MARIANO, Cynara Monteiro; PEREIRA, Fabricia Helena Linhares. Mais um obstáculo ao SUS: o caso dos planos de saúde populares. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 72, p. 115-132, 2018.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ SARTORI D, Leivas P G C, Souza M V, Krug B C, Balbinotto G, Schwartz I V D. Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio Grande do Sul. *Ciência Saúde Coletiva* 17 (10), 2012 [Acesso em 11 jun 2021]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012001000020&script=sci_arttext

¹⁵⁸ CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Desjudicialização do direito à saúde: a experiência do Estado do Ceará na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais. 2019. Dissertação (mestrado). **Universidade Federal do Ceará (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Felipe Albuquerque Braga.**

Para a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde ser legítima, é necessário que seja observado alguns limites de aspecto orçamentário, político e técnico¹⁵⁹, conforme se observa a seguir:

Em relação ao limite de aspecto orçamentário, na obra os custos dos direitos, os autores, Holmes e Sunstein ¹⁶⁰(1999), demonstram que todo e qualquer direito gera um custo, isto significa dizer que, tanto o direito à liberdade dos indivíduos de uma sociedade, como os direitos sociais, depende da atuação estatal, e, por consequência, produz um custo.

Todavia, o Estado não pode se esquivar de concretizar tais direitos ou apenas efetivar parte dele, sob alegativa dos seus custos, uma vez que sabendo da existência destes custos, cabe ao Estado realizar um planejamento orçamentário, a fim de gerir seus recursos e dar efetividade aos direitos dos indivíduos de uma sociedade.¹⁶¹

Considerando o planejamento orçamentário e que os recursos públicos são finitos, a teoria da reserva do possível vem sendo utilizada como argumentação para restringir as ações judiciais, que determinem um gasto fora do orçamento público, sobretudo nas ações de saúde.

Ressalta-se que a teoria da reserva do possível foi desenvolvida pela primeira vez no Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, onde os alunos que, preencheram os requisitos para o ensino superior, não foram aceitos no curso de Medicina na Universidade da Baviera ingressaram com ação judicial para controle concreto de constitucionalidade.¹⁶²

Neste contexto, ao julgar pela inconstitucionalidade da limitação das vagas, o Tribunal Constitucional Alemão compreendeu que existia uma barreira fática, subordinada pela reserva do possível, isto é, quando o indivíduo pode requerer da sociedade, mas existe um limite de recursos financeiros, tendo em vista as exigências da harmonização econômica geral.¹⁶³

¹⁵⁹ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.

¹⁶⁰ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999, p.19.

¹⁶¹ FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Direito fundamental à saúde: a questão de sua exigibilidade. São Paulo, 2015. 90 f. **Dissertação (Mestrado – Programa de pós-graduação em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**.

¹⁶² TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva**.

¹⁶³ SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 73-135, 2011.

Em outras palavras, a teoria da reserva do possível desenvolvida pelo Tribunal Alemão consiste naquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade, desde que seja proporcional e razoável financeiramente, razão que não pode o Estado negar de fornecer.¹⁶⁴

Destaca-se que existe uma crítica por parte da doutrina de que o argumento da reserva do possível esteja sendo aplicado, de forma distorcida daquele desenvolvido no Tribunal Alemão. Para Fernando Scarff¹⁶⁵, a teoria da reserva do possível vem sendo hostilizada pela jurisprudência brasileira, possivelmente pela sua má compreensão sobre o tema, uma vez que os Tribunais entendem tal teoria como um instrumento da Administração Pública para se esquivar das decisões judiciais, o que, em sua visão, infelizmente, não é isso.

Nas palavras do autor, a reserva do possível é:

Um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas públicas, que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo.¹⁶⁶

Apesar da crítica do autor Fernando Scarff, o certo é que a jurisprudência entende que a adoção ou afastamento da teoria da reserva do possível para a exigibilidade de um direito social, deva ser bem fundamentado¹⁶⁷, recaindo o ônus sobre o Poder Público de provar que não há recurso financeiro para a concretização do direito fundamental.¹⁶⁸

¹⁶⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 330.

¹⁶⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 73-135, 2011.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Orient. Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2006, p.209.**

¹⁶⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 330.

Assim, a teoria da reserva do possível não pode servir como um obstáculo absoluto na concretização dos direitos sociais, mas deve ser considerada, sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade, como um limite na exigibilidade de tais direitos.¹⁶⁹

Ademais, juntamente com a teoria da reserva do possível, deve-se considerar nas decisões, especialmente as de saúde, o princípio da progressividade na efetivação dos direitos sociais, já que os direitos prestacionais não são implementados em uma única vez, mas sim, aos poucos, seja por evolução da ciência, seja devido aos recursos disponíveis, que são insuficientes para implementar o direito à saúde em uma única vez.¹⁷⁰

Por último, embora a reserva do possível seja um parâmetro que deva ser considerado nas decisões judiciais, como forma de limitar a interferência judicial nas políticas públicas de saúde, infelizmente, o que se observa no tocante as decisões de saúde é que, as tutelas de urgência, em caráter individual, são cada vez mais recorrentes, e elas, por vezes, além de não respeitarem o critério da proporcionalidade, o que por consequência gera um impacto ao orçamento financeiro destinado as políticas públicas de saúde, findam por privilegiar um indivíduo em face de outrem.

Com relação ao limite de aspecto político, tem-se que, como forma de evitar arbitrariedade estatal e proteger os direitos fundamentais, a Constituição de 1988 consolidou o princípio da separação dos poderes, razão pela qual deve existir independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A tripartição dos poderes visa impossibilitar que um Poder se sobreponha ao outro e, ao mesmo tempo, que haja uma fiscalização entre si de todos os Poderes, sucedendo o que se passou a denominar também de “sistema de freios e contrapesos”.¹⁷¹

Diante do princípio da separação de poderes, cabe ao Poder Executivo promover e executar as políticas públicas, ao Poder Legislativo a elaboração das leis que regerá a sociedade,

¹⁶⁹ CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Desjudicialização do direito à saúde: a experiência do Estado do Ceará na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais. 2019. Dissertação (mestrado). **Universidade Federal do Ceará (UFC). Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Felipe Albuquerque Braga.**

¹⁷⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado**, p. 73-135, 2011.

¹⁷¹ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; DE LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

ao Poder Judiciário assegurar o cumprimento das leis e da Constituição, e a todos eles, fiscalizar uns aos outros.

Assim, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a atribuição do Poder Judiciário de fiscalizar a atuação do Poder Executivo é que se conclui que “o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo”.¹⁷²

Em outras palavras, quando o Poder Executivo não cumpre com suas atribuições de promover e executar as políticas públicas ou quando cumpre de forma insatisfatória, causando danos à população, o Poder Judiciário é acionado, com o intuito de obrigar ao Poder Executivo de arcar com os custos da implementação e execução destas políticas públicas.¹⁷³

Neste contexto, surge a judicialização da política e o debate sobre os limites da atuação do Poder Judiciário nas ações políticas da Administração Pública (Poder Executivo), haja vista que, com a judicialização da política, o que há são decisões de competência do Poder Executivo e Legislativo sendo feitas pelo Poder Judiciário, o qual não possui representantes eleitos pelo sufrágio popular e, por consequência, o exercício da Administração Pública se afasta da democracia representativa concebida originalmente, a qual, responde politicamente perante ao povo e sofre o controle político social por parte deste.¹⁷⁴

Por outro lado, em um Estado de Direito, não se pode admitir que os direitos das minorias sejam lesados pelo excesso de direitos da maioria dentro da democracia representativa, sendo necessário uma instituição que exerça o papel contramajoritário na defesa dos direitos constitucionais da minoria, protegendo esta de arbitrariedade por parte do governo e, sendo assim, verifica-se que a interferência judicial na defesa dos direitos fundamentais não é antidemocrática e atua em conformidade com a separação dos poderes.¹⁷⁵

Contudo, embora não seja admitida ilegalidades e ofensa aos direitos fundamentais, não deve o Poder Judiciário usurpar as funções dos demais poderes, mas sim, cabe a este respeitar as escolhas políticas realizadas pelos representantes eleitos da sociedade, para isto, necessita

¹⁷² NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; DE LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

¹⁷³ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.p.94.

¹⁷⁴ NUNES, Avelã. **Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 73-135, 2011.

¹⁷⁵ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.p.94.

avaliar a competência dos gestores administrativos na implementação e execução das políticas públicas.¹⁷⁶

Além disso, importante considerar que as escolhas políticas são resultados de todo um estudo, no qual são analisados informações técnicas, para buscar uma melhor resposta às necessidades sociais, sem se olvidar de ponderar a questão orçamentária.¹⁷⁷

Portanto, para que o limite de aspecto político seja observado, é necessário o respeito por parte do Poder Judiciário com as escolhas políticas, porque assim fazendo, agirá de acordo com a Separação dos Poderes constitucionalmente previsto.

Por último, no que diz respeito ao limite técnico, informa-se que, as demandas de saúde são caracterizadas por sua complexidade, necessitando de conhecimentos técnicos especializados para que seja decidido questões como: A substituição de medicamento requisitado por outro já existente na lista de medicamentos do SUS, o deferimento de determinado tratamento ou medicamento, se determinado medicamento é o mais indicado para o caso clínico do paciente, se a quantidade pedida é realmente a correta, entre outros.¹⁷⁸

A falta de capacidade técnica por parte dos magistrados limitam à judicialização da saúde, em virtude disso, desde 2010, o CNJ elaborou uma recomendação, de nº 31/2010, aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Federais orientando que fossem celebrados convênios, com o objetivo de disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde.¹⁷⁹

Em conformidade com sua recomendação, o CNJ permitiu que fossem criados os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT/JUS), os quais são constituídos por equipes

¹⁷⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. **Funções administrativas de implementação, controle de decisões administrativas e proteção de direitos**. Br.Geléia.Perna.Studies 10, Forthcoming,2020a.

¹⁷⁷ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.p.94.

¹⁷⁸ CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde**. 2012. Dissertação (mestrado). Faculdade Getúlio Vargas (FGV)..Programa de Mestrado Profissional. Orientador: Dr. Leandro Molhano Ribeiro.p.39.

¹⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Publicada em: 07 abr. 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>.acesso em 28/10/2022.

multidisciplinares de profissionais da saúde, cuja finalidade é justamente auxiliar a atuação dos magistrados, dando mais legitimidade e segurança às decisões judiciais de saúde.¹⁸⁰

Apesar do trabalho desenvolvido pelo CNJ na elaboração de recomendações e resoluções configurar como um avanço institucional para o Poder Judiciário, no sentido de dar uma maior importância às complexidades das ações envolvendo o direito da saúde, ampliando inclusive o debate acerca das políticas públicas de saúde¹⁸¹, os NATs, segundo pesquisa desenvolvida pelo CNJ em colaboração com o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER)¹⁸², são poucos mencionados nas decisões judiciais, o que implica presumir que a ferramenta disponibilizada aos magistrados não estão sendo utilizadas de forma satisfatória.

O certo é que necessita existir um maior diálogo técnico entre o Poder Judiciário e as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Público, posto que a falta dessa interlocução gera um aumento da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, especialmente quando se trata da intervenção judicial sobre medicamentos, haja vista a Política Nacional de Medicamentos.¹⁸³

Em uma decisão judicial sobre concessão de um medicamento, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) atua como um critério que deve ser utilizado pelo julgador, e caso o medicamento pleiteado não se encontre na lista do SUS, o magistrado deve se atentar a analisar a comprovação científica de tal medicamento ou se o SUS dispõe de outro medicamento correspondente em sua lista.¹⁸⁴

Ressalta-se que, tal análise não pode ser feita pelo juiz somente com fundamento no laudo médico juntado pela parte autora da ação, sendo necessário a decisão se dar com base em perícia ou parecer técnico do NATs.¹⁸⁵

¹⁸⁰ SILVA JUNIOR, Raul Sousa. Limites à judicialização da saúde pública no direito brasileiro. In: **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 2018. p. 254-263.

¹⁸¹ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.p.99.

¹⁸² INSPER. **Judicialização da saúde no brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução:CNJ,2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>.Acesso em:22out.2022.p.19.

¹⁸³ CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.p.99.

¹⁸⁴ SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 58, 2014.

¹⁸⁵ SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 58, 2014.

Portanto, é imprescindível que a falta de capacidade técnica por parte dos magistrados é um limite às decisões de saúde, motivo que ele deve utilizar todas as ferramentas que o Poder Judiciário lhe oferece, bem como respeitar a Política Nacional de Medicamentos, que o faz, ao julgar um processo de medicamentos de forma bem fundamentado, com base em perícia ou parecer técnico do NATs.

Considerando a excessiva judicialização da saúde e seus reflexos, conforme visto no presente capítulo, busca-se, ao longo do terceiro capítulo, pesquisar sobre a consensualidade da administração pública, trazendo um arcabouço histórico normativo, sem se olvidar de analisar a viabilidade da administração pública de transacionar, bem como a importância da atuação dos atores institucionais.

2. A CONSENSUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A consensualidade da administração pública é um tema que vem ganhando importância no debate jurídico nacional diante da necessidade de se reestruturar a gestão judiciária, considerando os altos níveis de judicialização do País, no qual boa parte dos processos a Administração Pública se encontra no polo ativo ou passivo da ação.¹⁸⁶

Não é incomum que as decisões do Poder Judiciário cause consequência direta para as políticas públicas formuladas e executadas pelo Estado. Por exemplo, no âmbito da política pública de saúde, quando são concedidas, reiteradamente, liminares, para o Estado arcar com medicamentos de alto custo, não há dúvida de que isto impacte na política pública de saúde, tendo que ser realocado recurso financeiro que já estava previsto no orçamento público destinado para promover a política pública como um todo.¹⁸⁷

Neste sentido, o gestor público não somente tem que se preocupar em formular e executar as políticas públicas, como também deve estar atento em buscar estratégias para lidar com a alta litigiosidade que pode resultar em decisões que atrapalhem a efetividade das políticas públicas.¹⁸⁸

Assim, a consensualidade administrativa emerge como uma técnica que pode ser usada para uma gestão judiciária, dentro da perspectiva do controle das ações judiciais e da qualidade da prestação jurisdicional, como também pode ser utilizada pela Administração Pública, com a finalidade de se ter maior ingerência nas decisões em que figura como parte litigante, no sentido de possibilitar que a política pública não seja inviabilizada e possua uma maior efetividade.¹⁸⁹

Para que se compreenda a aplicação da técnica da consensualidade por parte da Administração Pública, este capítulo busca realizar um breve contexto histórico desde a atuação da Administração Pública autoritária até consensual, demonstrando, inclusive, as mudanças na legislação pátria e a releitura dos princípios basilares do direito administrativo, como do Princípio da Indisponibilidade, da Supremacia do Interesse Público, da Legalidade, da Isonomia

¹⁸⁶VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 147-173, 2018.

¹⁸⁷SIMÕES, Joyce Sant'Anna; GOMES, Mayanne Bezerra. Direito à saúde sob o prisma da judicialização na conjuntura do sistema público de saúde brasileiro. **Revista Eletrônica Direito FPB**, v. 1, n. 1, p. 115, 2015.

¹⁸⁸VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 147-173, 2018.

¹⁸⁹Idem.

e da Publicidade, sem olvidar de ressaltar a importância da atuação de atores institucionais para que a consensualidade seja aplicada.

2.1 Arcabouço histórico e fundamentação legal da consensualidade pela Administração Pública.

O Direito Administrativo é um ramo do direito que está muito associado ao processo de evolução histórica de uma sociedade, motivo que seus institutos tradicionais necessitam, com o passar dos anos, sofrer uma releitura para se adaptar a nova realidade social.

O estudo histórico do Direito Administrativo e dos seus institutos clássicos, com sua respectiva fundamentação legal, é necessário para se compreender a mudança da relação entre a Administração Pública e o particular. Sobretudo, entender a mudança da atuação autoritária da Administração Pública para sua atuação consensual, a fim de que se possa ter um arcabouço teórico no próximo capítulo e analisar se tal consensualidade da administração pública pode ser utilizada como forma de política pública.

Por último, destaca-se que não se pretende esgotar todo o histórico do Direito Administrativo, mas, tão somente, fornecer elementos históricos considerados essenciais para se compreender a possibilidade da utilização da consensualidade por parte da Administração Pública.

2.1.1 Da atuação autoritária da Administração Pública.

A atuação autoritária da Administração Pública remete ao nascimento do Direito Administrativo Francês, especialmente considerando a importância e a influência que o sistema jurídico francês teve no sistema jurídico brasileiro.¹⁹⁰

¹⁹⁰ QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam .p.25**

Neste sentido, o direito administrativo francês surgiu, após a crise do absolutismo, no Estado Liberal, no século XIX, com o intuito de manter a ordem pública e garantir as liberdades individuais e, sendo assim, a administração pública passou a ser dotada de legalidade formal e atua com base no binômio autoridade-liberdade, o que dá início a um modelo autoritário de administração pública.¹⁹¹

A atuação autoritária da Administração pública decorre do seu poder administrativo, o qual advém da soberania do Estado, sendo sua principal característica, a supremacia da Administração Pública em relação aos administrados.¹⁹²

Com o poder administrativo, a Administração Pública possui prerrogativas públicas, que são privilégios que lhes são legítimos para o exercício da função pública. A exemplo de prerrogativa pública, cita-se: Poder de polícia, poder hierárquico, poder de tutela, poder de modificação e de rescisão unilateral dos contratos administrativos, poder de auto-executoriedade dos atos administrativos, poder disciplinar, presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos, poder de requisição de bens e serviços, entre outros.¹⁹³

As prerrogativas públicas, as quais marcam até hoje a atuação da Administração Pública brasileira, representam a superioridade desta em relação aos administrados e tem como principais características, a exorbitância e instrumentalidade, tendo sido desenvolvida na França, pela Escola Puissance Publique, na qual Maurice Hauriou era o principal precursor desta corrente.¹⁹⁴

Maurice Hauriou compreendia que o regime administrativo era regido por um conjunto de regras, as quais consistiam na centralização das funções administrativas no Poder Executivo e na natureza executiva concedido à Administração Pública. Assim, a estrutura do regime administrativo decorria dos direitos exorbitantes desta centralização, da hierarquia interna entre

¹⁹¹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.91.**

¹⁹² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. p.26.**

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam .p.42.**

agentes públicos, da jurisdição administrativa apartado do Judiciário, da Separação dos Poderes, da estrita legalidade da Administração Pública e da legitimidade do uso do poder administrativo.¹⁹⁵

Portanto, a *Puissance Publique* era a concentração da coação nas mãos da Administração Pública, a fim de que fosse utilizado em prol do interesse público, sobretudo na execução das suas decisões, e, sendo assim, o regime administrativo estaria associado a *puissance publique*, uma vez que a Administração Pública, por meio do regime administrativo, dispunha da força pública para fazer valer suas decisões.¹⁹⁶

Para Hauriou, a *puissance publique* era uma prerrogativa da Administração Pública, que a colocava em condição de superioridade em relação aos administrados, fazendo valer suas decisões¹⁹⁷, e, desta forma, representava o fundamento primordial do Direito Administrativo, o qual passava a ter um conjunto de normas exorbitante, sendo esta uma característica própria deste ramo do direito.¹⁹⁸

Em contrapartida, a Escola do Serviço Público, que tem como precursor Duguit, entendia que o serviço público deveria ser o fundamento central do Direito Administrativo, uma vez que impõe um dever aos governantes, razão pela qual a *puissance publique* não deveria ser considerado um direito, mas sim, uma função indispensável para realizar o serviço público.¹⁹⁹

A tese de Duguit sobre serviço público foi criticada por Maurice Hauriou no prefácio da 11ª edição da obra “*Précis de droit administratif et de droit public*”, no qual ele afirma que a *puissance publique* estaria em primeiro plano, posto que é o meio para realizar o serviço público, já este, embora estivesse em segundo plano, desempenharia papel importante no Direito Administrativo, mas é um erro da Escola do Serviço Público entendê-lo como elemento central deste ramo do direito.²⁰⁰

¹⁹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. p.30.

¹⁹⁶ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif contenant le droit public et le droit administratif*. L. Larose & Forcel, 1893.p.133.

¹⁹⁷ Idem.p.592

¹⁹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. p.33.

¹⁹⁹ MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, v. 189, 1992, p. 103.

²⁰⁰ Idem.p.105.

Compreende-se então da teoria de Maurice Hauriou, a característica da instrumentalidade e da exorbitância. A primeira se justifica devido a *puissance publique* ser um instrumento (meio) para satisfazer o interesse geral, e, por isso, deve ser o fundamento central do Direito Administrativo. Já a segunda se explica diante de toda a estruturação do regime administrativo, a partir da prerrogativa da *puissance publique*, que consiste em concentrar os meios de coação na mão do poder público. Como resultado da soma destas duas características, tem-se uma supremacia da Administração Pública em relação aos administrados, ou seja, uma relação notadamente verticalizada.²⁰¹

Deste modo, nasce o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, haja vista que tanto o conceito da *puissance publique*, qual seja, a concentração dos meios de coação por parte Administração Pública, como o próprio exercício dos direitos decorrentes da *puissance publique* que se constituem em prerrogativas, justificam-se para assegurar o interesse comum, cujo dever de proteção cabe à Administração.²⁰²

Ademais, apesar da teoria da *puissance publique* ser notadamente autoritária, Maurice Hauriou enfrentou o binômio autoridade-liberdade, estabelecendo garantias que poderiam ser opostas pelos administrados em face da Administração Pública, como: Obrigatoriedade de um procedimento legal para os casos de expropriação; legalidade e a obrigação de arcar com os encargos dos direitos decorrentes da *puissance publique*, bem como o respeito a igualdade material quando do uso desses direitos.²⁰³

Com efeito, conforme já dito, o direito administrativo brasileiro sofreu muita influência da Escola *Puissance Publique*, sendo a Administração Pública brasileira constituída de prerrogativas públicas, de característica exorbitante e instrumental, e, simultaneamente, sujeita a oposição de garantia dos direitos individuais. O caráter exorbitante e instrumental leva ao

²⁰¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.35.

