



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO E GESTÃO DE  
CONFLITOS - MPDIR**

**ARSÊNIA PARENTE BRECKENFELD BELMINO**

**FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS: CRIAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS NA ÁREA  
DE SAÚDE**

**FORTALEZA - CE  
OUTUBRO, 2020**

ARSÊNIA PARENTE BRECKENFELD BELMINO

**FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS: CRIAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS NA ÁREA  
DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito e Gestão de Conflitos, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para obtenção do título de Mestra.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Wilckson  
Cabral Sales

FORTALEZA -CE  
2020

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

---

BELMINO, ARSENIA PARENTE BRECKENFELD.

FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS: CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS NA ÁREA DE SAÚDE / ARSENIA PARENTE BRECKENFELD BELMINO. - 2020  
79 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Profissional Em Direito E Gestão De Conflitos, Fortaleza, 2020.

Orientação: Alessandro Wilckson Cabral Sales.

1. Autocomposição. Métodos de resolução consensual de conflitos. 2. Estado. Construção de consenso. Direito à saúde.  
. I. Sales, Alessandro Wilckson Cabral . II. Título.

---

**ARSÊNIA PARENTE BRECKENFELD BELMINO**

**FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS: CRIAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS NA ÁREA DE  
SAÚDE**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Alessandro Wilckson Cabral Sales  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

---

Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Denize Almeida de Andrade  
Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS

Aprovada em: **17/09/2020**

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me permitir viver.

Cresci ouvindo dos meus pais sobre a importância dos estudos. À época, não tinha noção do esforço diário que eles faziam, fosse corrigindo, na hora do almoço, os exercícios de fixação elaborados manualmente no calar da noite, fosse custeando todo e qualquer curso ou livro pelo qual eu demonstrasse interesse. Meu eterno agradecimento e reconhecimento por tudo que vocês fizeram para eu chegar até aqui.

Ao meu marido, pela compreensão das horas roubadas do nosso convívio diário e pelo apoio pronto e às cegas que sempre tive.

Às minhas filhas, Lorena e Luana, por servirem de mola propulsora para a concretização deste sonho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Alessandro Sales, pelo despertar de uma nova maneira de fazer política pública, meu eterno agradecimento.

Aos professores Lilia Sales, Gustavo Raposo, Rômulo Leitão e Clarissa Sampaio, por me fortalecerem a certeza da importância e da força do diálogo com empatia em todas as relações. Aos dois últimos, por me mostrarem também uma nova face da advocacia pública.

Aos amigos de caminhada da turma 4 do MPDir, que tanto engrandeceram essa jornada com as experiências e os casos da vida profissional, aos quais, em nome de Antonia Camilly Gomes Cruz, agradeço com tons de saudade.

## RESUMO

A Constituição de 1988 elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental e, com isso, à possibilidade de se exigir do Estado sua concretização. Busca-se identificar o meio mais adequado para desenvolver políticas públicas e solucionar os conflitos complexos que possam eventualmente surgir durante esse processo de concretização. Trata-se de instrumento de autocomposição capaz de acomodar os diferentes interesses que permeiam a prestação do serviço público de saúde e, ao mesmo tempo, atender aos limites de atuação do poder público. Por meio de estudo da doutrina pátria e de dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, foi possível identificar a natureza transindividual do direito em tema e a inadequação das decisões binárias proferidas pelo sistema judiciário como meio de solução de tais conflitos. Analisaram-se os princípios e as características dos diversos meios de solução extrajudicial de conflitos no intuito de identificar aquele que se coadunasse com a multilateralidade proeminente nos conflitos complexos de saúde e as particularidades atinentes à administração pública quando personagem de uma composição. Constatou-se que a construção de consenso é o meio mais adequado para solucionar tal problemática por permitir a participação de todos os interessados no conflito, bem como a representação de grupos, sem esbarrar na necessidade de publicidade e motivação das decisões tomadas pelo poder público. Diante da natureza continuada do serviço de saúde e da possibilidade de surgimento de conflitos de objetivos variados, propõe-se a criação de um fórum permanente de construção de consenso como forma de contribuir para a elaboração de políticas públicas e a aproximação de interesses diversos.