²⁰²QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam .**p.43.

²⁰³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.37.

modelo, tradicionalmente, autoritário por parte da Administração Pública, em virtude da supremacia do interesse público sob o privado.

Assim, pode-se dizer que, na Administração Pública brasileira, a atuação autoritária possui três alicerces: A imperatividade, a unilateralidade e o ato administrativo. A imperatividade chamada de prerrogativa imperativa corresponde ao fato de a Administração Pública poder impor, unilateralmente, o conteúdo de suas decisões aos administrados, os quais são obrigados a se sujeitarem às obrigações impostas pela Administração, mesmo que não concordem com tais decisões.²⁰⁴

Por sua vez, percebe-se que a unilateralidade decorre da prerrogativa imperativa, haja vista que é um poder exclusivo da Administração Pública impor sua decisão ao particular, independentemente se este concordar ou não. O resultado da prerrogativa da imperatividade, da qual decorre também a unilateralidade, é que não se trata de acordos, já que é imposta a “vontade” da Administração Pública, que se traduz como interesse público.²⁰⁵

Já o ato administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública se comunica internamente entre si, bem como com os particulares. Em relação a este último, é com o ato administrativo que os particulares passam a tomar conhecimento da decisão tomada pela Administração Pública, logo, denota-se que os atributos da imperatividade e da unilateralidade são pressupostos do ato administrativo, razão pela qual tais atributos somente podem ser afastados em caráter excepcional.²⁰⁶

Dentro do contexto aqui explorado, observa-se que a atuação administrativa imperativa, com berço no Estado Liberal, não compatibilizava com a possibilidade de realização de acordo entre a Administração Pública e os administrados, uma vez que, neste período, o objetivo era consolidar a Administração Pública, o que foi feito por meio da posição verticalizada da Administração em relação aos administrados, do uso das prerrogativas e dos atos administrativos imperativos e unilaterais, ao tempo que, também foi assegurado aos particulares instrumentos mínimos para garantia das liberdades individuais em face do Estado.

²⁰⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. 2017. Convenções processuais e poder público. 2016. **Tese (doutorado). Universidade Federal da Bahia. Programa de Doutorado em direito. Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior. p.30.**

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. p.69.**

2.1.2 Da atuação gerencial da Administração Pública

Com o fim do Estado Liberal e o advento do Estado Social, no final do século XIX até meados do século XX, a Administração Pública deixa de ser unificada e centralizada e passa a ser descentralizada e desconcentrada, haja vista que como o Estado Social exige prestações positivas por parte da Administração Pública, esta aumentou o seu tamanho e seu grau de complexidade, com a finalidade de atender as novas exigências e funções.²⁰⁷

Com o Estado Social, a Administração Pública possui a função de prestar a promoção de bens e serviços aos cidadãos, motivo que assume a característica denominada de “Administração-Gerencial”, fazendo com que a relação entre a Administração e os Administrados seja menos vertical e se torne mais horizontal. Em certa medida, convertendo a unilateralidade pela bilateralidade.²⁰⁸

Tal modelo de Administração Pública, embora seja mais autônomo e dinâmico, possui maior probabilidade de controlar e atingir a esfera particular, em virtude da sua função positiva de prestar bens e serviços, razão pela qual surge a necessidade de mais instrumentos oponíveis pelos administrados à Administração.²⁰⁹

Desta forma, diante desta nova forma de modelo da Administração Pública e, por consequência, a relação desta com os administrados, estes deixaram de ser vistos pela Administração como objetos do poder administrativo e passaram a ser tidos como sujeitos titulares de direitos, impondo ao Poder Público a promoção e execução de serviços, que demonstraram sua ineficiência.²¹⁰

Com as novas funções assumidas pela administração pública e a mudança de comportamento desta em relação aos administrados, foi necessário que a Administração Pública

²⁰⁷ QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam .p.49.**

²⁰⁸ Idem, p.50.

²⁰⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo.** 2ª ed. Coimbra: Almeidina,2009, p.74.

²¹⁰ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.92.**

passasse a utilizar, além dos instrumentos de atuação unilaterais, também mecanismos bilaterais, a fim de ampliar o âmbito da sua atuação, de forma que, o ato administrativo se torna apenas mais um instrumento à disposição da Administração, e não o único.²¹¹

Além disso, o próprio ato administrativo começou a considerar os interesses individuais, sem, contudo, trazer prejuízos ao interesse público, sendo certo que, neste período, foi priorizado o procedimento, ao invés de apenas o aspecto formal do ato administrativo.²¹²

Portanto, na atuação administrativa gerencial, traça-se, pela primeira vez, os aspectos da consensualidade, em virtude do novo significado dado aos administrados, como sujeito de direitos, bem como novos instrumentos unilaterais e bilaterais como forma de atuação da Administração Pública.

Assim, embora a Administração Pública, no período do Estado Social, tenha em certa medida demonstrado os primeiros aspectos de uma atuação consensual, ocorre que, ao assumir diversas atribuições, regulando as mais diversas relações sociais, econômicas e culturais, findou por se tornar bastante burocrática, com exagerado formalismo, o que resultou na ineficiência da prestação dos inúmeros serviços que lhes eram demandados²¹³.

O declínio do Estado Social contribuiu para o movimento de reforma administrativa com o fim da exclusividade da Administração Pública de prestar serviços públicos e a privatizações de empresas públicas, gerando como consequência o aumento da relação entre Administração Pública e administrados, bem como novos instrumentos de atuação por parte da Administração.²¹⁴

²¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almeidina,2009, p.74.

²¹² QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam .p.51.**

²¹³ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.92.**

²¹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almeidina,2009, p.160.

No Brasil, o primeiro aspecto da atuação administrativa gerencial ocorreu em 1938, com a criação da autarquia. A administração indireta deveria prestar os serviços públicos de forma descentralizada, sem obediência da burocracia exigida pela administração central.²¹⁵

Em 1967, surge a primeira tentativa de reformar a administração pública brasileira em gerencial, por meio do Decreto-Lei 200/67, o qual visava superar a inflexibilidade da burocracia, dando maior relevância a descentralização e autonomia da administração pública indireta, considerando uma suposta maior eficiência por parte desta. Todavia, com a crise política do regime militar, que começou em meados dos anos 70, a reforma administrativa contida no Decreto-Lei 200/67 fracassou e a situação da administração pública brasileira, notadamente burocrática e autoritária, piorou ainda mais.²¹⁶

Apenas em 1995, com a aprovação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, surgiu, de fato, no Brasil, a administração pública gerencial, que atribuía metas para cada órgão e dava uma maior autonomia para os administradores, além da possibilidade de controlar a eficiência e qualidade do serviço público prestado por meio das metas atingidas.²¹⁷

Diante disto, considerando a aprovação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, a administração pública brasileira evoluiu para gerencial, deixando de ser puramente burocrática e estritamente legal para se tornar uma administração constitucional, pautada no princípio da eficiência, que foi reconhecido no artigo 37 do texto constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98.²¹⁸

Por certo, a evolução social exigiu da administração pública novas formas de atuação, passando de uma atuação burocrática para gerencial, mas não parou aí, tendo evoluído para consensualidade, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, conforme se observa a seguir.

2.1.3 Da atuação consensual da Administração Pública.

²¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. 1996, p.12.

²¹⁶ Idem, p.12.

²¹⁷ SILVA, Alessandra Obara Soares da. Estado, Administração Pública e a posição do administrado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 71, p. 1-30, jan./jun. 2010. p. 19.

²¹⁸ Idem, p.20.

A Constituição de 1988, ao consagrar o Estado Democrático de Direito, com fundamentos pautados na soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, preceitua, em diversos momentos no seu texto constitucional, a participação direta dos cidadãos no trato da coisa pública.²¹⁹

Neste sentido, o advento do Estado Democrático de Direito exige da Administração Pública uma nova forma de atuação, qual seja, uma Administração Pública Consensual, na qual o administrado participa ativamente das decisões administrativas.²²⁰

Percebe-se que, na atuação imperativa, o administrado era visto como mero objeto da Administração Pública. Na atuação gerencial, o administrado passou a ser visto como sujeito que pode exigir da Administração Pública uma prestação de um serviço. Já na atuação consensual, o administrado não é apenas visto como sujeito de direito, como também é chamado para participar das decisões administrativas.²²¹

Deste modo, a atuação consensual da Administração Pública é caracterizada, segundo Alessandra da Silva, como “toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades, na esfera administrativa ou na judicial, quer se trate de relacionamentos travados no âmbito da própria Administração, quer se refira a relações havidas com o administrado”.²²²

Além disso, observa-se ainda que, segundo Juliana Palma, a atuação consensual pode ser identificada “como qualquer forma de participação na Administração Pública ou de exercício de função pública”, ou seja, quando a Administração Pública permite que o administrado participe do seu procedimento, como é o caso de audiência pública e enquetes.²²³

²¹⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.94.**

²²⁰ Idem, p.94.

²²¹ SILVA, Alessandra Obara Soares da. Estado, Administração Pública e a posição do administrado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 71, p. 1-30, jan./jun. 2010. p. 24.

²²² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 45.

²²³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto**. p.127.

Assim, a atuação consensual possibilita a participação do administrado na Administração Pública, pactuando os interesses particulares, mas sem perder de vista o interesse público. Neste modelo, os instrumentos de uma atuação autoritária são preteridos em função de meios consensuais de atuação.²²⁴

A participação não se restringe a criação de entidades representativas com deliberação da vontade da maioria no processo de tomada de decisão, vai muito além, prioriza o diálogo entre a Administração e os administrados, possibilitando a ambos tomarem conhecimento dos obstáculos enfrentados e juntos resolverem o problema.²²⁵

Sobre a consensualidade, Bruno Lopes Megna afirma que:

A consensualidade não serve apenas a fazer a Administração ouvir o administrado, mas também a fazer o administrado ouvir a Administração. A mesma sociedade que demanda abertura de participação na Administração é a sociedade que deverá estar aberta para compreender os problemas administrativos e assumi-los como seus. É empreitada a ser cumprida a quatro mãos – ou a quantas mãos a pluralidade da sociedade apresentar.²²⁶

Neste raciocínio, a atuação consensual possui bastante pontos positivos, tais como: Uma maior eficiência na efetivação do interesse público; uma maior transparência e legitimidade na atuação da Administração Pública, especialmente porque, neste modelo de administração, como há diálogo entre o poder público e os particulares, existe uma maior cooperação e acatamento às decisões administrativas por parte destes.²²⁷

Somado a isto, outro benefício que pode ser apontado na consensualidade administrativa, é o fato de que pode diminuir o número de processos judiciais, principalmente, considerando

²²⁴ SILVA, Alessandra Obara Soares da. Estado, Administração Pública e a posição do administrado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 71, p. 1-30, jan./jun. 2010. p. 21.

²²⁵ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.95.**

²²⁶ MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015. p. 25.

²²⁷ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 67, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em: 21 nov. 22.

que a Administração Pública configura como um dos principais litigantes perante o Poder Judiciário, o que gera um alto custo e burocracia.²²⁸

Dentro deste contexto, para se pôr em prática a consensualidade, a Administração Pública dispõe de diversos instrumentos consensuais, os quais podem ser classificados dentro de quatro gêneros: Decisão consensual, execução consensual, prevenção consensual e solução consensual.²²⁹

Na decisão consensual se encontra os meios como o plebiscito, referendo, a coleta de opinião, debate público, audiência pública, assessoria externa, cogestão e delegação atípica. Na execução consensual, encontra-se os contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação. Na prevenção consensual, tem-se as comissões de conflitos e acordos substitutivos. Já na solução consensual, situa-se a conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta e similares.²³⁰

No direito administrativo brasileiro, a atuação consensual, até o Código de Processo Civil de 2015, não possuía tanta normatividade, apresentando, ao longo tempo, apenas alguns institutos, tais como: A possibilidade de arbitragem nos artigos 245 e 294 do Código Comercial de 1850²³¹; o instituto da desapropriação amigável previsto no Decreto-Lei 3.365/41, o qual no seu artigo 10, caput, preceituava o acordo sobre o valor da indenização prévia e justa celebrado entre a Administração expropriante e expropriado (particular), com consequente aquisição originária pela Administração; e a previsão de acordo integrativo no Decreto 94.764/87, que alterou a Lei de Política Nacional (Lei 6.938/81) e a Lei de Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental (Lei 6.902/81), para que tais leis previssem a possibilidade da autoridade ambiental, ao aplicar uma sanção de multa, pudesse celebrar termo de compromisso com o

²²⁸ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **The Observatory of Social and Political Elites of Brazil**, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>> . Acesso em: 21 nov. 2022.

²²⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**, v. 231, p. 129-156, 2003.

²³⁰ Idem.

²³¹ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 67, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em: 21 nov. 22.

infrator, no sentido deste se comprometer a cessar e corrigir a degradação ambiental, e, em contrapartida, a multa poderia ser reduzida em 90% do seu valor original.²³²

Desta maneira, o novo Código de Processo Civil (CPC), de 16 de março de 2015, inovou ao prever, no artigo 174, a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.²³³

O novo Código de Processo Civil (CPC), de 16 de março de 2015 inovou ainda ao preceituar no seu artigo 3º, §2º, que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, além de prever no seu artigo 3º, §3º, 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”.²³⁴

Percebe-se então que, o novo Código de Processo Civil não faz diferença entre público e privado ao promover a solução consensual de conflitos, restando certa a interpretação de que a busca pela solução consensual também abrange os conflitos envolvendo a administração pública.²³⁵

Após a vigência do novo Código de Processo Civil, foi sancionada a Lei de nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto nº 4.657/1942), dando um passo definitivo para a consolidação da consensualidade na Administração Pública, trocando os mecanismos de controle sancionatório pelos de controle consensual.²³⁶

²³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.170/171.

²³³ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.)

²³⁴ BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.

²³⁵ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 69, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em: 21 nov. 22.

²³⁶ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado).**

Neste sentido, o artigo 26 da LINDB prever a possibilidade de a autoridade administrativa celebrar compromisso com os interessados, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.²³⁷

Já o artigo 27 da mesma lei preceitua a possibilidade de o administrador público impor, na decisão do processo ocorrido nas esferas administrativa, controladora ou judicial, compensação por benefícios indevidos ou prejuízo anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.²³⁸

Portanto, indubitável que a atuação administrativa consensual superou a visão burocrática e autoritária da Administração Pública, estando em total consonância com a nova ordem jurídica vigente.

Contudo, a polêmica acerca da consensualidade no âmbito da administração pública surge, quando se emprega o conceito da indisponibilidade do interesse público como limitador da atuação administrativa consensual, sendo necessária uma releitura dos conceitos clássicos do direito administrativo brasileiro, conforme se observa a seguir.

2.2 Releitura de conceitos centrais do direito administrativo para a consensualidade da administração pública brasileira.

Como já dito, a atuação autoritária e burocrática da Administração Pública não se coaduna com o Estado Democrático de Direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual, a seguir, torna-se necessário a releitura de alguns princípios clássicos norteadores do direito administrativo brasileiro, com o fito de se adequar as práticas administrativas consensuais, que é um dos grandes responsáveis pela eficiência administrativa.

Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.98.

²³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro De 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 9 set.1942.

²³⁸ Idem.

2.2.1 Do Princípio da Indisponibilidade e Supremacia do Interesse Público à adequação da prática consensual.

É plausível a interpretação de que a adoção da consensualidade por parte da Administração Pública é vedada em função dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

O princípio do interesse público consiste em proibir a livre disposição dos bens, direitos, interesses e serviços públicos por parte do Poder Público, uma vez que o titular desse direito é toda a coletividade, cabendo à Administração Pública a função de apenas gerir estes interesses.²³⁹

Ora, os bens públicos, tal como os bens de uso comum e uso especial, por serem afetados a uma finalidade pública, são inalienáveis ²⁴⁰, justamente por força do princípio do interesse público, isto é, os bens públicos não pertencem à Administração Pública, mas sim, ao Estado, enquanto representante de toda a coletividade.

Com relação ao interesse público, destaca-se ainda que, a doutrina o divide em primário e secundário. O interesse primário se caracteriza como os interesses diretos da coletividade, e sendo assim, refere-se aos fins do Estado²⁴¹. Já o interesse secundário, corresponde aos interesses transitórios do Estado, de cunho patrimonial, no qual se busca manter o equilíbrio das contas públicas. ²⁴²

Diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, por este não pertencer ao administrador público, é que se refuta a consensualidade por parte do Poder Público, justamente

²³⁹ TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública. 2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

²⁴⁰ CAMBI, Eduardo; DE SOUZA, Fernando Machado. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. **Revista da AJURIS**, v. 44, n. 142, p. 129-154, 2017.

²⁴¹ CARDOSO, Kelly; VOLPI, Elon Kaleb; FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser. O Custo Do Processo: Eficiência, Indisponibilidade Do Interesse Público E Análise Econômica Do Direito. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 6, n. 2, p. 36-53, 2020.

²⁴² BAPTISTA, Isabelle de et al. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como resgate dos direitos fundamentais. 2010. **Dissertação (Mestrado –Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória)–Vitória.**

pela indisponibilidade de tais interesses, sendo a exceção dessa indisponibilidade, a autorização expressa em lei, em virtude do princípio da legalidade.²⁴³

Neste sentido, o princípio da indisponibilidade decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual consiste em afirmar que, no caso de conflito entre o Estado e o particular, no exercício da função administrativa, deve prevalecer, a priori, a tese Estatal, haja vista que este representa o interesse público.²⁴⁴

Portanto, como consequência do princípio da supremacia do interesse público, tem-se a hierarquia do órgão administrativo em relação aos particulares, ainda que haja uma limitação pelo ordenamento jurídico. Somado a isso, em decorrência deste princípio, as normas administrativas possuem relação com o interesse público e buscam proteger o exercício da função administrativa pelos órgãos administrativos, os quais devem atuar de acordo com a finalidade pública vigente em lei.²⁴⁵

Assim, os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público representam uma construção teórica em torno do entendimento do regime jurídico-administrativo brasileiro, como a sistematização das suas normas, institutos e práticas. Há um dogma jurídico existente a respeito de tais princípios e que eles inviabilizam a consensualidade por parte da Administração pública. A partir disso, urge analisá-los a luz da ordem jurídica vigente.²⁴⁶

Com a chegada da administração pública consensual, a qual se busca uma maior alteridade por parte do Poder Público e neste sentido, estreitar a relação entre o Estado e os administrados, com o fito de aumentar a legitimidade de suas ações, o ato administrativo não

²⁴³ DA SILVEIRA FERNANDES, Geovana Faza; DA SILVA GUÉRCIO, Bruna Moura. A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público. **GRUPO MULTIFOCO**, p. 247.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista trimestral de direito público**, v. 24, p. 2, 1999. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61083315/humerto_avila20191031-120102-6ycyzl-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1669665344&Signature=dg-wmEHO2uXOLHEXlQLBkFI7pnADoayB70U0B0M3FcsxBwnbQQ2hCChvbrmCIGBeWVNgDIJj8pEHGxJIa h02bUOg~u5m8fKW~OyeMo8fpVXVDstfhU6FY5Kg5EK2BM1~ZM97iEAx2AlbI4aN3~j3WKjT53rTRGtNs mKCTjeyvmMsCr9p1Q4tr0Mmivg71cC3YRW05ahPnClXkdD8hk6IwtevYyWgalrof3kVylroj4rTj25q4Vduxohi y6qqyIrd8z1JuFs5RhxGmuae7-geLc~fhlz4G--3FUW8MNjO9m5ULGNkbe0jmiIA3lralVYZ-7UBZR-WofH7fKpTaM6A__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 24 nov.2022.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.157.

deve se ater a uma legalidade restrita, mas sim, a uma legalidade inserida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de forma sistêmica e aberta, a partir do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º.²⁴⁷

Desta forma, limitar a consensualidade administrativa sob o argumento da indisponibilidade do interesse público, revela-se, assim, uma desarmonia com a ordem jurídica vigente, isto porque, tanto os acordos administrativos podem ser um meio de atingir a finalidade do interesse público, como a indisponibilidade do interesse público necessita de previsão normativa e exatidão material.²⁴⁸

Afasta-se, destarte, o entendimento de que o princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público é um impeditivo da consensualidade administrativa. Entre os principais argumentos, cita-se que não se negocia o interesse público, na verdade, o acordo realizado por parte da administração é uma forma de atingir tal interesse público.²⁴⁹ Acrescenta-se ainda que, o princípio da indisponibilidade por não possuir previsão normativa e conceito teórico-jurídico definido, não vincula a Administração Pública. Versa-se então, de um conceito teórico-jurídico bastante limitado para atuação administrativa, o que corrobora que o princípio em apreço não pode constituir obstáculo para uma ação administrativa consensual.²⁵⁰

Ademais, em consonância com a consensualidade da Administração Pública, que incentiva a democratização dos atos administrativos, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º e parágrafos, incumbiu também a Administração Pública de buscar resolver os conflitos pela via consensual, o que se demonstra a flexibilização do princípio da

²⁴⁷ DA SILVEIRA FERNANDES, Geovana Faza; DA SILVA GUÉRCIO, Bruna Moura. A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público. **GRUPO MULTIFOCO**, p. 247.

²⁴⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.157.

²⁴⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.104.

²⁵⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.157.

indisponibilidade do interesse público e a possibilidade da adoção de meios adequados de solução de conflitos por parte do poder público.²⁵¹

Além da consensualidade por parte do Poder Público, o que demonstra a flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público, soma-se ainda o princípio da proporcionalidade, que também evidencia a relativização do mencionado princípio.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade preconiza que o agente público deve se pautar de forma razoável diante de um confronto de interesses, valorando o que é passível de composição frente a outros interesses. Por exemplo, o dever da administração pública de recorrer de decisões judiciais, mesmo sabendo do baixo potencial de êxito, desrespeita o princípio da proporcionalidade, isto porque, ao interpor um recurso judicial, o agente público busca resguardar o interesse secundário do Estado, ao invés de cumprir a decisão judicial e proteger o interesse público primário de assistir a um administrado em um direito já pacificado na jurisprudência.²⁵²

Nada obstante ao exposto, a Lei de nº 13.140, de junho de 2015²⁵³, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública corrobora com a possibilidade de conciliação e mediação por parte do poder público no âmbito da saúde, independentemente da discussão de se tratar de um direito indisponível ou não. Neste sentido, o artigo 3º preceitua que:

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

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

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

²⁵¹TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

²⁵²DA SILVEIRA FERNANDES, Geovana Faza; DA SILVA GUÉRCIO, Bruna Moura. A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público. **GRUPO MULTIFOCO**, p. 247.

²⁵³BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015.

Destarte, o princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público não obsta a consensualidade por parte do poder público, sendo perfeitamente possível compatibilizá-los, inclusive no âmbito das demandas envolvendo o direito à saúde.

2.2.2 Da consensualidade diante do Princípio da Legalidade e da Isonomia.

Do mesmo modo que o princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, o princípio da legalidade e da isonomia se realizado uma interpretação hermética pode caracterizar um entrave para a consensualidade da Administração Pública.

O princípio da legalidade possui suas raízes no iluminismo francês, o qual consistia em prever a atuação do Estado em estrita consonância com o disposto em lei.²⁵⁴ Assim, tal princípio consiste em vincular o Estado à lei, o que foi uma conquista própria do Estado Democrático de Direito, tanto que a Constituição de 1988 prevê o princípio da legalidade no decorrer do seu corpo de texto, no artigo 5º, inciso II e XXXIX, artigo 37º, caput e artigo 150º, inciso I.²⁵⁵

Com a evolução da sociedade e das relações que a permeiam, as funções da Administração Pública cresceram, tornando impossível a sua atuação está pautada estritamente em lei. Ora, com as diversas situações fáticas-jurídicas que passaram a existir, devido a complexidade das relações sociais, a legislação não conseguiu abarcar todas as hipóteses normativas que poderiam existir, de modo que a atuação da administração pública passou a não depender de hipótese específica em lei, podendo ser ampliada em consonância com todo o ordenamento jurídico. A esta ampliação se denomina de juridicidade ou legalidade ampla.²⁵⁶

Deste modo, a juridicidade ou legalidade ampla representa uma evolução ou releitura do princípio da legalidade, consistindo em vincular a atuação da Administração Pública não

²⁵⁴ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.106.

²⁵⁵ VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 153, 2018.

²⁵⁶ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.106.

somente à lei, como a todo um bloco de legalidade, o que inclui os valores, princípios e objetivos jurídicos do ordenamento jurídico interno do país.²⁵⁷

Em decorrência da legalidade ampla, percebe-se que a atuação da Administração Pública está limitada não somente à lei, como a todos os valores, princípios e fundamentos do ordenamento jurídico, somado a isso, a atuação administrativa pode ocorrer com base nos valores do ordenamento jurídico interno, diante da ausência de lei específica.²⁵⁸

Neste contexto, a releitura do princípio da legalidade não significa que a Administração não precise mais de autorização para agir, na verdade, ainda depende desta, a diferença é que agora não há mais uma exigência de que tal autorização precise ser expressa em lei formal, podendo ser implícita em decorrência do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a Administração Pública, que antes era um simples executor da lei, agora passa a participar do processo de construção normativa, a partir de uma interpretação sistemática que leve em conta a razoabilidade e a eficiência.²⁵⁹

Adotar a ressignificação do princípio da legalidade modifica a noção de discricionariedade administrativa, afastando a ampla liberdade de escolha do administrador para passar a ser tal arbítrio fundamentado pelos valores e normas constitucionais e legais, o que dar maior legitimidade à decisão administrativa. Ou seja, a discricionariedade administrativa passa a ser vinculada a todo ordenamento jurídico.²⁶⁰

Portanto, para a Administração Pública adotar a consensualidade sem óbice do princípio da legalidade, ela deve fundamentar, de acordo com o ordenamento jurídico interno, pautando seu ato na legitimidade, eficiência, moralidade e impessoalidade, que a solução consensual é a melhor forma de resolver o conflito.²⁶¹

²⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004. p. 63.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**.p.107.

²⁶⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Interesse Público, Belo Horizonte**, ano 10, n. 47, p. 507-517, jan./fev. 2008. p. 515.

²⁶¹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**.p.109.

Por sua vez, o princípio da isonomia, também denominado de princípio da impessoalidade, visa um tratamento igual e impessoal em relação a todos os administrados. Desta forma, tal princípio pode ser interpretado como um obstáculo à consensualidade administrativa, haja vista que a transação por parte da Administração Pública pode caracterizar uma prioridade no tratamento de alguns administrado em relação a outros.²⁶²

Ocorre que tal argumento de que o princípio da isonomia seria uma óbice à consensualidade administrativa não merece prosperar, isto porque, a Administração Pública ao realizar acordo com algum administrado estabelece um precedente e fica vinculado a ele, o que passou a ser denominado pela doutrina de autovinculação administrativa.

A autovinculação administrativa decorre dos próprios atos e práticas administrativas, de forma que a Administração Pública fica obrigada a atuar de acordo com os seus critérios já preestabelecidos em casos anteriores, sendo assim, o princípio da isonomia não configura um obstáculo à consensualidade por parte da Administração Pública, mas, tão somente, limita a discricionariedade do agente público no âmbito das transações.²⁶³

O limite à discricionariedade do agente público no âmbito da consensualidade administrativa é uma consequência positiva do princípio da isonomia e gera como consequência uma atuação da Administração Pública mais previsível e coerente, com uma maior segurança jurídica e sem colocar em risco a efetividade dos direitos fundamentais.²⁶⁴

Diante disto, o princípio da isonomia não configura um entrave à consensualidade por parte da Administração Pública, ao contrário, quando se é respeitado tal princípio, a discricionariedade do administrador é reduzida em função da autovinculação administrativa, e, sendo assim, os acordos realizados com a Administração possuem uma maior previsibilidade e segurança jurídica, o que constitui uma série de vantagens, tais como: celeridade na capacidade de resposta às demandas repetitivas; coerência de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes; redução da judicialização; maior previsibilidade dos

²⁶² VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 157, 2018.

²⁶³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes administrativos no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 1, p. 135-154, 2019, p.142.

²⁶⁴ Idem, p.143.

riscos e dos custos das relações jurídicas-administrativas, antecipando decisões futuras; além de maior legitimidade e aceitação pelos administrados às decisões administrativas.²⁶⁵

2.2.3 Do princípio da publicidade versus o princípio da confidencialidade.

A publicidade é um princípio constitucional previsto nos artigos 5º, inciso XXXIII e 37º, caput, da CF/88, que têm por objetivo impor à Administração Pública que seja transparente nos seus atos administrativos, para facilitar aos administrados, através do acesso à informação, a participação e o controle da atividade administrativa.²⁶⁶

Tal princípio decorre do Estado Democrático de Direito e subordina a atuação da Administração Pública, pois, para assegurar a efetiva participação dos cidadãos no controle da gestão da coisa pública, conforme garantido pela democracia participativa, o Poder Público precisa tornar público, para a sociedade, os seus atos administrativos e negócios jurídicos, sendo inclusive condição de eficácia destes.²⁶⁷

Além do âmbito dos atos administrativos, a publicidade é garantida na esfera judicial. O Código de Processo Civil de 2015, nos seus artigos 8º; 26, inciso III; 194; 404, inciso III; 554, §3; 791, §1º; 880, §1º; 882, §2º; 887, §4º e §5º; 927, §5º; 930 e 979, adota expressamente o princípio da publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na legislação do Estado da parte requerente.²⁶⁸

²⁶⁵ MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Paulo-Modesto/publication/47723066_Autovinculacao_da_administracao_publica/links/553791bd0cf268fd0018a52b/Autovinculacao-da-administracao-publica.pdf>. Acesso em: 26 nov.2022.

²⁶⁶ HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018, p.133.

²⁶⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público.2016. **Tese (doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior.**p.365.

²⁶⁸ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.111.

Portanto, o princípio da publicidade é imposto ao Poder Público tanto no âmbito administrativo, como no campo processual, obrigando-o a ser transparente com relação aos seus atos administrativos, bem como no tocante ao objeto de lide e atos processuais, que configure como parte.

Por sua vez, o princípio da confidencialidade é um dos pilares da Justiça Conciliativa e visa preservar todas as informações produzidas no curso do procedimento conciliatório, cujo conteúdo não poderá ser usado para finalidade diversa daquela previsto por expressa deliberação das partes.²⁶⁹

Quando se trata de novos meios adequados de resolução de conflitos, pressupõe-se, então, a confidencialidade, com o intuito de possibilitar o sucesso da transação, protegendo as informações e os documentos apresentados pelas partes, além de evitar que os mesmos sejam utilizados, posteriormente, em processo judicial, em caso de acordo infrutífero.²⁷⁰

Neste sentido, com fundamento no princípio da inviolabilidade à intimidade e à vida privada assegurada no artigo 5º, inciso X, da CF/88, a confidencialidade está prevista no artigo 166º do Código de Processo Civil de 2015 e artigos 2º, inciso VII; 30º e 31º da Lei nº 13.140/2015, e, sendo assim, segundo tais dispositivos, aplica-se a confidencialidade a todos os procedimentos conciliatórios, sem qualquer ressalva em relação as tratativas conciliatórias que envolvem a Administração Pública.²⁷¹

Importante ressaltar que, a confidencialidade não se confunde com o segredo de justiça. Àquela restringe a divulgação, até mesmo para o juiz, de todas as informações produzidas no curso, em regra, de todo e qualquer procedimento conciliatório. Já esta, aplica-se nos casos

²⁶⁹ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. (BRASIL. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.)

²⁷⁰ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**.p.111.

²⁷¹ HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018, p.133.

previstos no rol exemplificativo do artigo 189 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e impõe o sigilo processual apenas para terceiros, e não para às partes, procuradores e juízes.²⁷²

Deste modo, não se coaduna com o entendimento de aplicar à Administração Pública, quando for uma das partes do procedimento de conciliação ou mediação, as hipóteses do segredo de justiça previstas no artigo 189 do CPC/2015, haja vista que a confidencialidade é muito mais abrangente que os casos permitidos de segredo de justiça.²⁷³

Diante do exposto, percebe-se então que, se de um lado, a Administração Pública, em decorrência do princípio constitucional da publicidade, precisa ser transparente com os cidadãos sobre os seus atos administrativos, por outro, no âmbito da Justiça Conciliativa, pressupõe-se a adoção da confidencialidade, para garantir o sucesso do acordo entre as partes.

Logo, considerando que, para a consensualidade se adota a confidencialidade, o que vai na contramão do princípio da publicidade, um dos pilares da Administração Pública, surge o seguinte questionamento: O princípio da publicidade seria um entrave para a consensualidade administrativa?

Compreende-se que não, isto porque, para alguns estudiosos, o princípio da publicidade possui patamar de norma constitucional, já o princípio da confidencialidade, o qual é assegurado nas tratativas conciliatórias, possui patamar infraconstitucional e, desta forma, de acordo com a hierarquia de normas, quando o Poder Público for parte em um procedimento de mediação ou conciliação, deve prevalecer o princípio da publicidade, ainda que tal publicidade das informações produzidas no curso do procedimento conciliatório possa vir a ser um desincentivo, deve prevalecer o interesse público da transparência dos atos da administração em detrimento do acordo realizado com o particular.²⁷⁴

Contudo, existe outra corrente de pensamento que, embora entenda também que o princípio da publicidade não é um entrave para a consensualidade administrativa, traz outra justificativa, qual seja, se estar diante de um conflito entre dois princípios constitucionais, princípio da publicidade e princípio da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada

²⁷²SILVA, Alessandra Frei. O segredo de justiça e a publicidade dos atos processuais e administrativos no Código de Processo Civil. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 13, p.4, 2021.

²⁷³ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.112.

²⁷⁴ Idem, p.112.

dos administrados²⁷⁵, deve se aplicar a hermenêutica constitucional, haja vista que cabe ao intérprete determinar o alcance material dos bens jurídicos tutelados conflitantes, com base nos princípios da concordância prática e da razoabilidade.²⁷⁶

Ao aplicar o princípio da concordância prática, procura-se harmonizar os princípios conflitantes, de modo a dar a máxima efetividade a ambos os princípios de direitos fundamentais, ou seja, limitar o mínimo possível os bens protegidos por tais normas.²⁷⁷

Diante disto, segundo este entendimento, o princípio da publicidade, que incide em todos os atos da Administração Pública como condição de eficácia destes, não anula o princípio da confidencialidade, que é garantido ao particular em decorrência do princípio da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada, e o inverso também não ocorre, ou seja, o princípio da confidencialidade não invalida o princípio da publicidade²⁷⁸, e sendo assim, o que ocorre é que, os dois princípios serão aplicados, podendo inclusive ser um pouco restringido, na tentativa de dar a máxima efetividade possível a ambos.

Logo, para os adeptos deste entendimento, durante o procedimento conciliatório entre a Administração Pública e o particular, o princípio da publicidade se torna limitado, apenas o suficiente, para resguardar as informações sigilosas de interesse do particular, mas, uma vez que o acordo é realizado, o princípio da confidencialidade será restringido, sendo dado a publicidade do acordo final, assim como todos que são celebrados pela Administração Pública.²⁷⁹

Assim, independente do entendimento que se queira adotar, nos procedimentos conciliatórios ou de mediação, em que a Administração Pública e o particular configuram como partes, o teor do acordo e as informações pertinentes para se chegar à solução deste serão dotados de publicidade, até mesmo porque, as regras gerais e as exceções sobre a publicidade

²⁷⁵ HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018, p.134.

²⁷⁶ MORAES, Guilherme Penã de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói, RJ: Frater et labor, ano 2000, p. 66.

²⁷⁷ PARAHYBA, Caroline de Paula Cavalcante. Autorização ou exploração do trabalho infantil artístico? Análise da constitucionalidade sob o prisma do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. In: Francisco Gérson Marques de Lima. (Org.). *Relações de Trabalho Contemporâneas da uberização à COVID-19*. 1ed. Fortaleza: Editora Premium, 2020, v. 1, p. 93.

²⁷⁸ HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018, p.134.

²⁷⁹ Idem, p.134.

dos atos do Poder Público estão disciplinados na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)²⁸⁰, a qual não faz nenhuma ressalva ao princípio da transparência para os acordos realizados com o particular.

Portanto, incontroverso que, o princípio da publicidade, a qual todos os atos da Administração Pública são submetidos, não é um entrave para a consensualidade administrativa, mesmo considerando que o fundamento dos procedimentos de conciliação e de mediação seja o princípio da confidencialidade.

2.3 O diálogo institucional: Papel da Advocacia Pública e da Defensoria Pública

O diálogo institucional traz uma perspectiva participativa e democrática, uma vez que consiste na comunicação e debate entre instituições jurídicas e políticas sobre os direitos constitucionais, de modo que a decisão sobre tais direitos deixam de ser centralizadas no Poder Judiciário e passam também a serem discutidas e tomadas pelos demais atores constitucionais.²⁸¹

Neste sentido, o diálogo institucional, quando aplicado na saúde, torna-se um instrumento valioso de desjudicialização da política pública de saúde, haja vista que, os atores institucionais na busca pelo consenso, o qual perpassa pelo diálogo sobre a demanda pleiteada, alocação de recursos pessoais e financeiros, planejamento da administração e orçamento público, possui maior probabilidade de atingir o acesso à saúde e efetivação dos direitos sociais.²⁸²

²⁸⁰ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.112.

²⁸¹ SÁ, Laisa Naiara Euzébio. A perspectiva dialógica na garantia do direito à saúde: análise de uma iniciativa da Defensoria Pública articulado às gestões municipais de saúde no estado do Rio de Janeiro. 2022. **Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Orientador: Prof. Dr. Felipe Dutra Asensi.**p.41.

²⁸² MACEDO, Maiara Batalini de et al. A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional: os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde. 2016. **Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: do Prof. Dr. Diego Nunes.**p.51.

A desarticulação entre os Poderes evidencia a necessidade do aperfeiçoamento do sistema de “freios e contrapesos” na saúde e dos canais de comunicação entre as instituições públicas que atuam na defesa dos princípios do SUS.²⁸³

À medida que avança o sistema de “freios e contrapesos” na saúde e os canais de comunicação entre as instituições públicas, avança também as iniciativas de instituições jurídicas dos Estados e da União, como a advocacia pública, defensoria pública, ministério público, na formulação de estratégias de resoluções de conflitos na área da saúde.²⁸⁴

Diante disto, analisar-se-á o papel da advocacia pública e da defensoria pública, que representam alguma das instituições jurídicas, conforme se escolheu estudar no capítulo seguinte, que atuam no sentido de aplicar novos meios adequados de soluções de conflitos na área da saúde, com intuito de uma nova forma de acesso à justiça, garantido o direito à saúde e evitando a judicialização.

2.3.1 Papel da Advocacia Pública.

A Constituição de 1988 estabeleceu a Advocacia Pública, como uma das funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública. Assim, a instituição da Advocacia Pública consiste em assessorar e representar judicial e extrajudicial o Poder Público no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.²⁸⁵

No Âmbito da União, o Poder Público é representado pela Advocacia Geral da União (AGU), o que foi uma inovação constitucional, haja vista que, anteriormente, suas funções eram representadas pelo Ministério Público da União.²⁸⁶ Já no âmbito dos Estados e Distrito Federal,

²⁸³ DE FARIA BAPTISTA, Tatiana Wargas; MACHADO, Cristiani Vieira; DE LIMA, Luciana Dias. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência e saúde coletiva**, 2009, p.838.

²⁸⁴ SOARES, Flávia Dantas. A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários: um estudo dos anos de 2014 a 2016. 2017. **Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa. Orientador: Prof. Alúcio Gomes Da Silva Junior.** p.50.

²⁸⁵ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.** p.115.

²⁸⁶ DOS SANTOS, Maria Angelica Borges et al. O papel da Advocacia Geral da União na judicialização das políticas de saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 421-430, 2013, p.423.

o Poder Público é assessorado e representado pelos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Pode-se dizer ainda que, o papel da Advocacia Pública se centra também na proteção das políticas públicas já formuladas pelos representantes políticos e administradores dos órgãos da Administração Pública, bem como na sua formulação. Isto porque, o advogado público ao atuar como assessor jurídico do órgão público, analisa se as técnicas utilizadas pelos gestores públicos, quando da elaboração de políticas públicas, estão adequadas ao texto constitucional, de forma a cumprir suas normas. Somente com as políticas públicas em total consonância com o texto constitucional, é que se pode falar de segurança jurídica aos administrados, ou seja, apenas uma política pública bem elaborada é capaz de assegurar uma mínima certeza aos cidadãos sobre os rumos do Estado.²⁸⁷

Percebe-se então que, a Advocacia Pública, além de exercer a função de representar o Poder Público judicial e extrajudicial, assume ainda mais outra função, qual seja, de controlar internamente o teor de todos os atos da Administração Pública, a fim de adequá-los com o direito. Em outras palavras, cabe aos advogados públicos comunicar aos gestores e demais agentes públicos, se os atos da Administração Pública são contrárias ou não ao direito, sugerindo-lhes a sua revisão se necessário, de acordo com os princípios do direito administrativo, especialmente o da legalidade.²⁸⁸

Sendo assim, ao exercer sua função em todos os ministérios, secretarias e órgãos da Administração Pública, a Advocacia Pública possui uma melhor aptidão de identificar e apontar os motivos dos conflitos envolvendo a Administração Pública e, com isso, atuar em buscar de uma solução consensual, além de agir preventivamente, analisando as possíveis circunstâncias conflitivas.²⁸⁹

Diante disto, com a consensualidade administrativa, a Advocacia Pública ganhou mais um papel de destaque, haja vista que a partir do exercício de suas funções, o advogado público

²⁸⁷ CABRAL, Flávio Garcia. A efetivação do princípio da boa administração pública pela atuação da Advocacia-Geral da União. **Publicações da Escola da AGU**, v. 10, n. 03, 2018, p.93.

²⁸⁸ MADUREIRA, Claudio Penedo. Advocacia pública: Órgão do Estado ou do Poder Executivo?. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 2, p. 1155-1174, 2016, p. 1170

²⁸⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**. p.117.

pode mediar um diálogo, culminando em um possível consenso sobre o conflito discutido, além de prever uma possível controvérsia, no mesmo caso ou em casos futuros, e, assim, antecipar a solução de tal problema, a fim de que tal divergência não venham a trazer prejuízos ao serviço público ou aos administrados.²⁹⁰

Corroborando com a atuação consensual por parte do Advogado Público, o artigo 32 da Lei de nº 13.140/15²⁹¹, dispõe que no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, a Administração Pública poderá criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Todavia, ao interpretar o artigo 32º da Lei de nº 13.140/15 com o artigo 174 do Código de Processo Civil de 2015²⁹², percebe-se que a institucionalização de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, é um dever imposto à Administração Pública. Este dever, mesmo que no âmbito da advocacia pública, possui a finalidade, dentre outros, de garantir a correta aplicação do procedimento, sem dano à adoção de outras práticas consensuais entre particulares.²⁹³

Na esfera federal, a Advocacia Geral da União possui, há alguns anos, a possibilidade de praticar a conciliação. Desde 1993, o artigo 4º, inciso VI da Lei Orgânica da Advocacia Geral da União²⁹⁴ prevê o fundamento de umas das primeiras possibilidades de práticas conciliatórias, quando atribuiu ao advogado público da união o poder de desistir, transigir, acordar e firmar

²⁹⁰ SILVA, Flávio Matioli Veríssimo. Do conflito ao consenso: Reflexões sobre a mediação envolvendo a administração pública. **Revista da Advocacia Pública Federal**, v. 5, n. 1, p. 104-118, 2021, p.115.

²⁹¹ “Art. 32. 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, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, 29 jun. 2015a.)

²⁹² “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.)

²⁹³ SILVA, Flávio Matioli Veríssimo. Do conflito ao consenso: Reflexões sobre a mediação envolvendo a administração pública. **Revista da Advocacia Pública Federal**, v. 5, n. 1, p. 104-118, 2021, p.115.