**Palavras-chave:** Autocomposição. Métodos de resolução consensual de conflitos. Estado. Construção de consenso. Direito à saúde. Política pública.

## ABSTRACT

The 1988 Constitution elevated the right to health to the level of a fundamental right and, with that, the possibility of requiring the State to implement it. It seeks to identify the most appropriate way to develop public policies and resolve the complex conflicts that may eventually arise during this process of implementation. It is an instrument of self-composition capable of accommodating the different interests that permeate the provision of public health services and at the same time meet the limits of the public authorities' performance. Through a study of motherland doctrine and data collected by the National Council of Justice, it was possible to identify the transindividual nature of the law in question and the inadequacy of binary decisions handed down by the judicial system as a means of resolving such conflicts. The principles and characteristics of the various means of out-of-court conflict resolution were analyzed in order to identify the one that was consistent with the prominent multilateralism in complex health conflicts and the particularities pertaining to public administration when character of a composition. It was found that consensus building is the most appropriate way to solve this problem as it allows the participation of all those interested in the conflict, as well as the representation of groups, without coming up against the need for publicity and motivation of the decisions taken by the public power. In view of the continued nature of the health service and the possibility of the emergence of conflicts of varying objectives, it is proposed to create a permanent forum for building consensus as a way to contribute to the development of public policies and approximation of diverse interests.

**Keywords:** Self-composition. Consensual conflict resolution methods. State. Building consensus. Right to health. Public service.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>1 CONFLITOS COMPLEXOS EM SAÚDE E SUA RESOLUÇÃO JUDICIAL</b>	<b>11</b>
1.1 Conceito e histórico	11
1.2 O direito à saúde na Constituição de 1988 e sua titularidade	14
1.3 Conflitos complexos em saúde e a atuação do Judiciário	17
<b>2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS EM SAÚDE E A FAZENDA PÚBLICA</b>	<b>26</b>
2.1 A Fazenda Pública em resolução alternativa de conflitos: fundamento constitucional e infraconstitucional	26
2.1.1 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRANSIGIR	28
2.2 Meios alternativos de resolução de conflitos	32
2.2.1 ARBITRAGEM	34
2.2.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO	36
2.2.3 NEGOCIAÇÃO	39
2.2.4 CONSTRUÇÃO DE CONSENSO	41
<b>3 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO</b>	<b>45</b>
3.1 Origem, conceito e objeto	44
3.2 Premissas, fundamentos e fases	46
<b>4 PROJETO DE INTERVENÇÃO: CRIAÇÃO DE UM FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSO EM CONFLITOS COMPLEXOS E CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE.....</b>	<b>57</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>60</b>
<b>ANEXO 01</b> .....	<b>65</b>
<b>ANEXO 02</b> .....	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>70</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de análise os conflitos complexos envolvendo a prestação do direito à saúde, buscando, assim, identificar a forma mais adequada para sua composição e solução.

Faz-se necessário, portanto, entender o que seriam conflitos complexos, analisar aqueles que envolvem o direito à saúde e, por fim, estudar as formas de composição de tais conflitos, bem como os limites de atuação da Fazenda Pública. Tudo isso no intuito de identificar aquela que se mostre mais eficaz para resolvê-los com rapidez e eficiência.

Para tanto, deve-se primeiramente entender que a Constituição Federal Brasileira traz, em seu Artigo 6º, a saúde como direito social, afirmando ser este um direito de todos e dever do Estado, o qual deve entregá-lo através de políticas públicas. Deste referido texto, surgem dois aspectos importantes para a delimitação do presente trabalho.

Se o direito à saúde é um direito de todos, como o direito social que é, ele deve ser analisado pelo prisma transindividual, não podendo ser confundido com o tratamento médico destinado aos diversos usuários – este sim, individualizável.

É esse traço da transindividualidade que caracteriza os conflitos como sendo complexos, uma vez que sua natureza metaindividual abrangerá interesses de múltiplas partes, os quais, em sua multilateralidade, devem ser considerados na busca de uma solução.