²⁹⁴ “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.”(BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica da União. **Diário Oficial da União**, 11 fev. 1993ª.)

compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente, qual seja, a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Por sua vez, tal lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, previu no seu artigo 1º²⁹⁵ que o Advogado-Geral da União poderá autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Assim, ao longo dos anos, com os resultados obtidos pela prática conciliatória, novas leis foram surgindo para incentivar e incrementar, ainda mais, a prática consensual pela Advocacia Pública da União nos processos judiciais. Tanto que, recentemente, em 2016, a Lei 13.327/16, em seu artigo 37, inciso XV²⁹⁶, autorizou o advogado público da união a atuar, além da representação do Poder Público na mediação, também nas câmaras de mediação, criadas pela Administração Pública, na condição de facilitador.²⁹⁷

A garantia conferida pela Lei 13.327/16 ao advogado público como facilitador do conflito, nas câmaras de mediação e conciliação, corroboram a tese que o próprio Estado incentiva à mediação, na busca de uma solução adequadas de conflitos entre as partes envolvidas, que pode ser entes particulares ou públicos.²⁹⁸

Com efeito, a Advocacia Pública atua não somente na representação judicial e extrajudicial do ente público, como também atua na proteção de criação de espaços públicos para a prática do diálogo entre o Poder Público e o particular, envolvendo divergências jurídicas.

²⁹⁵ “Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.” (BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de fevereiro de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, 11 jul. 1997a.)

²⁹⁶ “Art. 37. Respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos de que trata este Capítulo, compete a seus ocupantes: XV - atuar em procedimento de mediação, nos termos da Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015” (BRASIL. Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 jul. 2016a.)

²⁹⁷ SILVA, Flávio Mاتيoli Veríssimo. Do conflito ao consenso: Reflexões sobre a mediação envolvendo a administração pública. **Revista da Advocacia Pública Federal**, v. 5, n. 1, p. 104-118, 2021,p.115.

²⁹⁸ Idem,p.115.

O entendimento da atuação constitucional do advogado público diminuiria a banalização da judicialização, em que o Poder Público configura como o maior litigante, e passaria a soluções, mais rápidas, efetivas e adequadas de conflitos com base no consenso.²⁹⁹

Portanto, a Advocacia Pública é uma instituição jurídica que pode contribuir para a institucionalização de câmaras de mediação e conciliação nos conflitos envolvendo o direito à saúde, favorecendo o acesso e a desjudicialização das políticas públicas de saúde.

2.3.2 Papel da Defensoria Pública.

Do mesmo modo que na Advocacia Pública, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a Defensoria Pública como uma das funções essenciais à justiça, ao lado também da Advocacia e do Ministério Público.

A Defensoria Pública, segundo o artigo 134 da Constituição Federal de 88, é uma instituição permanente, que atua como instrumento do regime democrático, uma vez que objetiva a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.³⁰⁰

Com efeito, a Defensoria Pública representa uma forma concreta de garantir à população mais vulnerável o acesso efetivo à justiça. Assim, inquestionável que tal instituição desempenhe também um papel importante nas práticas consensuais de resoluções de conflitos, uma vez que, por meio destas, busca-se uma nova forma de acesso à justiça, pautada no consenso, equidade e justiça, com a finalidade de garantir a concretização dos direitos fundamentais.

²⁹⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.118.

³⁰⁰ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”(BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2022.)

Corroborando com a possibilidade das práticas consensuais pela Defensoria Pública, a Lei Complementar nº 132, de 2009, alterando o artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar nº80, de 12 de janeiro de 1994³⁰¹, que prevê a organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, dispõe que uma das funções da instituição é promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio da gestão de conflitos.

Percebe-se que a incumbência da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica gratuita deve ser interpretada de forma abrangente, no sentido de possibilitar o efetivo acesso à justiça da população necessitada não somente por meio do Judiciário, mas também por forma extrajudicial, que atinja a justiça social e concretize os direitos e garantias fundamentais, razão pela qual resta claro o papel da Instituição no incentivo dos métodos de solução consensual de conflitos.³⁰²

Sobre a atuação da Defensoria Pública em relação às novas soluções adequadas de conflitos como formas de acesso à justiça, Felipe Kirchner pontua que:

O tema das soluções não adversarias se insere na realização da garantia do acesso à justiça, assim como é ontológica e umbilical a vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos posto que a Instituição foi criada para a concretização da garantia constitucional supramencionada, nascendo vocacionada para este mister como decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente, sendo por demais natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador.³⁰³

Dentro deste entendimento de assistência integral e de novas formas de acesso à justiça, ressalta-se ainda que, a Defensoria Pública possui também a função de exercer a defesa dos

³⁰¹ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos” (BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 8 out. 2009a.)

³⁰² KIRCHNER, Felipe et al. A vez das soluções consensuais de conflitos e o papel da Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 11, p. 157-214, 2015, p.187.

³⁰³ Idem, p.207.

direitos e interesses difusos e coletivos, sendo a Instituição legítima tanto para o ajuizamento de ações coletivas, como para propor a solução consensual de conflitos para estas demandas.³⁰⁴

Deste modo, no tocante a institucionalização dos novos meios de resolução de conflitos no âmbito da Defensoria Pública, resta demonstrado pelo artigo 4º, inciso II da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, que a atuação desta Instituição a permite utilizar os novos meios de soluções de conflitos.³⁰⁵

Assim, a aplicação dos institutos da Justiça Conciliativa é um corolário natural de uma Defensoria Pública proativa e comprometida na defesa dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que ao adotar os novos meios de resolução de conflitos, a Instituição dar uma maior abrangência ao acesso à justiça para os seus assistidos.³⁰⁶

³⁰⁴ DE ANDRADE VILLAÇA, Eduardo Antônio; CAMELO, Michele Cândido. **A Defensoria como agente na mediação de conflitos**. p. 247-268. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015 apud SOUZA, Luciante Moessa. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*, p.266.

³⁰⁵VIEIRA, Guilherme Gomes et al. A resolução de conflitos por meio da mediação no âmbito da defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 10, p. 66-85, 2017,p.81.

3. A GESTÃO DE CONFLITOS PARA DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

O princípio do acesso à justiça, que é formado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXXV, que garante ao cidadão que resguarde o seu direito por meio do Poder Judiciário.

Com a evolução das relações sociais, o número de conflitos heterogêneos dentro da sociedade brasileira aumentou, e, por consequência, devido ao princípio do acesso à justiça, também cresceu o número de demandas judiciais, sendo a grande maioria das ações, de caráter individual, razão que abarrotou o Poder Judiciário.³⁰⁷

Conforme visto no capítulo dois da presente pesquisa, constatou-se um aumento exponencial nas demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, o que trouxe como uma das suas consequências, a morosidade do Judiciário para resolver tais conflitos, dificultando o efetivo acesso à justiça, a fim de garantir tal direito fundamental.

Apesar da Constituição Federal prever, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, o princípio da razoável duração do processo, o Poder Judiciário tem sido moroso para solucionar os conflitos de um número expressivo de processos, razão pela qual o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um papel de destaque para novos meios adequados de solução de conflitos, como forma de buscar uma decisão célere e mais democrática para as partes, o que viabiliza um efetivo acesso à justiça, além de proporcionar uma diminuição das demandas judiciais, especialmente entre os particulares.

A adoção dos novos meios de resolução de conflitos por parte do Estado enfrentou bastante dificuldade, mesmo este sendo o maior litigante do País, isto porque, pairava-se a teoria de que o Estado não poderia transigir, em virtude dos princípios clássicos do direito administrativo.

Desta forma, no capítulo anterior desta dissertação, analisou-se os principais princípios clássicos e norteadores do direito administrativo brasileiro e sua compatibilidade, ou não, com

³⁰⁷ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389.

a adoção das novas formas de resoluções de conflitos por parte da Administração Pública, tendo se concluído que os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, bem como os princípios da legalidade, isonomia e publicidade, não são obstáculos à consensualidade administrativa.

Portanto, considerando que a Administração Pública pode consensualizar, neste capítulo, busca-se, inicialmente, aprofundar sobre a evolução do acesso à justiça e sua respectiva dimensão conceitual, bem como sobre o sistema de múltiplas portas, em seguida, analisar-se-á, de forma mais detalhada e individual, os meios adequados de resolução de conflitos, por último, investiga-se como funciona a aplicação desses novos meios de solução de conflitos em casos que envolvem matéria de saúde, e a possibilidade da gestão de conflito ser aplicado no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para solucionar conflitos internos ao sistema e externos aos usuários.

3.1 Do acesso à justiça: Sistema de múltiplas portas.

O direito fundamental do acesso à justiça permite assegurar a proteção e efetivação das demais garantias fundamentais também consolidadas na Constituição Federal de 1988, haja vista que a previsão de tais direitos no texto constitucional, sem a existência de instrumentos capazes de efetivá-los, torna-se vazia, isto é, parafraseando Ferdinand Lassalle: “A Constituição não passaria de uma mera folha de papel”.³⁰⁸

Neste sentido, o acesso à justiça é uma garantia ao cidadão para concretizar os demais direitos fundamentais inclusos na Constituição Federal de 1988, dentre eles, o direito à saúde, que passou a ser bastante judicializado.

Assim, a judicialização do direito à saúde e dos demais direitos fundamentais, como forma de instrumento que o cidadão tem para efetivá-los, impõe ao Poder Judiciário que seja um instrumento hábil de resolução de conflitos.

³⁰⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.33.

Todavia, muitas são as críticas feita pela sociedade ao modelo tradicional de justiça, como a morosidade da resposta estatal, o custo do processo e a ausência de eficácia nas decisões, razão pela qual os limites e obstáculos surgidos ao efetivo acesso à justiça, explica o surgimento de novas formas de solução de conflitos, o que implica em uma nova acepção do acesso à justiça à medida que a sociedade evolui, conforme será detalhado a seguir.

3.1.1 O acesso à justiça: Da sua evolução e respectiva dimensão conceitual.

O direito ao acesso à justiça possui difícil conceituação, haja vista que, por acompanhar o progresso das relações sociais e da própria noção de justiça, possui numerosas acepções ao longo do tempo.

Neste contexto, no período contemporâneo, do Estado Liberal, compreendido entre os séculos XVIII e XIX, as Revoluções Francesa e burguesa influenciaram na luta contra a limitação do poder político, à época exercido pela monarquia.³⁰⁹ Tal limitação do poder do Estado, sob o enfoque da liberdade, dava-se tanto internamente, por meio da separação dos poderes, como externamente, reduzindo as funções estatais, por meio do princípio da legalidade.³¹⁰

Desta forma, considerando a filosofia individualista do período do Estado Liberal, a acepção do acesso à justiça era apenas formal, correspondendo ao direito de ingressar perante o Poder Judiciário com um pedido e contestar uma ação.³¹¹

Igualmente, neste período, os direitos fundamentais eram apenas visto apenas como um direito de defesa ou de liberdade, não decorrendo destes direitos qualquer prestação positiva por parte do Estado, de forma que, quando se falava em direito de liberdade, referia-se ao direito de acionar o Estado para se socorrer dele, haja vista que a autotutela não era permitida, não

³⁰⁹ DE SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e democracia**, v. 14, n. 1, 2013, p.74.

³¹⁰ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.29.

³¹¹ DE SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e democracia**, v. 14, n. 1, 2013, p.74.

cabendo, portanto, o sentido de que o direito de liberdade poderia ser imposto contra ato violador do Estado.³¹²

Assim, no sistema do *laissez-faire*, o acesso à justiça era apenas de aspecto formal, e não material, já que tal acesso à justiça somente poderia ser obtido por quem pudesse arcar com os custos do processo, quem não pudesse, ficaria à sua própria sorte, uma vez que o Estado não se preocupava em fornecer meios para os que necessitavam ingressar na justiça e não tinha recursos de custear o processo.³¹³

Com o desenvolvimento, em tamanho e complexidade, das relações sociais do sistema *laissez-faire*, que ressaltava ainda mais a desigualdade social e econômica, os fundamentos do Estado Liberal começaram a desmoronar, especialmente após a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX.³¹⁴

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, compreendida no final do século XIX e início do século XX³¹⁵, o Estado passou a adotar uma postura menos individualista e mais coletiva, e o conceito de direitos humanos passou por uma transformação radical, com base nas declarações de direitos, na qual reconhece os direitos e deveres do Estado.³¹⁶

Estes novos direitos humanos, os quais eram previstos nas Constituições modernas, tal como na Constituição Francesa de 1791, impuseram ao Estado uma postura mais proativa, no sentido de efetivar tais direitos, tornando-os acessível a todos.³¹⁷

O Estado que assume uma postura mais proativa para assegurar os direitos positivados nas Constituições Modernas foi denominado de Estado Social, bem como de Welfare State. A ampliação das funções do Estado resultou no reconhecimento de novos direitos e deveres sociais, de forma que o acesso à justiça, que antes era considerado apenas no seu aspecto formal

³¹² MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.204-205.

³¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

³¹⁴ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**.p.30.

³¹⁵ Idem, p.31.

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p. 10.

³¹⁷ ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. Acesso à justiça e a efetividade do processo. **TEMA-Revista Eletrônica de Ciências (ISSN 2175-9553)**, v. 8, n. 12, 2009, p.2.

de ingresso no Poder Judiciário, passa a ser material, como forma do indivíduo de garantir um direito reconhecido.³¹⁸

O acesso à justiça passa a ser, então, um instrumento necessário para a garantia dos direitos humanos, haja vista que não é o suficiente apenas reconhecê-los nas Constituições modernas, mas sim, é necessário que existam para os cidadãos instrumentos capazes de reivindicar tais direitos, proporcionando justiça social para todos, em uma duração razoável e no menor custo possível. Desta forma, a efetividade do acesso à justiça passa a ser uma grande preocupação e objeto de estudo para os processualistas.³¹⁹

Para os primeiros processualistas sobre o assunto, Cappelletti e Garth, às custas judiciais, às possibilidades das partes e a proteção dos direitos difusos eram os principais obstáculos para efetividade do acesso à justiça.³²⁰

Isto porque, com relação às custas judiciais, devido ao processo judicial ser bastante oneroso com os gastos processuais e honorários advocatícios, a parte economicamente fraca podia ser impedida de judicializar o seu direito por não ter condições de arcar financeiramente com o custo do processo, especialmente pois, quanto mais moroso for o processo, maior será o custo de manter o mesmo, o que tornava um verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça.³²¹

Já em relação às possibilidades das partes, Cappelletti e Garth entendia que não existia paridade entre os litigantes, já que alguns possuíam “vantagens estratégicas” em detrimento de outros, seja por possuir mais recursos financeiros, capacidade jurídica e posição social, ou, seja por ser um litigante habitual e possuir uma maior experiência de casos e convivência com os membros do Poder Judiciário, o que também tornava um obstáculo de acesso à justiça para aqueles que não usufruíam das chamadas “vantagens estratégicas”.³²²

O último obstáculo identificado por Cappelletti e Garth é o acesso à justiça dos direitos difusos, os quais por serem de natureza coletiva, possuíam bastante dificuldade de serem tutelados, posto que como o direito é de toda uma coletividade, ninguém teria a legitimidade de

³¹⁸ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.31.

³¹⁹Idem, p.31.

³²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p. 19-29.

³²¹Idem, p. 19.

³²² Idem, p. 21-24.

pleitear a ação em nome de tal coletividade, e, da mesma forma, se o cidadão ingressasse com uma demanda individual de um direito coletivo, o custo-benefício de propor tal demanda não compensaria para esse indivíduo, o que faria com que não houvesse um efetivo acesso à justiça para tutela dos direitos difusos.³²³

Diante dos obstáculos encontrados, Cappelletti e Garth propuseram soluções práticas para o efetivo acesso à justiça, os quais podem ser divididos, em sequência cronológica, em três posições básicas denominados de ondas de acesso à justiça: A primeira onda diz respeito a assistência judiciária, a segunda onda se refere a representação jurídica para os interesses difusos e a terceira onda é o próprio “enfoque de acesso à justiça”.³²⁴

A primeira onda se centrou na prestação de assistência judiciária para os pobres, com o objetivo de superar um dos principais obstáculos para o efetivo acesso à justiça que era às custas judiciais. A assistência judiciária possibilitou à população, além do ingresso de ação e do direito defesa custeadas pelo Estado, um maior conhecimento de seus direitos e quando recorrer ao Poder Judiciário para concretizá-los.³²⁵

A segunda onda tratou da representação jurídica para os interesses difusos, com a finalidade de suprimir o problema de acesso à justiça de direitos difusos, haja vista que no direito processual civil tradicional não havia legitimidade para indivíduos propor ação em nome de toda uma coletividade.³²⁶

A tutela dos direitos difusos foi importante na evolução do direito processual civil, uma vez que enfrentou questões como a legitimidade ativa, o papel do juiz, o contraditório, a citação e a coisa julgada que passou a incluir grupos e associações interessadas, não se limitando apenas às partes do processo.³²⁷

No Brasil, como reflexo da segunda onda do movimento de acesso à justiça, tem-se a publicação das leis de ação popular, de ação civil pública, do código de defesa do consumidor,

³²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p.26.

³²⁴ Idem, p. 31.

³²⁵ DE SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e democracia**, v. 14, n. 1, 2013, p.76.

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p.49.

³²⁷ DE SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e democracia**, v. 14, n. 1, 2013, p.76.

além do fortalecimento do Ministério Público e da abertura do controle de políticas públicas por meio do Poder Judiciário.³²⁸

Por sua vez, a terceira onda representa o enfoque ao acesso à justiça, o que não significa que se abandone as duas ondas anteriores, ao contrário, amplia-se o alcance do efetivo acesso à justiça, por meio do uso de mecanismos informais de soluções de conflitos, com participação de pessoas leigas e de instituições, além de reformas nos procedimentos e na estrutura dos tribunais, tudo com a finalidade de se prevenir o conflito ou possibilitar sua solução.³²⁹

O enfoque ao acesso à justiça reconhece a importância de se adequar o processo civil ao litígio, haja vista que, diante de uma sociedade complexa, vários são os conflitos existentes, motivo pelo qual se evidencia os obstáculos ao acesso, como também se percebe diferentes soluções eficientes.³³⁰

Portanto, a terceira onda demonstra a importância de se adotar um novo mecanismo para soluções dos litígios, uma vez que busca tornar o acesso à justiça mais efetivo, por meio de simplificação de procedimentos e adoção de técnicas extrajudiciais como alternativa ao Poder Judiciário.

Com as ondas renovatórias de acesso à justiça, cabe ao Estado dispor, ao lado das técnicas tradicionais e formais, de todos os outros meios adequados de resoluções de conflitos, que podem ser, inclusive, fora do Poder Judiciário.³³¹

Desta forma, na contemporaneidade, a efetividade do acesso à justiça não se relaciona apenas com o ingresso perante o Poder Judiciário, mas, sim, com às múltiplas soluções de litígios, que não necessariamente são judiciais, podendo ser garantidas por instrumentos extrajudiciais, na busca de garantir a efetivação de um direito tutelado e, por consequência, assegurar o direito efetivo à justiça.

³²⁸ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.35.

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Potro Alegre: Fabris, 1988, p.67-71.

³³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Potro Alegre: Fabris, 1988, p.71.

³³¹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.40.

3.1.2 Sistema de múltiplas portas: Da alternatividade à adequação da resolução de conflitos.

O sistema de múltiplas portas surgiu nos Estados Unidos, em 1976, durante uma palestra realizada pelo professor da Faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander, na conferência anual da Ordem dos Advogados (American Bar Association – ABA), a qual discutia a insatisfação com a máquina judiciária, decorrente do elevado número de conflitos levados aos Tribunais.³³²

Nesta palestra denominada de “Varieties of Dispute Processing”, o professor Frank Sander apresentou a noção do tribunal de múltiplas portas, que é um modelo multifacetado de resolução de disputas e atualmente usado em vários ambientes nos Estados Unidos e no exterior.³³³

Em síntese, a ideia defendida por Sander era de que o jurisdicionante deixasse de ter uma única “porta” para o acesso à justiça, que era o procedimento judicial, e passasse a ter um sistema de “portas”, que contam com vários procedimentos organizados pelo Estado, os quais poderiam ser mais adequados à disputa.³³⁴

Neste sentido, com o Tribunal Multiportas, o Poder Judiciário assume uma nova função, com a criação de centros de solução de conflitos aptos a conduzirem diversos tipos de procedimentos, cada qual com as suas especificidades, motivo pelo qual a escolha do procedimento se dá a partir da análise das características de cada conflito e das pessoas envolvidas nele.³³⁵

³³² PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.42.

³³³ SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, v. 5, n. 3, p. 667, 2008.

³³⁴ FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. 2022. **Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Programa de Mestrado Profissional em Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Orientador: Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério**, p.19.

³³⁵ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (orgs.). **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 281-319. p. 306-307

A análise das características do conflito é feita na sua fase inicial, por meio do processo de triagem, realizado pelo funcionário do tribunal, e, em seguida, o conflito é encaminhado para o procedimento mais adequado para sua resolução.³³⁶

Apesar de não haver uma padronização dos critérios utilizados na triagem, costuma-se analisar a natureza do conflito, o relacionamento entre as partes, os custos da demanda e a expectativa quanto ao tempo de resolução. A escolha de adotar determinado procedimento em detrimento de outro demonstra que a execução necessita de técnica, inclusive conhecer as possibilidades e limites de cada um destes procedimentos.³³⁷

Assim, compreende-se que o sistema multiportas é efetivo, eficiente e funcional. Efetivo, porque encaminha as partes para o tribunal mais adequado para solução do seu conflito. Eficiente, pois possibilita que as partes cheguem a uma solução com maior celeridade e menor custo. E funcional, haja vista que retira do Poder Judiciário as demandas que são mais adequadas aos métodos de resoluções de conflitos.³³⁸

A adoção do sistema de múltiplas portas configura um avanço para a estrutura judiciária, pois oferece às partes mais de uma solução para seu conflito³³⁹, além de possibilitar a eles uma maior liberdade para resolverem a disputa, trazendo como pontos positivos a celeridade, eficiência, efetividade e funcionalidade.³⁴⁰

Neste contexto, por ser mais célere, com menor custo e menos adversarial, o sistema de múltiplas portas passou a ser adotado como uma alternativa ao processo judicial, nascendo o movimento denominado de Resolução Alternativa de Disputas (RAD).

³³⁶ FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. 2022. **Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Programa de Mestrado Profissional em Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Orientador: Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério**, p.19.

³³⁷ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez**, p.44.

³³⁸ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 39-86. p. 81.

³³⁹ SILVA, Erica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 39

³⁴⁰ BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 226-255. p. 248.

Contudo, os métodos de resolução de conflitos não mais são vistos com o semblante da “alternatividade”, mas sim, da adequação, haja vista que a proteção dos direitos está entrelaçada com a adequação dos meios efetivos de acesso à justiça.³⁴¹

A palavra alternatividade induz a ideia de que os meios consensuais de resolução de conflito seria uma segunda opção em relação a primeira, que é o processo judicial, razão pela qual pode ser entendido como um meio duvidoso para o acesso à justiça. Somado a isso, o Código de Processo Civil também não admite que haja uma superioridade da via judicial sob as demais formas de solução de conflitos.³⁴²

A bem da verdade, o sistema de múltiplas portas é uma ampliação dos métodos de acesso à justiça, razão pela qual não se pode utilizar como um meio alternativo ao sistema judicial, até mesmo porque, o que se busca com esta ampliação é justamente que os litigantes escolham o método mais adequado para resolverem o seu conflito, e sendo assim, o termo mais correto a ser utilizado é “adequado”, e não “alternativo”.³⁴³

Assim, considerando que o acesso efetivo à justiça se dá pelo meio mais adequado de solução de conflitos, a via judicial deixa de ter prioridade, não sendo o único meio com aptidão para conduzir a uma pacificação social³⁴⁴, tendo em vista que há uma igualdade entre todos os meios legítimos, devendo ser utilizado o método mais adequado para o conflito.

Isso significa dizer que não se rechaça o processo judicial, pois, em alguns casos, esta é a melhor forma de se resolver o conflito, o que se afasta é a ideia de que este é o único método legítimo de se resolver a controvérsia. A legitimidade do meio está interligado com sua adequação ao conflito³⁴⁵, e sendo assim, deve-se compreender as vantagens e desvantagens de cada método para ser aplicado a cada tipo específico de um conflito, pois somente, desta forma, é que se conduzirá ao efetivo acesso à justiça.

³⁴¹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.**p.46.

³⁴² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016, p.63.

³⁴³ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 134

³⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 221.

³⁴⁵ COSTA E SILVA, Paula. **A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias**, p. 35.

A escolha inadequada do método de resolução de conflitos condena a prática consensual à falha, razão pela qual se justifica que não se trata de “meios alternativos de resolução de conflitos”, mas sim, de “meios adequados de solução de conflitos”, posto que é mais relevante que o meio adotado seja adequado para solução da controvérsia, do que buscar meios alternativos apenas para diminuir o elevado número de processos do Poder Judiciário, mas sem se preocupar com a tutela do direito de forma adequada.³⁴⁶

Isto posto, percebe-se que, no sistema de múltiplas portas, o método de resolução de conflitos a ser adotado pelas partes deve ser adequados à controvérsia, motivo pelo qual é imprescindível compreender a finalidade de cada meio de solução de conflitos, conforme se observa a seguir.

3.2 Meios adequados de resolução de conflitos.

Como visto, com a evolução da complexidade das relações sociais, o aumento do número de processos judiciais e a conseqüente insatisfação com o Poder Judiciário de dar resposta célere aos jurisdicionados, a ordem jurídica brasileira passou por um processo de evolução, ampliando a dimensão conceitual de acesso à justiça, no sentido de que este não se relaciona apenas com o ingresso pela via judicial, mas também com as múltiplas “portas” de soluções de litígios, devendo ser escolhido o meio mais adequado para cada tipo de conflito.

Considerando que a via judicial não é mais a única forma de resolução de conflitos, existindo outras formas que podem ser mais adequadas para se resolver a controvérsia, o sistema jurídico brasileiro, acompanhando a evolução social, trouxe no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), meios consensuais de solução de conflitos, os quais devem ser inclusive incentivados a sua prática, quando possível, durante o processo judicial, o que demonstra que existe mais de uma maneira

³⁴⁶ DA SILVEIRA, Bruna Braga; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas de descumprimento e execução— um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 264, n. 2017, p. 473-495, 2017.

de se chegar a solução satisfativa de uma demanda, conforme se observa nos próximos tópicos.³⁴⁷

3.2.1 Classificação

A classificação tradicional dos métodos de soluções de conflitos são divididos em três grupos: Autotutela, autocompositivos e heterocompositivos.

A autotutela é entendida quando o indivíduo resolve o conflito com “as próprias mãos”, agindo individualmente para garantir um lugar de vantagem em relação ao litígio. Por remontar à ideia de violência e justiça privada, a autotutela é, em regra, proibida, somente sendo admitida em casos excepcionais, como no caso do artigo 1.433, inciso II do Código Civil de 2002.³⁴⁸

Com a proibição da autotutela, os métodos de soluções de conflitos no Estado de Direito são classificados em autocompositivos e heterocompositivos. Tais métodos não são excludentes, podendo coexistir dentro do mesmo ordenamento jurídico, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, no entanto, o que se impõe, no máximo, é a utilização de um, ou, em determinadas situações, a proibição do outro, haja vista que a decisão da aplicabilidade dos métodos, dar-se-á, de acordo, com a natureza do conflito, relação entre os litigantes, o custo do processo e as provas produzidas, entre outras variáveis.³⁴⁹

Assim, os métodos autocompositivos, como o próprio prefixo da palavra traz – auto, que deriva do grego e significa “a si mesmo”, indica que são as próprias partes que chegam à conclusão da solução do conflito³⁵⁰, o qual ocorre quando há uma transição, renúncia ou reconhecimento do direito do outro, motivo pelo qual, nos métodos autocompositivos, a solução do conflito é sempre parcial, pois depende da vontade de um ou de ambas as partes.³⁵¹

³⁴⁷ PERPETUO, Rafael Silva et al. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo** | v. 24, n. 2, 2018, p.7.

³⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p.38.

³⁴⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez, p.49.

³⁵⁰ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Curitiba, Ano**, v. 3, 2018, p.14.

³⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

O método autocompositivo pode ser dividido em típico e atípico. Típico é quando as próprias partes resolvem um conflito, sem qualquer auxílio de um terceiro, e, sendo assim, são típicos, porque obedecem a etimologia da palavra autocomposição, que remonta à auto - “a si mesmo” e composição – “acordo”. Já o atípico, consiste quando há a presença de um terceiro, que atua como facilitador do diálogo, sem substituir a vontade das partes.³⁵²

Ademais, a autocomposição pode ser unilateral, quando uma das partes renuncia a pretensão ou reconhece o direito pleiteado pela outra parte, ou ainda, pode ser bilateral, que é quando, cada uma das partes, cede parcialmente seus interesses para chegarem a um comum acordo.³⁵³

Na autocomposição unilateral, a renúncia ao pedido pleiteado consiste quando a parte abdica de reivindicar o seu direito, pondo fim ao conflito, caso ocorra na fase endoprocessual, a ação será extinta com resolução do mérito, com incurso no artigo 487, inciso III, alínea “c” do CPC/2015, caso seja na fase pós-processual, a execução será extinta nos moldes do artigo 924, inciso IV, do CPC/2015.³⁵⁴

Quando a autocomposição unilateral se tratar de reconhecimento do direito pleiteado pela outra parte, isso significa que uma das partes se subordina ao pleito do adversário, de forma que, caso ocorra em fase de conhecimento do processo judicial, o reconhecimento é homologado pelo juiz, cujo extingue o processo com resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso III, alínea “a” do CPC/2015, caso ocorra em sede de execução, sendo a obrigação satisfeita, o magistrado extingue o feito, com base no artigo 924, II, do CPC/2015.³⁵⁵

Percebe-se então que, tal método pode ser utilizado extrajudicialmente, isto é, fora da esfera judicial, ou, judicialmente, dentro do processo. Caso seja aplicado judicialmente, a autocomposição pode ocorrer na fase pré-processual, antes da distribuição e início de fato do

³⁵² PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo Código de Processo Civil Brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 227.

³⁵³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p.46.

³⁵⁴ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez, p.49.

³⁵⁵ Idem, p.50.

processo; na fase endoprocessual, na pendência da ação e antes da sentença; ou ainda, na fase pós-processual, após a sentença, o que afeta a execução da sentença.³⁵⁶

Portanto, em suma, a autocomposição pode ser dividida em típico e atípico, quando há ou não a presença de um terceiro facilitador do diálogo, bem como pode ser dividida em unilateral, nos casos de renúncia ou reconhecimento do pedido formulado pela outra parte, e bilateral, nos casos de transação.

Com relação aos métodos heterocompositivos, como o próprio prefixo da nomenclatura traz – hetero, que deriva do grego e significa “o outro”, indica que há outra pessoa estranha e imparcial às partes que decide sobre o conflito, substituindo a vontade das partes, como no caso da arbitragem e da jurisdição.³⁵⁷

Denota-se então que, o método heterocompositivo não se confunde com o método autocompositivo atípico, haja vista que não é a presença do terceiro que determina o método a ser utilizado, mas sim, se este terceiro irá atuar, ou não, substituindo a vontade das partes, caso assim atue, trata-se do método heterocompositivo, caso contrário, trata-se do método autocompositivo atípico.³⁵⁸

Além disso, do mesmo modo que, o método autocompositivo, o método heterocompositivo é classificado em puro e híbrido. Puro é quando não há interferência do Poder Judiciário e híbrido é quando há.³⁵⁹

No caso dos métodos heterocompositivos, a modalidade pura é a arbitragem, enquanto a jurisdição é híbrida, haja vista a interferência do Estado-Juiz, mesmo que seja apenas para homologação do acordo. Em decorrência disso, não é incomum que se empregue o método heterocompositivo apenas para os casos de arbitragem, já que a figura do árbitro é escolhido

³⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 212.

³⁵⁷ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Curitiba, Ano, v. 3, 2018,p.14.**

³⁵⁸ Idem, p.15.

³⁵⁹ PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.50.**

pelas partes, todavia, considerando que o juiz togado é imparcial, não é correto falar de métodos heterocompositivos e não falar da jurisdição.³⁶⁰

Portanto, o método heterocompositivos pode ser dividido em puro, no caso da arbitragem, e em híbrido, no caso da jurisdição. A seguir, analisar-se-á as principais modalidades dos métodos autocompositivos e heterocompositivos.

3.2.2 Métodos autocompositivos

A autocomposição é a forma tradicional de solução de conflitos e opera por três métodos: Conciliação, mediação e negociação.

A conciliação ocorre na presença de um terceiro, o conciliador, e quando inexistente vínculo anterior entre as partes. O conciliador pode sugerir as soluções do litígio, mas não pode impor a sua vontade às partes.³⁶¹

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 preceitua no seu artigo 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.”³⁶²

Portanto, a conciliação objetiva alcançar o consenso entre as partes, que não possuem nenhuma outra relação anterior, tendo somente contato devido ao objeto da disputa. O resultado da conciliação é a transação entre as partes, que coloca fim ao conflito e permite que ambas as partes sigam sua vida com algum tipo de satisfação.³⁶³

³⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. 2. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 258.

³⁶¹ DE ASSIS, Wilson Pereira; DIAS, Bruno Smolarek. Alguns métodos para resolução consensual de conflitos (autocompositivos e heterocompositivos). **Conjecturas**, v. 21, n. 3, p. 776-798, 2021, p.786.

³⁶² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.

³⁶³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado da AASP: mediação e conciliação**, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014. p. 42

Por não possuir preocupação na manutenção de vínculo entre as partes, a conciliação consiste em um meio de solução de conflito célere, por não dizer, imediato, já que se busca apenas resolver o litígio.³⁶⁴

Por sua vez, a mediação ocorre na presença de um terceiro, o mediador, e quando existe vínculo anterior entre as partes. Nos termos do artigo 165, §3º do Código de Processo Civil de 2015, o mediador auxilia as partes 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, tudo no intuito de preservar o vínculo anterior existente.³⁶⁵

Diferente da conciliação, na mediação, o terceiro que atua como mediador não pode sugerir soluções para o conflitos, sua atuação está restrita ao de facilitador do diálogo, fazendo com que, cada uma das partes, entenda sua responsabilidade pessoal no conflito e ouça a outra parte, mas sempre deixando que tais partes decidam sobre qual solução adotar para resolver a disputa.³⁶⁶

Por se tratar de uma relação entre as partes anterior ao conflito, o papel do mediador é fazer também que os envolvidos entendam o caráter transitório da disputa para que possam continuar com uma relação continuada entre si. Assim, cabe ao mediador não apenas mediar o conflito, mas também a relação em si das partes para que, ao final, eles possam continuar mantendo a relação que possuem entre eles.³⁶⁷

A mediação possui como principal fundamento a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, e pode ser extrajudicial ou judicial. Na mediação extrajudicial, que ocorre sem qualquer interferência do judiciário, a câmara privada ou o mediador, que não precisa ter graduação, são escolhidos pelas partes para mediar a disputa. Na mediação judicial, o mediador é escolhido pelo próprio Tribunal e possui os requisitos de dois anos de formado e o curso de capacitação

³⁶⁴ BRAGA NETO, Adolfo. 2011. **A Mediação de Conflitos e Suas Diferenças com a Conciliação**. CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pelaconciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_20111.pdf>.

Acesso em: 24 dez.2022.

³⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.

³⁶⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. In: SPENGLER, F. M., BEDIN, G. A. (Org) Acesso à justiça, direitos humanos & mediação [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013, p. 212.

³⁶⁷ VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: guia para usuários e profissionais**. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001, p.48.

em mediação, caso não seja posto fim ao litígio pela mediação judicial, o processo continuará em curso, sendo a disputa resolvida pelo magistrado.³⁶⁸

Ressalta-se ainda que, tinha-se muita dificuldade em distinguir a mediação da conciliação, tendo tal diferença sido sanada após o advento do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei da mediação de nº 13.140, de 26 de junho de 2015, haja vista que a distinção entre os dois institutos é pressuposto para uma boa aplicação na solução de conflitos.³⁶⁹

Como visto, a principal diferença entre os dois métodos de resolução de conflitos é que, na conciliação, não existe relação entre as partes anterior ao conflito e o conciliador pode sugerir soluções aos envolvidos para pôr fim a disputa. Já na mediação, as partes possuem relação prévia ao conflito e o conciliador atua como facilitador do diálogo, mas não deve sugerir soluções.

Apesar da diferença entre as duas modalidades autocompositivas, a mediação e a conciliação são regidos pelos mesmos princípios, conforme dispõe o artigo 167 do Código de Processo Civil, são eles: Princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Além disso, possuem como objetivo em comum buscar solucionar o conflito de maneira mais célere, respeitando a autonomia da vontade das partes.³⁷⁰

Ademais, observa-se que o artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a realização da audiência de conciliação ou mediação antes mesmo do oferecimento da contestação, como forma de estimular as partes a autocomposição, deixando a solução judicial do conflito em última hipótese. A audiência de conciliação ou mediação só não será realizada, caso ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, pois se uma das partes mantiver o interesse na audiência de conciliação ou mediação, em detrimento da outra parte, prepondera sua vontade.³⁷¹

³⁶⁸ DE ASSIS, Wilson Pereira; DIAS, Bruno Smolarek. Alguns métodos para resolução consensual de conflitos (autocompositivos e heterocompositivos). *Conjecturas*, v. 21, n. 3, p. 776-798, 2021, p.789.

³⁶⁹ TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

³⁷⁰PACHECO, Rodrigo Da Paixão. Desjudicialização: conciliação e mediação no novo código de processo civil. *Revista Jus Navigandi, Teresina, ano*, v. 23, 2018,p.26.

³⁷¹ CAMBI, Eduardo; DE SOUZA, Fernando Machado. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. *Revista da AJURIS*, v. 44, n. 142, p. 129-154, 2017.

Somado a isso, o digesto processual prevê ainda no seu artigo 3º, §3, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos atores processuais, inclusive durante o curso do processo judicial.³⁷²

Percebe-se assim que, o legislador, apesar de impor a audiência de conciliação ou mediação antes do oferecimento da contestação, ainda impôs aos atores do processo o ônus de estimular as partes na composição consensual durante o curso processual, o que reforça a ideia de que a finalidade do Código é reforçar a vontade das partes, ao invés da imposição da sentença judicial pelo Estado-Juiz.

Portanto, indubitável que a conciliação e a mediação, além de assegurar a autonomia privada das partes, se aplicados corretamente, constituem meios eficientes para solucionar os conflitos da sociedade, de forma célere e econômica.

A última modalidade dos métodos autocompositivos abordado no presente estudo é a negociação, a qual consiste em um conjunto de técnicas empregado pelas próprias partes para se chegar à solução do problema, desta forma, na negociação, não existe a figura do terceiro alheio à disputa para auxiliar as partes a solucionarem o conflito.³⁷³

A negociação é aplicada em qualquer meio autocompositivo, ou seja, aplica-se a negociação tanto na conciliação como na mediação, haja vista que se busca que as partes cheguem a um consenso. Todavia, a diferença entre a negociação, a conciliação e mediação, é que, nestas duas últimas modalidades, há a presença de um terceiro imparcial ao conflito, enquanto na primeira não há, sendo as próprias partes responsáveis por chegarem ao comum acordo.³⁷⁴

A negociação pode ser dividida em distributiva e integrativa. Na negociação distributiva, também conhecida como competitiva, as partes competem entre si, “abrindo mão” para o

³⁷² Art. 3º, § 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.(BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.).

³⁷³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 49.

³⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 471-489, set. 2016. Versão digital – não há indicação da página.

acordo apenas de seus interesses secundários, buscando sempre o máximo de vantagem em relação a outra parte, pois não possuem perspectiva de relações futuras, sendo a informação, a principal moeda de troca e, normalmente, há escassez de tempo e de recursos.³⁷⁵

Já na negociação integrativa, também conhecida como colaborativa, as partes compartilham informações importantes, como a exposição dos motivos para um negócio e as restrições a determinadas resoluções, buscando opções que sejam vantajosas para ambas as partes.³⁷⁶

Desse modo, pôr as partes adotarem uma postura inflexível, não cedendo alguns interesses para outra parte na negociação distributiva, o acordo fica inviabilizado, o que pode se inferir que, a negociação integrativa é a mais justa, pois busca atender o interesse das partes envolvidas no acordo.

3.2.3 Métodos heterocompositivos

Os métodos heterocompositivos são aqueles que possuem a presença de um terceiro imparcial alheio ao conflito, mas que diferente dos métodos autocompositivos, a decisão deste terceiro substitui a vontade das partes. Entre os instrumentos heterocompositivos, tem-se a arbitragem e a jurisdição.

A arbitragem é normatizada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, bem como pelo artigo 3º, §1º do Código de Processo Civil de 2015, e funciona como uma espécie de jurisdição privada, uma vez que as partes escolhem um árbitro, o qual aprecia a controvérsia e impõe a eles uma decisão. Tal decisão possui eficácia de sentença judicial, razão pela qual não pode ser objeto de recurso.³⁷⁷

³⁷⁵ LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17 e 41.

³⁷⁶ WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 22.

³⁷⁷ DE ASSIS, Wilson Pereira; DIAS, Bruno Smolarek. Alguns métodos para resolução consensual de conflitos (autocompositivos e heterocompositivos). **Conjecturas**, v. 21, n. 3, p. 776-798, 2021, p.793.

A convenção das partes pela arbitragem afasta a controvérsia de apreciação pelo Poder Judiciário.³⁷⁸ O fato de o árbitro impor sua decisão aos conflitantes, inclusive com eficácia de sentença judicial e poder de coisa julgada, sem precisar ser homologada judicialmente, é o que difere dos métodos autocompositivos.

As partes podem convencionar pela arbitragem por meio de uma cláusula compromissória ou por meio de um compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção das partes por meio de um contrato escrito, o qual se comprometem a submeter possíveis litígios deste contrato ao juízo arbitral.³⁷⁹ Já o compromisso arbitral é a convenção por meio da qual as partes submetem um conflito à arbitragem de uma ou mais pessoas, sempre em número ímpar, haja vista que em caso de decisões diferentes, prevalece a decisão da maioria, e pode ser judicial ou extrajudicial.³⁸⁰

O compromisso arbitral judicial é celebrado por termo nos autos, na presença de um juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.³⁸¹ Já o compromisso arbitral extrajudicial pode ser realizado de modo particular, sendo necessário ser por escrito e conter a assinatura de duas testemunhas, ou pode ser ainda realizado por meio de instrumento público.³⁸²

Portanto, as partes convencionam pela arbitragem, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁷⁸ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130

³⁷⁹ Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1996a.)

³⁸⁰ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1996a.)

³⁸¹ Art. 9º, § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1996a.)

³⁸² Art. 9º, § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1996a.)

A convenção pela arbitragem afasta a apreciação pelo Poder Judiciário, todavia, nesta modalidade, a decisão do árbitro se sobrepõe sobre a vontade das partes, assim como na jurisdição estatal.

A jurisdição estatal é a atividade exercida pelo Poder Judiciário, quando acionado pelas partes, por meio do processo judicial, para dirimir conflitos intersubjetivos. Nesta modalidade, o Estado-juiz decidirá, ao final do processo judicial, pelas partes.³⁸³

O juiz é investido no cargo e na função pelo Estado, o qual lhe dar capacidade para exercer a função jurisdicional no processo judicial, a qual deve ser exercida com imparcialidade em relação às partes.³⁸⁴

Ao final do processo judicial, o juiz, após apreciar todos os argumentos e provas de fato e de direito, profere a sentença, que se traduz como sendo a manifestação do poder estatal e põe fim ao conflito.³⁸⁵

A atuação do Poder Judiciário permite que o Estado alcance os seus objetivos de pacificação social por meio de solucionar os conflitos com justiça, de educação dos indivíduos em relação aos seus direitos e respeito aos direitos de outrem, de soberania, de participação democrática dos cidadãos, de estabilidade das instituições, bem como no cumprimento das vontades da lei, já que isto está intrinsecamente ligado ao interesse público.³⁸⁶

Em suma, os métodos heterocompositivos são aqueles que possuem a presença de um terceiro imparcial que decide pelas partes. Entre tais métodos, tem-se a arbitragem e a jurisdição. A primeira é uma espécie de jurisdição privada, no qual as partes decidem levar o conflito para um juízo arbitral, já a segunda é a jurisdição do próprio Estado, que por meio do processo, aplica a lei ao caso concreto.