O presente trabalho, dessa forma, analisará os conflitos em saúde sob o prisma transindividual – aqueles conflitos que estejam marcados pelo envolvimento de múltiplas partes, e não apenas os que se apresentam puramente em uma relação bilateral entre Estado e indivíduo, uma vez que, em que pese a sua importância e relevância, muitas vezes são analisados de forma insuficiente, focando-se apenas em um dos interesses que envolvem o conflito – o do indivíduo em questão. Consequentemente, a solução encontrada se revela amiúde ineficaz para o plano metaindividual.

Por outro lado, sendo o direito à saúde um dever do Estado, deve-se analisar outro traço importante do dispositivo constitucional supracitado para caracterizar a complexidade dos conflitos em saúde, qual seja, a necessidade de políticas públicas para a prestação eficiente desse direito.

Parte dessa complexidade diz respeito ao limite da responsabilidade do poder público: se são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente desse aspecto, qual o nível de serviços a serem prestados (SARLET, 2019).

A doutrina e o próprio Poder Judiciário se debruçam para tentar traçar os limites dessa atuação, uma vez que o consenso, na prestação desse serviço, não é comum. No entanto, é de fácil constatação que a atuação do poder público será essencial para uma ou outra modalidade de concretização desse direito. É essa atuação, seus limites e suas formas de execução que trazem aos conflitos envolvendo a saúde mais um traço de complexidade.

Isso porque o Poder Executivo, como administrador típico do Estado, deve gerir os interesses coletivos, sopesando o interesse público e privado, como forma de encontrar a solução ideal para determinada necessidade pública. Encontrada tal solução, esta deve ser entregue tendo por fundamento o dever de eficiência, sem perder de vista a perfeição, a celeridade, a coordenação e a técnica que qualificam a atividade pública e seu desempenho (CARVALHO FILHO, 2016).

Em resumo, identificar a política pública adequada para determinada necessidade e prestá-la de forma eficiente envolvem diversos fatores, os quais podem trazer elevado grau de complexidade ao serviço público prestado.

Destarte, a execução desse serviço permite o surgimento dos mais variados conflitos, alguns difíceis de serem resolvidos, mas sem o traço de complexidade que o presente trabalho demarca; outros, transindividuais, ao envolver diversos personagens em suas variadas nuances, trazem a característica necessária para a presente abordagem.

Daí a importância de se fazer um estudo dos conflitos envolvendo o direito à saúde, em especial aqueles marcados pelo traço da complexidade. Só assim será possível entender a real dimensão transindividual de tais problemas sociais, os diferentes interesses que os envolvem e compreender o meio de resolução mais eficaz.

Ainda, sob essa lente de análise, cabe ressaltar que alguns conflitos são aparentemente individuais, em que pese o contexto sinalagmático em que se apresentam; muitas vezes, na medida em que se aprofunda a análise das nuances que os envolvem, permite-se que as demais lateralidades sejam reveladas e, assim, torna-se possível entender sua complexidade e resolver o conflito em sua essência, o que acentua a importância de uma análise transindividual do direito à saúde.

É por esse motivo que se inicia o presente estudo analisando-se a evolução do direito à saúde no Brasil e sua atual previsão constitucional, para, posteriormente, descrever as principais características de um conflito complexo, identificando aqueles que atualmente comprometem uma eficaz prestação do direito à saúde.

Só então será analisado como o Poder Judiciário vem se posicionando após a Constituição de 1988 na solução desses conflitos, para em seguida se estudar o grau de efetividade desta solução diante dos conflitos complexos.

Isso porque, seja qual for o conflito, via de regra, a solução terá como berço o serviço prestado pelo sistema judiciário, o qual funciona analisando as demandas apresentadas de forma polarizada, reconhecendo, através de uma sentença ou acórdão, uma parte vencedora e outra perdedora – o que, para os conflitos multipartes, muitas vezes, se traduz em ineficácia das decisões.