³⁸³ DE SOUSA LIMA, Vamberth Soares. A autotutela, a autocomposição e a heterocomposição: um breve histórico sobre os métodos de solução de conflitos Self-tutorship, self-Composition, and heterocomposition: a brief history of conflict resolution methods. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 11, p. 103689-103707, 2021, p. 103697.

³⁸⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: **Revista de Processo**, p. 33-40, 1990, p.34.

³⁸⁵ DE SOUSA LIMA, Vamberth Soares. A autotutela, a autocomposição e a heterocomposição: um breve histórico sobre os métodos de solução de conflitos Self-tutorship, self-Composition, and heterocomposition: a brief history of conflict resolution methods. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 11, p. 103689-103707, 2021, p. 103697.

³⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. 218-239.

Isto posto, após demonstrado os métodos de soluções de conflitos autocompositivos e heterocompositivos, busca-se, a seguir, as soluções de conflitos na gestão da saúde.

3.3 A busca das soluções dos conflitos na gestão da saúde.

Como estudado no capítulo 2, é cediço que o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado. Contudo, para a concretização deste direito, é necessário que a política pública de saúde seja bem adequada, financiada e estruturada, pois, caso contrário, a fragilidade e deficiência do sistema de saúde, faz com que os usuários busquem no Poder Judiciário garantir a proteção deste seu direito, gerando o fenômeno conhecido, atualmente, como judicialização da saúde.

Se por um lado o fenômeno da judicialização da saúde revela a exigência legítima dos cidadãos de garantir o direito à saúde tutelado pela Constituição Federal de 1988, por outro, expõe os problemas estruturais e deficiências do SUS para assegurar este direito, bem como demonstra que o Poder Judiciário não tem se mostrado o meio mais adequado e eficiente para resolver os conflitos sanitários que envolvem a complexidade das políticas públicas.³⁸⁷

Isto porque, enquanto o Poder Judiciário se preocupa, precipuamente, com o efetivo cumprimento das suas decisões, muitas vezes, a “qualquer custo” e sem considerar todo o sistema de política pública de saúde, os gestores da saúde, precisam conciliar as normativas do SUS, o subfinanciamento e as decisões judiciais a serem cumpridas.³⁸⁸

Ademais, com a crescente judicialização da saúde, o Poder Judiciário se encontra abarrotado de processos, não se mostrando um meio eficiente para dar resposta célere e satisfativa ao jurisdicionado.

Considerando os problemas enfrentados pelo SUS, como do subfinanciamento e das dificuldades estruturais, bem como o esgotamento e ineficiência do Poder Judiciário para

³⁸⁷ MARQUETO, Alessandra et al. Análise normativa da câmara permanente distrital de mediação em saúde CAMEDIS como instrumento de gestão na judicialização da saúde no Distrito Federal. 2021. f.12. **Dissertação (mestrado). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília. Orientadora: Miriam Ventura da Silva. Coorientadora: Marcela Alves de Abreu**

³⁸⁸ SANTOS, A. DE O. et al. (EDS.). **Coletânea direito à saúde**. 1ª edição ed. Brasília: CONASS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2018.

resolver os conflitos de saúde, que envolve as políticas públicas, tornou-se necessário a busca de meios adequados de solução de conflitos para a gestão da saúde.³⁸⁹

Entende-se como gestão em saúde a capacidade de lidar com conflitos, oferecer meios adequados para fazê-lo, diretrizes, quadros de referência para comparativo e ação das equipes nas organizações de saúde.³⁹⁰

Neste sentido, sabe-se que, no âmbito da saúde, várias são as relações interpessoais e interinstitucionais, e o diálogo perpassa por todas elas. O diálogo aplicado na área da saúde traz a ideia de consenso e participação democrática dos diversos atores do direito e da saúde, afastando a noção de exclusividade do Poder Judiciário para decidir sobre o direito à saúde.³⁹¹

A aplicação de métodos autocompositivos nos conflitos de saúde busca ampliar o acesso à justiça, garantido que seja assegurado o direito dos cidadãos, em concordância com as políticas públicas de saúde e os recursos estatais.³⁹²

Diante disto, analisar-se-á as políticas públicas e o impacto das recomendações do CNJ sobre adoção de meios adequados de soluções de conflitos, os instrumentos que podem ser adotados para auxiliar na desjudicialização da saúde e a gestão de conflitos para política pública de saúde.

3.3.1 Políticas públicas e os impactos das recomendações do CNJ

As políticas públicas são constituídas por planos, metas e diretrizes que a Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal executam, com o fito de atingir o bem-estar da sociedade e o interesse público.

³⁸⁹ SOARES, Adilson; CORDEIRO, Rogério Guimarães Frota. Mediação Sanitária: método alternativo de solução de conflitos no SUS. **BEPA. Boletim Epidemiológico Paulista**, v. 15, n. 171, 2018.

³⁹⁰ BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão do SUS. **O Humaniza SUS na atenção básica**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009a. 40 p. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humaniza_sus_atencao_basica.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022.

³⁹¹ DE GODOY, Miguel Gualano; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**, v. 59, n. 233, p. 117-133, 2022.

³⁹² MARQUETO, Alessandra et al. Análise normativa da câmara permanente distrital de mediação em saúde CAMEDIS como instrumento de gestão na judicialização da saúde no Distrito Federal. 2021. f.12. **Dissertação (mestrado). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília. Orientadora: Miriam Ventura da Silva. Coorientadora: Marcela Alves de Abreu**

Em outras palavras, as políticas públicas visam estabelecer, em certo grau, a igualdade socioeconômica através do orçamento público, o qual deve sempre levar em consideração os gastos e a receita. A partir da expansão das despesas, o Estado institui as políticas públicas, por meio de planos, metas e ação, resultante de processos políticos, sociais e culturais, para atender as questões da sociedade, como educação, saúde, transporte, segurança, acesso à justiça, entre outros.³⁹³

As políticas públicas consensuais impõe no processo de elaboração, de implementação e de execução de resultados, a redistribuição do poder político, o papel do litígio social no processo de tomada de decisão, a divisão das despesas e dos benefícios sociais.³⁹⁴

Em resumo, as políticas públicas se caracterizam como um processo que envolve a formulação, financiamento, implementação e avaliação dos resultados. Abrangem o poder e os litígios sociais no processo de tomada de decisão para plena efetivação em prol dos atores dela beneficiados. Possuem como denominador comum as desigualdades encontradas, que interagem entre si, exercendo influência uma sob a outra.³⁹⁵

Neste contexto, a formulação de uma política pública pressupõe a existência de um problema, que desperta a atenção do Estado e abrange todos os atores sociais de forma ampla. Desta forma, a crise da justiça é o ponto inicial para análise de uma política pública de tratamentos adequados de solução de conflitos.³⁹⁶

Neste sentido, a crise da justiça é ocasionada pelo crescimento desproporcional do número de processos no Poder Judiciário frente à sua estrutura disponível para resolvê-los. Isto porque, o aumento do número de processos gera uma morosidade na prestação jurisdicional, e, por consequência, provoca uma insatisfação dos jurisdicionados e diminui a confiabilidade da sociedade na Instituição. A morosidade processual implica em maiores custos para as partes, o que pode levar a parte economicamente mais fraca a desistir da ação ou aceitar acordos

³⁹³ MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o agir comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, v. 27, n. 2, 2018,p.233.

³⁹⁴ FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. f.51. 2022. **Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Paulista (UNESP), França. Orientador: Professor Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério.**

³⁹⁵ MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o agir comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, v. 27, n. 2, 2018,p.233.

³⁹⁶DE OLIVEIRA, Luthyana Demarchi; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, n. 2, p. 131-140, 2012, p.137.

desvantajosos. Até mesmo a parte vencedora da ação, em muitos casos, sente-se lesada devido ao longo tempo processual para ser reconhecido seu direito.³⁹⁷

Além disso, critica-se ainda as decisões interventivas do Poder Judiciário nas políticas públicas, porque, apesar de um lado proteger os direitos individuais e sociais, que não foram implementados pelo Poder Executivo e Legislativo, por outro, opõem-se às decisões políticas de poderes legitimados pelo povo na democracia representativa, desorganizando toda a política orçamentária anual.³⁹⁸

Em decorrência da crise da justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando a considerar a celeridade como um direito fundamental na resolução dos litígios, instituiu, por meio da Resolução de nº 125 de 2010, uma Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.³⁹⁹

A Resolução de nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estimulou os órgãos judiciários a oferecerem, além da solução adjudicada mediante sentença, 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.⁴⁰⁰

Para que fossem adotado pelos órgãos judiciários os meios consensuais de solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu no artigo 7º da sua Resolução de nº 125 de 2010⁴⁰¹, que os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), e no artigo 8º da mesma Resolução⁴⁰², preceituou ainda

³⁹⁷ LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. Meios alternativos à jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?. **Revista eletrônica direito e política**, v. 4, n. 3, p. 238-257, 2009, p.244.

³⁹⁸ HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011, p.259.

³⁹⁹ FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. f.51. 2022. **Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Paulista (UNESP), França. Orientador: Professor Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério.**

⁴⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez. 2010.

⁴⁰¹ “Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: [...]”- (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez. 2010.)

⁴⁰² Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores,

que os Tribunais também deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) possuem como atribuições: Desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses; planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede e firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Somado a isto, compete ainda aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC); promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos; criar e manter o cadastros dos conciliadores e mediadores, bem como regulamentar a remuneração destes profissionais.

Já os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) concentram a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos. Ademais, são unidades do Poder Judiciário e apesar do conteúdo do conflito tratado poder variar de acordo com cada Estado-membro, em regra, trata-se de assunto de competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária e de família.⁴⁰³

Ressalta-se que o Conselho Nacional de Justiça não se preocupou somente em renovar o Poder Judiciário com soluções de conflitos mais ágeis, pautado na celeridade, mas também procurou aperfeiçoar qualidade, celeridade, eficiência e efetividade dos serviços judiciários antes ou após o ajuizamento da demanda, quando instituiu a Resolução de nº 194 de 2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição.

bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. - (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez. 2010.)

⁴⁰³ FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. f.51. 2022. **Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Paulista (UNESP), França. Orientador: Professor Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério.**

Percebe-se que, as decisões judiciais precisam ser célere, todavia, não se pode olvidar de buscar o aperfeiçoamento e qualidade de tais decisões, sob pena de esvaziar o direito que se procura tutelar. Logo, para que se tenha o efetivo acesso à justiça, os princípios da efetividade e da razoável duração do processo devem ser, simultaneamente, respeitados.⁴⁰⁴

Por fim, a política pública de fomento de tratamentos adequados de solução de conflitos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se consolidou com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e com a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015), as quais reforçaram a importância da conciliação e mediação como meio adequado de resolução de conflitos dentro do Poder Judiciário.⁴⁰⁵

Com relação ao âmbito do direito à saúde, após a audiência pública realizada, em 2009, pelo STF para tratar as questões atinentes ao aumento das demandas judiciais, que envolviam o direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 30 de março de 2010, a Recomendação de nº 31, sugerindo que os Tribunais adotassem medidas, que visassem subsidiar melhor os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.⁴⁰⁶

Além da recomendação de nº 31, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, por meio da Resolução n. 107 de 06 de abril de 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde (FONAJUS),⁴⁰⁷ que visa elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos, que envolvam o direito à saúde.

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação de nº 100, de 16 de junho de 2021, sugere aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação. Na mesma

⁴⁰⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.467.

⁴⁰⁵ ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito. 2016. f.68. **Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Orientador: Dr. Carlos Alberto de Salles.**

⁴⁰⁶ DE JESUS, Thiago Allisson Cardoso; KZAM, Samuel Duarte. A Judicialização do Direito à Saúde e as Principais Medidas Tomadas pelo CNJ para a Resolução da Questão. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 01-22, 2016, p.16.

⁴⁰⁷ Idem, p.17.

recomendação, incentiva que os tribunais implementem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde(CEJUSC), para o tratamento adequado das questões de atenção à saúde.⁴⁰⁸

Atualmente, antes mesmo da Recomendação de nº100 de 2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já se verificam, em alguns Estados-membros, a institucionalização de instrumentos adequados de resolução de conflitos para desjudicialização da saúde e a regulamentação por instituições e gestores públicos para o funcionamento, conforme se observa a seguir.

3.3.2 Instrumentos para desjudicialização da saúde.

Diante da crescente judicialização da saúde, observou-se, ao longo dos últimos anos, algumas iniciativas de aproximação entre o sistema judiciário e o sistema sanitário, tais como: (i) A audiência pública de nº 04/2009 realizada pelo STF para discutir a judicialização da saúde; (ii) A Recomendação de nº 31 do CNJ de 2010, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando subsidiar melhor os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.; (iii) A Resolução de nº 107 do CNJ de 2010, que determinou a criação do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde (FONAJUS); (iv) A Resolução de nº 238 do CNJ de 2016, que 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; e (v) A Recomendação de nº 100 do CNJ de 2021, que recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde.⁴⁰⁹

Tais iniciativas possuem como finalidade solucionar o problema do fenômeno da judicialização da saúde, haja vista que este gera como consequência não somente o afogamento do Poder Judiciário em número de ações para o número de magistrados e servidores públicos, como também prejudica a própria política pública de saúde, à medida que causa desequilíbrio

⁴⁰⁸ DE CAMARGO OLIVA, Thaís; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação sanitária como política pública autocompositiva de acesso à justiça. **Revista Direitos Culturais**, v. 17, n. 43, p. 137-146, 2022, p.143.

⁴⁰⁹Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Direito à Saúde – Brasília: **CONASS**, 2015. ISBN 978-85-8071-023-6, p.89.

no orçamento público destinado ao SUS, desigualdade do acesso à saúde entre os usuários do SUS e enfraquecimento da prática do uso racional de medicamentos e da consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos.

A busca pela desjudicialização da saúde culminou na valorização e aplicação de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, uma vez que estes, por meio do diálogo e consenso, são aptos a atender o objetivo de alcançar a pacificação social e o acesso à justiça, de forma célere e eficaz.⁴¹⁰

Os meios consensuais de resolução de conflitos têm sido utilizados, de forma extrajudicial, no intuito de aumentar a possibilidade de sua atuação e efetivação do acesso ao direito à saúde. Isto viabiliza o conceito de juridicização das relações sociais, que é quando o conflito é debatido sob o aspecto jurídico, mas sem recorrer à judicialização.⁴¹¹

Ora, a adoção de mediação ou conciliação no âmbito judicial, ainda que em fase preliminar, na audiência designada para este fim, não afasta a demanda da máquina judiciária que se quer manter longe da discussão. Desta forma, o objetivo aqui proposto impõe a aplicação dos meios consensuais de resolução de conflitos, extrajudicialmente, como em espaços administrativos, onde o conflito entre paciente/autor e o gestor de saúde é mediado para evitar a ação judicial.⁴¹²

O SUS tem contado com a iniciativa do Ministério Público, Defensoria Pública, advogados da União, procuradores e gestores da saúde, para instituir espaços administrativos extrajudiciais, com a finalidade de ajudar a desjudicializar à saúde, por meio dos métodos autocompositivos, em especial a mediação.⁴¹³

Cumprir buscar conhecer algumas experiências exitosas de institucionalização da aplicação da mediação extrajudicial para resolver os conflitos de saúde. Todavia, não se

⁴¹⁰PACHECO, RODRIGO DA PAIXÃO. Desjudicialização: conciliação e mediação no novo código de processo civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano, v. 23, 2018,p.29.

⁴¹¹ASENSI FD. **Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios**. In: Nobre MAB, Silva RAD, coordenadores. Brasília: Fórum; 2013. p. 85-110. p. 105

⁴¹²SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des) judicialización de la salud: mediación y diálogos interinstitucionales. **Revista Bioética**, v. 25, p. 290-300, 2017, p.294.

⁴¹³SOARES, Flávia Dantas. A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários: um estudo dos anos de 2014 a 2016, p.50, 2017. **Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa. Universidade Federal Fluminense, Niterói. Orientador: Dr. Prof. Aluísio Gomes Da Silva Junior, Coorientador: Prof. Felipe Dutra Asensi.**

pretende esgotar todas as experiências existentes e muitas delas com resultados positivos. Apenas se buscar exemplificar a aplicação da mediação em saúde coordenadas por atores institucionais do sistema de justiça e gestores de saúde, com a participação ativa dos atores envolvidos.

O exemplo é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – CIRADS, no Rio Grande do Norte, o qual foi instituído, por meio de um termo de cooperação técnica firmado entre a Defensoria Pública da União no Rio Grande do Norte, a Procuradoria da União no Rio Grande do Norte, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria-Geral do Município de Natal, a Secretaria de Estado da Saúde Pública e a Secretaria Municipal de Saúde, com o objetivo de buscar uma solução administrativa para os casos concretos de conflitos em saúde, no qual o cidadão não conseguiu resolver diretamente com o SUS.⁴¹⁴

Assim, o CIRADS procurar dar um suporte administrativo aos conflitos de saúde que podem ser resolvidos de forma extrajudicial, além de oferecer uma alternativa aos conflitos que já foram judicializados.⁴¹⁵

De forma similar, foi instituída, em 2013, no Distrito Federal, por meio de Portaria conjunta nº01/2013 da Secretária de Saúde do DF e da Defensoria Pública do DF, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde - CAMEDIS, cujo objetivo é promover o diálogo, por meio da mediação, entre os gestores da rede pública do distrito federal e os usuários do SUS, sendo a Defensoria Pública do DF, o órgão responsável para atuar como mediadora entre as partes nas questões envolvendo às demandas por serviços de saúde do SUS no Distrito Federal.⁴¹⁶

Com a instituição da CAMEDIS, antes do ajuizamento da demanda, a Secretária de Saúde analisa se o medicamento requerido pelo usuário se encontra no protocolo do SUS, caso não se encontre, é oferecido outra proposta de tratamento terapêutico, fazendo com que o usuário participe ativamente do processo de decisão.⁴¹⁷

⁴¹⁴ QUEIROZ, Jules Michelet Pereira et al. A conciliação no direito público brasileiro: a experiência do CIRADS no Rio Grande do Norte. **Revista Direito e Liberdade**, v. 13, n. 2, p. 229-246, 2012.

⁴¹⁵ RIBEIRO, Weslley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 18, n. 3, p. 62-76, 2018 .p.72.

⁴¹⁶ Idem, p.71.

⁴¹⁷ SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des) judicialización de la salud: mediación y diálogos interinstitucionales. **Revista Bioética**, v. 25, p. 290-300, 2017, p.294.

Deste modo, entende-se que a CAMEDIS é uma estratégia extrajudicial para a desjudicialização da saúde e centra suas ações no fortalecimento do diálogo institucional, na construção de uma estrutura de métodos consensuais de resolução de conflitos em saúde e na participação ativa dos cidadãos na busca das soluções consensuais.⁴¹⁸

O último exemplo trazido nesta pesquisa é a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS no Estado do Rio de Janeiro, a qual foi instituída através de um convênio de cooperação entre o Estado do Rio de Janeiro, através da Procuradoria Geral do Estado, Secretaria Estadual de Saúde, Defensoria Pública Geral do Estado e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, juntamente com o Município do Rio de Janeiro, por meio de sua Procuradoria Geral do Município e da Secretaria Municipal de Saúde, e com a União Federal, representada pela Defensoria Pública da União (DPU), com o objetivo de articular o diálogo entre os atores importantes na efetivação do direito à saúde para buscar uma solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, evitando o ajuizamento de ações.⁴¹⁹

Assim, o funcionamento da CRLS se dá da seguinte forma, o usuário é atendido pela Defensoria Pública que, após verificar a sua hipossuficiência econômica e o requerimento de saúde, encaminha-o para o apoio técnico das secretarias de Saúde, as quais irão analisar a solicitação do usuário e tentar efetivar o direito à saúde pleiteado.⁴²⁰

Portanto, embora estes exemplos de institucionalização da adoção extrajudicial de meios consensuais de soluções de conflitos tenham tido bons resultados para desjudicialização da saúde, o certo é que a aplicação da gestão de conflitos não pertence ao Sistema Único de Saúde (SUS), e sendo assim, como os conflitos pertencem ao SUS, deve caber a ele resolvê-los por meio da implementação da gestão de conflitos no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para solucionar conflitos internos ao sistema e externos aos usuários.⁴²¹

⁴¹⁸ Idem, p.295.

⁴¹⁹ SOARES, Flávia Dantas. A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários: um estudo dos anos de 2014 a 2016, p.52, 2017. **Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa. Universidade Federal Fluminense, Niterói. Orientador: Dr. Prof. Aluísio Gomes Da Silva Junior, Coorientador: Prof. Felipe Dutra Asensi.**

⁴²⁰ Idem, p.52.

⁴²¹ DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 506-513, 2015.p.511.

3.3.3 A gestão de conflitos para política pública de saúde.

A constitucionalização do direito à saúde e os desafios enfrentados pelo Estado para prestar a todos o devido acesso à saúde tem causado um aumento do número de demandas judiciais, que envolvem os conflitos decorrentes da falta de efetivação deste direito. Este aumento expressivo do número de ações no Poder Judiciário é chamado de judicialização da saúde.

Para se ter noção, o Conselho Nacional de Justiça registra no seu Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, referente aos períodos entre os anos de 2020 e 2022, um total aproximado de 625 mil processos judiciais, que envolvem a saúde pública, e 371 mil processos referente a saúde suplementar, de forma que a maioria dos processos são ações individuais.⁴²²

Sem dúvidas, com a judicialização da saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS), enquanto política pública, tem sido afetado pelas decisões do Poder Judiciário, que causa desigualdade de acesso à saúde entre os usuários do SUS, enfraquecimento da prática do uso racional de medicamentos e da consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos, ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes e desequilíbrio orçamentário da política pública de saúde, uma vez que o deferimento de ações individuais desvia a verba orçamentária já predestinada para o SUS⁴²³.

Desta forma, o Poder Judiciário passou a ser um meio para efetivar o acesso ao direito à saúde, todavia, em decorrência da sua limitação da capacidade institucional e das diversas frentes de problemas que envolvem as políticas públicas de saúde, não é incomum a existência de decisões controversas, que violem os princípios da universalidade e igualdade do SUS.⁴²⁴

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça, ciente do problema da judicialização, criou e incentivou duas políticas públicas, quais sejam: 1) A Política Judiciária Nacional para a

⁴²² CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel> >. Acesso em: 02 jan. 2023.

⁴²³ DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

⁴²⁴ CASIMIRO, LIGIA; SOUSA, THANDERSON PEREIRA DE. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, p. 601-629, 2021, p.623.

Saúde, que estuda o fenômeno da judicialização da saúde e formas de solucioná-la; e 2) a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesse pelo Poder Judiciário, que foi instituída com a Resolução 125 do CNJ/2010, visando estimular a autocomposição, a cultura da pacificação social e assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.⁴²⁵

A partir destas políticas, foram instituídas algumas resoluções e recomendações por parte do CNJ, como a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário, o NATJUS, para auxiliar os juízes na tomada de decisões, nos processos que envolvem o direito à saúde. Todavia, vale ressaltar que o NATJUS é um instrumento acessório para atuação judiciária, e não um método adequado de conflitos.⁴²⁶

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, na sua recomendação de nº 100 de 2021, recomendou aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação.

Extrajudicialmente, em alguns estados do País, já se observou uma adoção da institucionalização de meio consensuais de solução de conflitos, tal como a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS) do Distrito Federal, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS) do Rio Grande do Norte e a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) do Rio de Janeiro.

Apesar de ter tido resultados positivos, contribuindo para desjudicialização da saúde, o Poder Judiciário e os atores institucionais se tornaram protagonistas, em detrimento das estratégias adotadas pela Administração Pública, que é a responsável pela concretização das políticas públicas, e pelo Poder Legislativo, que pode, dentro das suas funções, auxiliar na tutela e proteção da saúde.⁴²⁷

⁴²⁵ FILPO, Klever Paulo Leal; ASENSI, Felipe Dutra. Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro: Reflexões e Perplexidades a partir de uma Aproximação Empírica. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v.24, n.34, 2021. ISSN 2448-0517, p. 931.

⁴²⁶ RÊGO, Tâmara Luz Miranda. Medidas alternativas e a desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia. **Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito**, p. 149, 2017.

⁴²⁷ CASIMIRO, LIGIA; SOUSA, THANDERSON PEREIRA DE. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, p. 601-629, 2021, p.602.

Diante disto, reconhece-se a necessidade da Administração Pública, dentro de uma perspectiva juridicizante, instituir procedimentos de gestão de conflitos no âmbito das secretarias de saúde, em todos os níveis, para resolver os conflitos que resultam da implementação da política pública de saúde, o que gera como consequência em atos para proteção do direito à saúde.⁴²⁸

Entre os diversos mecanismos de gestão de conflitos, a exemplo da institucionalização extrajudicial de meios consensuais de resolução de conflitos, a mediação sanitária surge como o método autocompositivo para resolver os conflitos de saúde. Nas palavras da Maria Célia Delduque e Eduardo Vazquez de Castro⁴²⁹:

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

A adoção da mediação sanitária promove o diálogo entre os diversos atores envolvidos nos conflitos de saúde e privilegia a participação social na construção de soluções, na tentativa de satisfazer o direito do cidadão, não de forma individualizada, mas dentro de uma lógica interna ao SUS.⁴³⁰

Isto gera benefício para política pública de saúde, pois permite o aumento do protagonismo da Administração Pública na concretização do direito à saúde e do SUS, dar mais legitimidade para as decisões administrativas, no momento que é conversado com o cidadão sobre os limites clínicos e orçamentários do pedido por ele formulado, cria a cultura do diálogo

⁴²⁸ Idem.

⁴²⁹ DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 506-513, 2015,p.511.

⁴³⁰ DA CRUZ, Marco Túlio Thomé; DE NEZ, Brunna Agostini. A contribuição da mediação sanitária para a desjudicialização do direito à saúde. **Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, 2017,p.11.

e da participação social na busca da solução dos conflitos e reforça a estrutura e a autonomia do SUS, evitando decisões que violem suas diretrizes.⁴³¹

Portanto, a gestão de conflitos, em especial a mediação sanitária, para a política pública de saúde não promove apenas a desjudicialização, mas gera também economia em relação ao orçamento público destinado ao SUS, concentra as despesas para real efetivação das políticas públicas de saúde e, principalmente, busca melhorar o atendimento dos usuários do SUS, incluindo a maior participação deles na tomada de decisões.⁴³²

⁴³¹ CASIMIRO, LIGIA; SOUSA, THANDERSON PEREIRA DE. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, p. 601-629, 2021, p.623.

⁴³² SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des) judicialización de la salud: mediación y diálogos interinstitucionales. **Revista Bioética**, v. 25, p. 290-300, 2017, p.296.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988 reconheceu os direitos fundamentais como valores constitucionais supremos e os pautou como centro da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro. Ao lado dos direitos individuais e políticos, os direitos sociais, categoria que inclui o direito à saúde, compõe os direitos fundamentais e a cidadania, necessita ser implementado pelo Estado, a fim de que seja efetivado.

Sob os fundamentos axiológicos e constitucionais, tal como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, os direitos fundamentais possuem eficácia imediata e geram para seu titular a possibilidade de exigir judicialmente em face do Estado ou de outrem uma conduta comissiva ou omissiva, que a norma lhe impõe.

A titularidade individual e coletiva dos direitos fundamentais sociais coexistem, de forma que não se afasta a titularidade jurídica individual, devido a justiciabilidade deste direito pela esfera coletiva. Assim, o titular do direito à saúde, seja de natureza individual ou coletiva, pode judicializar a questão para garantir a plena efetivação do seu direito.

Dentro do contexto de que o direito à saúde impõem um dever ao Estado e não deve ser compreendido como uma simples normas programáticas, sem caráter obrigacional, vez que além de orientar as ações estatais, são passíveis de serem exigidas perante o Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988, para concretizar o direito a saúde, assegurou o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual, na condição de instituição pública, não pode ser objeto de reforma constitucional tendente a aboli-lo ou reduzi-lo, e deve ser implementado de acordo com os princípios e diretrizes previstos nos artigos constitucionais 198 a 200.

Em consonância com a Carta Magna, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi regulamentado pela Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), a qual no seu artigo 4º preceitua que o SUS é constituído por um “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 (...)”.⁴³³

⁴³³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da **saúde**, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 1990.

Considerando que a política pública pode ser compreendida como um conjunto de ações, metas e diretrizes, politicamente determinados e coordenados pelo Estado, para atingir o bem-estar social e o interesse público, denota-se pelo artigo 4º da Lei Orgânica da Saúde (LOS) que, o Sistema Único de Saúde (SUS) configura uma política pública.

A política pública de saúde representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído pelo acesso universal, integral e igualitário das ações e serviços de saúde em todos os níveis de assistência, com o objetivo de identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde, bem como assistir às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização articulada e contínua das ações assistenciais e das atividades preventivas.

A identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde se dá por meio da participação da sociedade e orientam as ações a serem tomadas para promover à saúde e prevenir doenças, motivo que para as tomadas de decisões políticas na esfera do Sistema Único de Saúde (SUS), é necessário a participação efetiva da sociedade.

O controle das políticas públicas de saúde pela sociedade civil acontece por meio da Conferência de Saúde, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) e das entidades empresariais com atividade na área de saúde, que representam o diálogo entre os gestores, profissionais da saúde e os usuários do sistema.

Neste azo, os Conselhos de Saúde possuem a função deliberativa, atuando na formulação de estratégias das políticas públicas de saúde, todavia, embora representem um instrumento importante para a prática de negociação entre o Estado e a sociedade civil, concluiu-se que não se pode afirmar que somente a presença, por si só, desses órgãos colegiados assegurem uma maior democratização das políticas de saúde.

Isto porque, não é incomum existir uma representação fragilizada por parte dos conselheiros de saúde, os quais não correspondem aos diversos grupos sociais que representam, não compartilham as decisões com os representados, tampouco possuem vínculo com suas bases sociais, o que esclarece a baixa participação da sociedade nos debates de saúde local e a incredibilidade quanto à capacidade dos órgãos colegiados participativos de melhorar a qualidade da saúde pública local.

Deste modo, para efetivação da participação e do controle social no Sistema Único de Saúde (SUS) é necessário haver uma forte representatividade entre conselheiros de saúde e representados, o que exige uma dupla conduta por parte dos conselheiros, que estes levem as demandas da comunidade local para o conselho de saúde e, vice-versa, levem as pautas do conselho para comunidade.

Para aumentar a divulgação das ações promovidas pelo Conselho de Saúde, facilitando o vínculo com a comunidade, o acesso à informação e a inclusão digital, mostram-se necessários para a democratização dos canais de diálogo entre os gestores, conselheiros e sociedade. O investimento na infraestrutura também é outro ponto importante para efetividade do controle social, posto que a ausência de espaços públicos nos órgãos colegiados também dificultam a comunicação e o acesso da sociedade.

Além da necessidade de maior participação e controle por parte da sociedade civil, o Sistema Único de Saúde (SUS), diante da sua extensão e complexidade, enfrenta ainda obstáculos para assegurar o direito à saúde para todos, e, por consequência, considerando a força normativa da Constituição e a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, o titular do direito à saúde passou a judicializar a política pública de saúde para garantir a plena efetivação do seu direito, o que ficou conhecido como o fenômeno da judicialização da saúde.

Entre as causas da judicialização da saúde, foram apontadas no presente estudo, sem querer esgotar o tema: O subfinanciamento, as lacunas assistenciais, as prescrições “off label”, a pressão empresarial para que o SUS incorpore novas tecnologias e medicamentos, a corrupção, a falta de resolutividade por parte dos SUS, ante as necessidades individuais e coletivas de saúde, e a ausência do dever de autocuidado por parte dos cidadãos.

Como consequências negativas desta judicialização, apontam-se: A desigualdade do acesso à saúde entre os usuários do SUS, o desequilíbrio orçamentário da política pública de saúde, a ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes e o enfraquecimento da prática do uso racional de medicamentos e da consolidação das premissas da Política Nacional de Medicamentos.

Desta forma, a judicialização da saúde não só gera obstáculos na efetivação da política pública de saúde, haja vista que coloca em risco todo o planejamento orçamentário para executar tal política, como também ocasiona uma crise no judiciário, em virtude do alto número

de processos para pouco número de magistrados, o que, por consequência, conduz a uma morosidade processual e dificulta a efetivação do acesso à justiça.

Em busca de garantir o acesso à justiça e promover a desjudicialização, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, por meio da Resolução de nº 125 de 2010, uma Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, visando estimular os órgãos judiciários a oferecerem, além da solução adjudicada mediante sentença, outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais.

De igual modo, o Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 334, prevê a realização da audiência de conciliação ou mediação antes mesmo do oferecimento da contestação, como forma de estimular as partes a realizarem a autocomposição no momento inicial do processo. Ainda de acordo com o artigo 3º, §3 do CPC/2015, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados, no curso processual, pelos atores processuais.

Sem dúvidas, o estímulo por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Código de Processo Civil de 2015 para adoção da prática de meios consensuais de resoluções de conflitos remonta a ideia de uma nova forma de acesso à justiça, na qual a vontade das partes é priorizada, ao invés da imposição da sentença judicial pelo Estado-Juiz.

Com relação as demandas de saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução de nº 107 do CNJ de 2010, criou o Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde (FONAJUS), e por meio da Resolução de nº 238 do CNJ de 2016, criou os Comitês Estaduais da Saúde, varas especializadas e Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS). Mais recentemente, por meio da sua Recomendação de nº100 de 2021, recomendou o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde.

A conduta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi louvável para tratar as demandas de saúde, especialmente porque, com as varas especializadas e o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS), reconhece-se a interdisciplinaridade existente nas ações de saúde, e, por consequência, as decisões judiciais, ao possuir maior respaldo técnico, ganham maior legitimidade entre as partes.

Entretanto, é necessário destacar que o NATJUS não é um meio consensual de resolução de conflitos, e sim, um instrumento que integra à atuação do Poder Judiciário, na medida que

profissionais qualificados na área da saúde oferecem fundamentos técnicos aos magistrados, no intuito de garantir maior segurança e legitimidades às decisões judiciais.

Ademais, apesar da importância dos esforços do Código de Processo Civil de 2015 e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para estimular a adoção de meios consensuais de resoluções de conflitos como nova forma de acesso à justiça, é forçoso reconhecer que, tal estímulo ocorre, sobretudo no âmbito judicial, o que implica dizer que, a judicialização não é evitada, tendo a máquina judiciária sido movimentada, ainda que tenha havido acordo já na audiência preliminar.

Por outro lado, quando os meios consensuais de resoluções de conflitos são adotados no âmbito extrajudicial, ocorre a juridicização das relações sociais, sendo o conflito debatido sob o aspecto jurídico, fora do Poder Judiciário, isto é, sem a judicialização.

O certo é que, independentemente de a adoção de meios consensuais de resoluções de conflitos ocorrer no âmbito judicial ou extrajudicial, o acesso à justiça não se relaciona mais apenas com o ingresso perante o Poder Judiciário, mas sim, com às múltiplas “portas” de soluções de litígios, devendo ser escolhido o meio mais adequado para cada tipo de conflito. As soluções não necessariamente são judiciais, podendo ser garantidas por instrumentos extrajudiciais, na busca de garantir a efetivação de um direito tutelado e, por consequência, assegurar o direito efetivo à justiça.

Todavia, a adoção dos novos meios de resolução de conflitos por parte do Estado enfrentou bastante dificuldade, mesmo este sendo o maior litigante do País, isto porque, acreditava-se que o Estado não poderia realizar acordos, em virtude dos princípios da indisponibilidade, da supremacia do interesse público, da isonomia e da publicidade.

Após analisar a compatibilidade entre a consensualidade administrativa e os princípios clássicos norteadores do direito administrativo, a presente pesquisa concluiu que o princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público não obstam a consensualidade por parte do poder público, haja vista que, com a administração consensual, o ato administrativo não deve se ater a uma legalidade restrita, mas sim, a uma legalidade sistêmica, inserida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º.

De igual modo, o princípio da isonomia não configura um entrave à consensualidade por parte da Administração Pública, ao contrário, quando se é respeitado tal princípio, a discricionariedade do administrador é reduzida em função da autovinculação administrativa, e, sendo assim, os acordos realizados com a Administração possuem uma maior previsibilidade e segurança jurídica.

No mesmo sentido, o princípio da publicidade, a qual todos os atos da Administração Pública são submetidos, não é um entrave para a consensualidade administrativa, mesmo considerando que o princípio da confidencialidade é o fundamento dos procedimentos de conciliação e de mediação. Isto porque, entende-se que há uma hierarquia entre os princípios, devendo prevalecer o princípio da publicidade, que possui patamar de norma constitucional, enquanto o princípio da confidencialidade possui patamar infraconstitucional.

Portanto, inexistem óbices à consensualidade administrativa, a qual surge como uma técnica que pode ser usada para uma gestão judiciária, como também pode ser utilizada pela Administração Pública, com o fito de se ter maior participação nas decisões em que figura como parte litigante, no sentido de possibilitar que a política pública não seja inviabilizada e possua uma maior efetividade.

Apesar da possibilidade da consensualidade administrativa, verificou-se que o Poder Judiciário e alguns atores institucionais se tornaram protagonistas na desjudicialização da saúde, em detrimento das estratégias adotadas pela Administração Pública, que é a responsável pela concretização das políticas públicas. Inexiste, no âmbito da política pública de saúde, procedimento interno de gestão de conflitos.

Como os conflitos ocorrem no Sistema Único de Saúde (SUS), seja internamente, em relação a organização e profissionais, seja externamente, no tocante aos usuários, reconhece-se a necessidade da Administração Pública, dentro de uma perspectiva juridicizante, instituir procedimentos de gestão de conflitos no âmbito das secretarias de saúde, em todos os níveis, para resolver os conflitos que resultam da implementação da política pública de saúde.

É intuitivo concluir que a gestão de conflitos, em especial a mediação sanitária, pode ser utilizada para a política pública de saúde, uma vez que não contribui apenas para desjudicialização, mas promove economia em relação ao orçamento público destinado ao SUS, concentra as despesas para real efetivação das políticas públicas de saúde e, principalmente,

busca melhorar o atendimento dos usuários do SUS, incluindo a maior participação deles na tomada de decisões.

Portanto, considerando que o Sistema Único de Saúde (SUS) para se tornar efetivo e resolutivo perpassa pela participação popular efetiva, a consensualidade buscada precisa ser estimulada como educação para a participação cidadã dentro dos Conselhos e Conferências de Saúde, haja vista que é preciso a adoção de uma nova postura da sociedade para resolver conflitos na área da saúde, afastando o modelo tradicional adversarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: contribuições da teoria normativa de Susan Sturm. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 2, p. 643-665, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, abr./jun. 2004. p. 63.

ARAÚJO, Thicianna da Costa Porto. Acesso à justiça e a efetividade do processo. **TEMA-Revista Eletrônica de Ciências (ISSN 2175-9553)**, v. 8, n. 12, 2009, p.2.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 134

ASENSI FD. **Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios**. In: Nobre MAB, Silva RAD, coordenadores. Brasília: Fórum; 2013. p. 85-110. p. 105

ASENSI, Felipe Dutra. A Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110. ISBN 978-85-7700-735-6.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista trimestral de direito público**, v. 24, p. 2, 1999. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61083315/humerto_avila20191031-120102-6ycyzl-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1669665344&Signature=dg-wmEHO2uXOLHExlQLBkFI7pnADoayB70U0B0M3FcsxBwnbQQ2hCCChvbrmClGBeWVN gDIIj8pEHGxJIah02bUOg~u5m8fKW~OyeMo8fpVXVDstfhU6FY5Kg5EK2BM1~ZM97iE Ax2AlbI4aN3~j3WKjT53rTRGtNsmKCTjeyvmMsCr9p1Q4tr0Mmivg71cC3YRW05ahPnCl XkdD8hk6IwtevYyWgalrof3kVylroj4rTj25q4Vduxohiy6qqyIrrdd8z1JuFs5RhxGmuae7-geLc~fhlz4G--3FUW8MNjO9m5ULGNkbe0jmiIA3lralVYZ-7UBZR-WofH7fkpTaM6A__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 24 nov.2022.

BAPTISTA, Isabelle de et al. A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como resgate dos direitos fundamentais. 2010. Dissertação (**Mestrado – Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória**)–Vitória.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. p. 226-255. p. 248.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. 2017. Convenções processuais e poder público. 2016. **Tese (doutorado)**. Universidade Federal da

Bahia. Programa de Doutorado em direito. Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior. p.30.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 45.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. **Disponível em:** < <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 10 fev.2021.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança et al. O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **CADERNOS IBERO-AMERICANOS DE DIREITO SANITÁRIO**, v. 5, n. 1, p. 102-121, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130

BRAGA NETO, Adolfo. 2011. **A Mediação de Conflitos e Suas Diferenças com a Conciliação. CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pelaconciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_20111.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Direito à Saúde – Brasília: CONASS**, 2015. ISBN 978-85-8071-023-6, p.89.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2022.)

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro De 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União**, 9 set.1942.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselhos de saúde: a responsabilidade do controle social democrático do SUS / Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013.p.8.**

BRASIL. Portaria MS/GM nº 1034, de 5 de maio de 2010. Dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do sistema único de saúde. **Diário Oficial da União**, 2010.

BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão do SUS. O Humaniza SUS na atenção básica**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009a. 40 p. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humaniza_sus_atencao_basica.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do

Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 8 out. 2009a.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Lei Orgânica da União. **Diário Oficial da União**, 11 fev. 1993^a.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015a.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, 24 set. 1996a.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, 29 jun. 2015a.

BRASIL. Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 jul. 2016a.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de fevereiro de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Diário Oficial da União**, 11 jul. 1997a.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da **saúde**, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 1990.

BRAVO, Maria Inês Souza et al. Política de saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional**, v. 3, p. 1-24, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. 1996, p.12.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 471-489, set. 2016. Versão digital – não há indicação da página.

CABRAL, Flávio Garcia. A efetivação do princípio da boa administração pública pela atuação da Advocacia-Geral da União. **Publicações da Escola da AGU**, v. 10, n. 03, 2018, p.93.

CAMARGO JUNIOR, K.R. As armadilhas da "concepção positiva de saúde". *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, 2007.

CAMARGO-BORGES, Celiane; JAPUR, Marisa. Sobre a (não) adesão ao tratamento: ampliando sentidos do autocuidado. **Texto & Contexto-Enfermagem**, v. 17, p. 64-71, 2008.

CAMBI, Eduardo; DE SOUZA, Fernando Machado. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. **Revista da AJURIS**, v. 44, n. 142, p. 129-154, 2017.

CAMBI, Eduardo; DE SOUZA, Fernando Machado. A disponibilidade do interesse público no novo código de processo civil e o princípio da eficiência na administração. **Revista da AJURIS**, v. 44, n. 142, p. 129-154, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Potro Alegre: Fabris, 1988, p. 09.

CARDOSO, Kelly; VOLPI, Elon Kaleb; FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser. O Custo Do Processo: Eficiência, Indisponibilidade Do Interesse Público E Análise Econômica Do Direito. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, v. 6, n. 2, p. 36-53, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: **Revista de Processo**, p. 33-40, 1990, p.34.

CASIMIRO, LIGIA; SOUSA, THANDERSON PEREIRA DE. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, p. 601-629, 2021, p.623.

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. **Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais na área da saúde**. 2012. Dissertação (mestrado). **Faculdade Getúlio Vargas (FGV)..Programa de Mestrado Profissional. Orientador: Dr. Leandro Molhano Ribeiro**.p.39.

CAZELLI, Vinícius Ribeiro. **Limites à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**. Editora Dialética, 2021.

CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Desjudicialização do direito à saúde: a experiência do Estado do Ceará na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais. 2019. Dissertação (mestrado). **Universidade Federal do Ceará (UFC).Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: Dr. Felipe Albuquerque Braga**

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,cursel> >. Acesso em: 02 jan. 2023.

COELHO, Juliana Sousa. Construindo a participação social no SUS: um constante repensar em busca de equidade e transformação. **Saúde e Sociedade**, v. 21, p. 138-151, 2012.

COHN, Amélia. **O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos**. In: CAMPOS, GWS; BONFIM, JRA; MINAYO, MCS; AKERMAN, M; DRUMOND Jr, M; CARVALHO, YM. (Orgs.) **Tratado de Saúde Coletiva**. 2a. Ed. - São Paulo: Hucitec, 2017.p.244.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, p. 1-14, 1º dez. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Publicada em: 07 abr. 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>. acesso em 28/10/2022.

CORREA, Ofelia Tobón. El autocuidado una habilidad para vivir. **Hacia la promoción de la salud**, v. 8, p. 38-50, 2003.

CORREIA, M. V. C. O Controle Social na Política de Saúde Brasileira Frente às Orientações dos Organismos Financeiros Internacionais. *Sociedade em Debate*, v. 13, n. 2, p. 121-136, 2012.

COSTA E SILVA, Paula. **A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias**, p. 35.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 39-86. p. 81.

DA CRUZ, Marco Tulio Thomé; DE NEZ, Brunna Agostini. A contribuição da mediação sanitária para a desjudicialização do direito à saúde. **Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia**, 2017, p.11.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **The Observatory of Social and Political Elites of Brazil**, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>> . Acesso em: 21 nov. 2022.

DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; STRADA, Ana Isabel Modena. Apontamentos acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 4, n. 8, p. 45-56, 2006.

DA SILVEIRA FERNANDES, Geovana Faza; DA SILVA GUÉRCIO, Bruna Moura. A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público. **GRUPO MULTIFOCO**, p. 247.

DA SILVEIRA, Bruna Braga; MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas de descumprimento e execução— um panorama sobre meios alternativos de solução de conflitos e o processo de execução no novo CPC. **Revista de Processo**, v. 264, n. 2017, p. 473-495, 2017.

DE ANDRADE VILLAÇA, Eduardo Antônio; CAMELO, Michele Cândido. **A Defensoria como agente na mediação de conflitos**. p. 247-268. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015 apud SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça, p.266.

DE ASSIS, Wilson Pereira; DIAS, Bruno Smolarek. Alguns métodos para resolução consensual de conflitos (autocompositivos e heterocompositivos). **Conjecturas**, v. 21, n. 3, p. 776-798, 2021, p.786.

DE CAMARGO OLIVA, Thaís; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação sanitária como política pública autocompositiva de acesso à justiça. **Revista Direitos Culturais**, v. 17, n. 43, p. 137-146, 2022, p.143.

DE CARVALHO, André Luís Bonifácio et al. Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 4, p. 117-134, 2020.

DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira; DE ASSIS SOUZA, Gustavo. A desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 345-372, 2020.

DE FARIA BAPTISTA, Tatiana Wargas; MACHADO, Cristiani Vieira; DE LIMA, Luciana Dias. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência e saúde coletiva**, 2009, p.838.

DE GODOY, Miguel Gualano; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa**, v. 59, n. 233, p. 117-133, 2022.

DE JESUS, Thiago Allisson Cardoso; KZAM, Samuel Duarte. A Judicialização do Direito à Saúde e as Principais Medidas Tomadas pelo CNJ para a Resolução da Questão. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 01-22, 2016, p.16.

DE LIMA, Verônica; DO NASCIMENTO, José Osório; BERCLAZ, Marcio Soares. A judicialização da assistência farmacêutica e o princípio da resolutividade no âmbito do SUS. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 23, p. 92-117, 2015.

DE OLIVEIRA, Luthyana Demarchi; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como política pública de fortalecimento da democracia participativa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, n. 2, p. 131-140, 2012, p.137.

DE SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e democracia**, v. 14, n. 1, 2013, p.74.

DE SOUSA LIMA, Vamberth Soares. A autotutela, a autocomposição e a heterocomposição: um breve histórico sobre os métodos de solução de conflitos Self-tutorship, self-Composition, and heterocomposition: a brief history of conflict resolution methods. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 11, p. 103689-103707, 2021, p. 103697.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde em Debate**, v. 39, p. 506-513, 2015, p.511.

DELGADO, Guilherme Costa; JACCOUD, Luciana de Barros; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 3, p. 59-99, 2016, p.63.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I. p. 221.

DOS SANTOS, Maria Angelica Borges et al. O papel da Advocacia Geral da União na judicialização das políticas de saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 421-430, 2013, p.423.

ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 385-434.

FALEIROS, Maísa Martins. A conciliação e a mediação como políticas públicas para a efetivação do acesso à justiça e para a concretização do direito à cidadania. 2022. **Dissertação (mestrado)**. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Programa de Mestrado Profissional em Planejamento e Análise de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Orientador: Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, p.19.

Fernandes VC, Spagnuolo RS, Nascimento EN. Percepção de conselheiros de saúde sobre acesso às informações e inclusão digital. *Saude Soc.* 2017; 26(1):218-228.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Direito fundamental à saúde: a questão de sua exigibilidade. São Paulo, 2015. 90 f. **Dissertação (Mestrado – Programa de pós-graduação em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**.

FILPO, Klever Paulo Leal; ASENSI, Felipe Dutra. Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Rio de Janeiro: Reflexões e Perplexidades a partir de uma Aproximação Empírica. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro.v24, n.34,2021. ISSN 2448-0517, p. 931.

FINKELMAN, Jacobo (Org.) Caminhos da saúde pública no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

Fleury S. Judicialização pode salvar o SUS. **Revista Saúde em Debate**. 36 (93):159-16, 2012 [Acesso em 11 jun 2021]. 2. Disponível em: http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf

FLEURY, Sonia; OUVENEY, Assis Mafort. Política de Saúde: uma política social. Giovanella L, Escorel S, Lobato LVC, Noronha JC, Carvalho AI, organizadores. **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, p. 23-64, 2008.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a prática dos diálogos institucionais no âmbito da concretização do direito à saúde. Brasília, 2014, p.35. **Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Universidade de Brasília**.

GARCIA, Luis Henrique Costa; DE OLIVEIRA CARDOSO, Nicolas; DO NASCIMENTO BERNARDI, Cláudia Maria Canestrine. Autocuidado e adoecimento dos homens: uma revisão integrativa nacional. **Revista Psicologia e Saúde**, v. 11, n. 3, p. 19-33, 2019.

GOMES, José Felipe de Freitas; ORFÃO, Nathalia Halax. Desafios para a efetiva participação popular e controle social na gestão do SUS: revisão integrativa. **Saúde em Debate**, v. 45, p. 1199-1213, 2021.

GONDIM, Caroline Moreira. Plataforma digital como ferramenta de resolução de conflitos e otimização na prestação de serviços públicos de saúde: Um instrumento de informação, transparência e participação popular. 2019. 17f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva.**

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 49.

GUIMARÃES, Reinaldo. Incorporação tecnológica no SUS: o problema e seus desafios. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 19, p. 4899-4908, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v.14, n.14, Curitiba, p.618-688, jul./dez.2013.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif contenant le droit public et le droit administratif**. L. Larose & Forcel, 1893.p.133.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: Incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. **Revista da ESDM**, v. 4, n. 8, p. 125-143, 2018, p.133.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011, p.259.

INSPER. **Judicialização da saúde no brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução:CNJ,2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>.Acesso em:22out.2022.p.19.

JÚNIOR, Aylton Paulus; JÚNIOR, Luiz Cordoni. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde, Londrina**, v. 8, n. 1, p. 13-19, 2006.

JÚNIOR, William Paiva Marques. Modulação de políticas públicas sanitárias do poder executivo pelo supremo tribunal federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 6, n. 1, p. 2, 2020.

KIRCHNER, Felipe et al. A vez das soluções consensuais de conflitos e o papel da Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 11, p. 157-214, 2015,p.187.

LANGDON, Esther Jean; DIEHL, Eliana E. Participação e autonomia nos espaços interculturais de saúde indígena: reflexões a partir do sul do Brasil. **Saúde e sociedade**, v. 16, p. 19-36, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.33.

LEAL, Mônia Clarrissa Hennig; KOHLS, Cleize Carmelinda. Os possíveis reflexos da corrupção na análise do princípio da reserva do possível, quando da atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17 e 41.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. Meios alternativos à jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?. **Revista eletrônica direito e política**, v. 4, n. 3, p. 238-257, 2009, p.244.

LISBOA, Edgar A. Conselhos locais de saúde: caminhos e (des) caminhos da participação social no Sistema Único de Saúde. 2014.f.46. Dissertação (Mestrado). **Universidade Federal do Espírito Santo, programa de Pós- graduação em Saúde Coletiva. Orientador: Prof.ª Dr.ª Francis Sondré**

LISBOA, Edgar Andrade et al. Conselhos locais de saúde: caminhos e (des) caminhos da participação social. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 14, p. 679-698, 2016.

LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Hamuri. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 41, p. 199-228, jul./dez. 2013

LUCCHESI, Patrícia T. R. Políticas públicas em Saúde Pública / Patrícia T. R. Lucchese, coord., Dayse Santos Aguiar, Tatiana Vargas, Luciana Dias de Lima, Rosana Magalhães, Giselle Lavinias Monerat. **São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2002.**

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (orgs.). **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 281-319. p. 306-307

MACEDO, Maiara Batalini de et al. A judicialização da saúde pública e o diálogo institucional: os espaços interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde. 2016. **Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientador: do Prof. Dr. Diego Nunes**.p,51.

MACHADO, F R S. A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias. [Tese] [Internet]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva do Estado do Rio de Janeiro; 2010. [Acesso em 11 jun. 2021]. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349808773.pdf

MADUREIRA, Claudio Penedo. Advocacia pública: Órgão do Estado ou do Poder Executivo?. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 2, p. 1155-1174, 2016, p. 1170

Máfia das próteses: Justiça do DF condena 12 envolvidos por organização criminosa. **G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/09/01/mafia-das->

proteses-justica-do-df-condena-12-pessoas-por-organizacao-criminosa.shtml >. Acesso em 25 out. 2022.

MAGALHÃES, Fernanda Gabriela Gandra Pimenta; XAVIER, Wescley Silva. Processo participativo no controle social: um estudo de caso do conselho municipal de saúde de Juiz de Fora (MG). **REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)**, v. 25, p. 179-212, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. 2. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. p. 258.

MARIANO, Cynara Monteiro; PEREIRA, Fabricia Helena Linhares. Mais um obstáculo ao SUS: o caso dos planos de saúde populares. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 72, p. 115-132, 2018.

MARINONI, L. G. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.204-205.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 330.

MARQUETO, Alessandra et al. Análise normativa da câmara permanente distrital de mediação em saúde CAMEDIS como instrumento de gestão na judicialização da saúde no Distrito Federal.2021. f.12. **Dissertação (mestrado). Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Brasília. Orientadora: Miriam Ventura da Silva. Coorientadora: Marcela Alves de Abreu**

MARTINS, Janete Rosa. A mediação e o agir comunicativo para o entendimento e a deliberação como política pública na gestão dos conflitos. **Revista Paradigma**, v. 27, n. 2, 2018,p.233.

MATTOS, Ruben Araujo de. Princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) e a humanização das práticas de saúde. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, v. 13, p. 771-780, 2009.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Curitiba, Ano**, v. 3, 2018,p.14.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, v. 189, 1992, p. 103.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 82, p. 1-30, jul./dez. 2015. p. 25.

MELLO, Érico Marques de. Além da Justiça: Entre a dignidade da Pessoa humana e a “vida nua”. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a9a1d5317a33ae8c>>. Acesso em: 29 maio 2021. [Advogado em Brasília. Mestre pela FADISP. Vinculado ao programa de pós-graduação internacional da Universidade Nacional de Buenos Aires (UBA)].

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./dez., 2010, p. 7. Disponível em: < https://www.researchgate.net/profile/Paulo-Modesto/publication/47723066_Autovinculacao_da_administracao_publica/links/553791bd0cf268fd0018a52b/Autovinculacao-da-administracao-publica.pdf>. Acesso em: 26 nov.2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.467.

MORAES, Guilherme Penã de. **Direitos Fundamentais: Conflitos e Soluções**. Niterói, RJ: Frater et labor, ano 2000, p. 66.

MOURA, Marx Rodrigues de. A disputa pelo direito à saúde na contemporaneidade: uma análise da defesa de interesses nas Plenárias Nacionais de Conselhos de Saúde, Entidades e Movimentos Sociais e Populares. 2018.f.43. **Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, programa de Pós- graduação em Serviço Social. Orientadora: Prof.ª Dr.ª Mônica Rodrigues Costa.**

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de direito administrativo**, v. 231, p. 129-156, 2003.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 67, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em: 21 nov.22.

NOBRE, Patricia Fernandes da Silva. Prescrição Off-Label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 3, p. 847-854, 2013.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Políticas e sistemas de saúde no Brasil**. 2012. p. 435-472.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; DE LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

NUNES, Avelã. **Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 73-135, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes administrativos no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 1, p. 135-154, 2019, p.142.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Orient. Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR**, 2006, p.209.

PACHECO, Rodrigo Da Paixão. Desjudicialização: conciliação e mediação no novo código de processo civil. **Revista Jus Navigandi, Teresina**, ano, v. 23, 2018,p.26.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. SciELO-Editora FIOCRUZ, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. **Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). Programa de Doutorado. Orientador: Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.** p.26.

PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita Goreti. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. **Revista de salud pública**, v. 14, p. 340-349, 2012.

PARAHYBA, Caroline de Paula Cavalcante. Autorização ou exploração do trabalho infantil artístico? Análise da constitucionalidade sob o prisma do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. In: Francisco Gérson Marques de Lima. (Org.). *Relações de Trabalho Contemporâneas da uberização à COVID-19*. 1ed.Fortaleza: Editora Premium, 2020, v. 1, p. 93.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo Código de Processo Civil Brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 227.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; VENTURA, Miriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 2405-2414, 2010.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Funções administrativas de implementação, controle de decisões administrativas e proteção de direitos**. Br.Geléia.Perna.Studies 10, Forthcoming,2020a.

PERPETUO, Rafael Silva et al. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo** | v, v. 24, n. 2, 2018,p.7.

PIERONI, Fabrizio de Lima et al. A consensualidade e a administração pública: a autocomposição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr. Anselmo Pietro Alvarez.p.91.**

QUEIROZ, Jules Michelet Pereira et al. A conciliação no direito público brasileiro: a experiência do CIRADS no Rio Grande do Norte. **Revista Direito e Liberdade**, v. 13, n. 2, p. 229-246, 2012.

QUINT, Gustavo Ramos da Silva et al. A lógica do consenso na administração pública e o artigo 26 da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: alcance, limites e possibilidades. 2019. **Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Programa de Mestrado Acadêmico. Orientador: Dr.José Sérgio da Silva Cristóvam .p.25**

RÊGO, Tâmara Luz Miranda. Medidas alternativas e a desjudicialização da saúde: uma análise da situação no Estado da Bahia. **Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito**, p. 149, 2017.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde. **Curso de Especialização em Saúde da Família–UNA-SUS, UNIFESP, 2012.**

RIBEIRO, Weslley Carlos. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 18, n. 3, p. 62-76, 2018 ,p.72.

ROCHA, Rose Rocha. Corrupção: os efeitos deletérios sobre as políticas de saúde. **Universitas Jus**, v. 27, n. 3, 2016.

SÁ, Laisa Naiara Euzébio. A perspectiva dialógica na garantia do direito à saúde: análise de uma iniciativa da Defensoria Pública articulado às gestões municipais de saúde no estado do Rio de Janeiro. 2022. **Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Orientador: Prof. Dr. Felipe Dutra Asensi.**p.41.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse. **University of St. Thomas Law Journal**, v. 5, n. 3, p. 667, 2008.

SANTOS, A. DE O. et al. (EDS.). **Coletânea direito à saúde**. 1ª edição ed. Brasília: CONASS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2ª edição. São Paulo: Ática, 1994, p.18.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144. ISBN 978-85-7700-735-6.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, p. 205-228, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª-edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.73.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 125-172, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

SARTORI D, Leivas P G C, Souza M V, Krug B C, Balbinotto G, Schwartz I V D. Judicialização do acesso ao tratamento de doenças genéticas raras: a doença de Fabry no Rio

Grande do Sul. *Ciência Saúde Coletiva* 17 (10), 2012 [Acesso em 11 jun 2021]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012001000020&script=sci_arttext

SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado**, p. 73-135, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Interesse Público, Belo Horizonte**, ano 10, n. 47, p. 507-517, jan./fev. 2008. p. 515.

SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre**, n. 58, 2014.

SERAPIONIM, Romaní O. Potencialidades e desafios da participação em instâncias colegiadas dos sistemas de saúde: os casos de Itália, Inglaterra e Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2006; 22(11):2411-2421.

SILVA E OLIVEIRA, Virgílio César da; PEREIRA, José Roberto; DE OLIVEIRA, Vânia AR. Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil. **Cadernos Ebape. br**, v. 8, p. 422-437, 2010.

SILVA JUNIOR, Raul Sousa. Limites à judicialização da saúde pública no direito brasileiro. In: **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 2018. p. 254-263.

SILVA, Alessandra Frei. O segredo de justiça e a publicidade dos atos processuais e administrativos no Código de Processo Civil. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 13, p.4, 2021.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Estado, Administração Pública e a posição do administrado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 71, p. 1-30, jan./jun. 2010. p. 19.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des) judicialización de la salud: mediación y diálogos interinstitucionales. **Revista Bioética**, v. 25, p. 290-300, 2017, p.294.

SILVA, Erica Barbosa e. **Conciliação judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 39

SILVA, Fábio de Souza. Tutela judicial do direito à saúde. 2010. 16 f. **Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Orientador: Ricardo Lobo Torres**.

SILVA, Flávio Mاتيoli Veríssimo. Do conflito ao consenso: Reflexões sobre a mediação envolvendo a administração pública. **Revista da Advocacia Pública Federal**, v. 5, n. 1, p. 104-118, 2021,p.115.

SILVA, Jeferson Batista. Saúde pública e controle social: uma trajetória de avanços?. **Desenvolvimento Socioeconômico em Debate**, v. 6, n. 2, p. 35, 2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado da AASP: mediação e conciliação**, São Paulo, Ano XXXIV, n. 123, p. 40-47, ago. 2014. p. 42

SILVA, S. M. Gestão da Saúde Indígena no Brasil: os distritos sanitários especiais indígenas/DSEI e o Distrito Leste de Roraima/DSL. **SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO**, v. 14, 2013.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.74.

SILVEIRA, Marilusa Cunha da et al. **O uso Off Label de Medicamentos no Brasil**. Dissertação (mestrado)- Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Rio de Janeiro, 2019.

SIMÕES, Joyce Sant'Anna; GOMES, Mayanne Bezerra. Direito à saúde sob o prisma da judicialização na conjuntura do sistema público de saúde brasileiro. **Revista Eletrônica Direito FPB**, v. 1, n. 1, p. 115, 2015.

SOARES, Adilson; CORDEIRO, Rogério Guimarães Frota. Mediação Sanitária: método alternativo de solução de conflitos no SUS. **BEPA. Boletim Epidemiológico Paulista**, v. 15, n. 171, 2018.

SOARES, Flávia Dantas. A atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) na resolução extrajudicial dos conflitos sanitários: um estudo dos anos de 2014 a 2016. 2017. **Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa. Orientador: Prof. Aluísio Gomes Da Silva Junior**.p.50.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. In: SPENGLER, F. M., BEDIN, G. A. (Org) Acesso à justiça, direitos humanos & mediação [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013, p. 212.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. R. *The cost of rights: why liberty dependes on taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999, p.19.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**.São Paulo: Método, 2008,p.38.

TEIXEIRA, Carla Costa. Autonomia em Saúde Indígena: sobre o que estamos falando?. **Anuário Antropológico**, v. 35, n. 1, p. 99-128, 2010.

TENÓRIO, Damião Soares. O redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público: A criação da câmara de mediação e conciliação de saúde no âmbito da fazenda pública.2016. 21f. **Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa de Pós-Graduação em Direito. Orientadora: Dra. Clarissa Sampaio Silva**.

TORRES, Lilian Machado et al. Significado atribuído por trabalhadores da saúde de Belo Horizonte-MG ao princípio da resolutividade nas ações cotidianas. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 65, p. 822-828, 2012.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 18, n. 74, p. 147-173, 2018.

VENTURA CAA, MIWA MJ, Serapioni M, et al. Cultura participativa: um processo de construção de cidadania no Brasil. **Interface (Botucatu)**. 2017; 21(63):907- 920

VENTURA, Miriam, SIMAS, Luciana., PEPE, Vera Lúcia Edais., & SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil**, 2001, p.48.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, Guilherme Gomes et al. A resolução de conflitos por meio da mediação no âmbito da defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 10, p. 66-85, 2017,p.81.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 35, n. 139, p.8, 1998.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389.

WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 22.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. O ensino jurídico e o tratamento adequado dos conflitos: impacto da resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de direito. 2016. f.68. **Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Orientador: Dr. Carlos Alberto de Salles.**

ZERMIANI, Thabata Cristy et al. A participação dos conselhos locais de saúde na contratualização de metas na atenção primária à saúde: a experiência de Curitiba, PR. **Interações (Campo Grande)**, v. 20, p. 1115-1126, 2019.