A falta de um medicamento aparentemente simples, por exemplo, pode ser apenas o sintoma de um problema mais grave, como entraves com fornecedores, licitações desertas, procedimentos aduaneiros ou até mesmo dotação orçamentária insuficiente. Nesses casos, uma decisão que determina o fornecimento do medicamento não enfrenta a sua origem, mas apenas uma das consequências. O conflito continua existente, e o desabastecimento persistirá.

Com a identificação dos casos concretos e as especificidades que os envolvem, bem como os limites de atuação do Estado, será possível buscar um meio de promover soluções mais adequadas para a problemática da saúde.

Analisar o conflito de prestação do serviço de saúde, portanto, em suas múltiplas lateralidades, e não apenas sob o prisma da consequência concreta e direta, como a falta do medicamento, permite entendê-lo de forma mais aprofundada, focando nos diversos interesses que o envolvem e, assim, favorecendo a construção de uma solução mais eficaz para o problema, capaz de atingir todo o grupo que estaria possivelmente afetado e estancar, de uma vez por todas, a celeuma.

É necessário, dessa forma, identificar métodos capazes de acomodar todos os interesses que envolvem a problemática, colocando-os em análise por todos os personagens envolvidos no conflito, por meio de um instrumento que se adeque aos limites postos constitucionalmente à participação do Estado, e, assim, viabilizar a solução mais adequada para o problema.

Para que seja possível a identificação satisfatória de tais conflitos e o meio mais adequado para solucioná-los, o desenvolvimento do trabalho será feito através de levantamento bibliográfico e dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de descrever as principais características que norteiam cada método de solução de conflito e como o Judiciário vem se manifestando nas demandas em saúde após a Constituição de 1988.

Pretende-se, ao final do estudo, construir uma análise comparativa das principais características dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, das especificidades dos conflitos complexos envolvendo o direito à saúde, bem como das balizas que norteiam a atuação do Estado na composição extrajudicial, buscando indicar qual o meio mais adequado e o procedimento que pode ser desencadeado para o atingimento dessa finalidade.

A busca é, portanto, pela descoberta e pela estruturação do método de composição que melhor se adequa à natureza multiparte dos conflitos identificados e que possa, ao mesmo tempo, arbitrar soluções eficientes para a participação do Estado e as particularidades que envolvem a atuação do poder público. Atingida esta meta, será proposto um mecanismo que funcione permanentemente, visando abarcar os mais diferentes conflitos complexos envolvendo a concretização do direito à saúde.

Em resumo, são estes os contornos do presente trabalho, que busca contribuir, de forma inovadora, para a solução dos conflitos complexos em saúde, viabilizando a acomodação dos diferentes interesses que compõem essa específica litigiosidade, a fim de propor soluções que atendam às justas expectativas da população titular desse direito.

# 1 CONFLITOS COMPLEXOS EM SAÚDE E SUA RESOLUÇÃO JUDICIAL

## 1.1 Conceito e histórico

Muito já se falou, desde Hipócrates, sobre a saúde. Conceitos foram elaborados tendo como fundamento o bem-estar físico, ao passo que, com a evolução da própria sociedade e de suas necessidades, foram acrescentados o bem-estar mental e o social.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua Constituição, conceitua a saúde como “*o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença*”.

Em que pese ser reconhecido pela doutrina que esse bem-estar completo é inalcançável, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado<sup>1</sup>. É nesse prisma que a atual Constituição, ao fazer previsão de um sistema de saúde, orientado por normas de natureza programática, reconhece essa busca incessante.

A forma como o direito à saúde –pela primeira vez expressamente intitulado como direito fundamental – é previsto na Constituição de 1988 é fruto de um longo processo de reconhecimento dos direitos sociais pelo Estado brasileiro.

Esse longo processo iniciou timidamente com a vinda da Coroa portuguesa ao Brasil, tendo por ápice os institutos de previdência, dos quais gozavam de assistência apenas aqueles vinculados e que contribuíam para o seu custeio. A concepção de um modelo de saúde pública de acesso universal e não contributivo veio somente após 1988. Para entendê-lo, sua natureza e titularidade, objeto de estudo do presente capítulo, faz-se necessária uma breve digressão histórica.

A vinda da família real em 1808 fomentou as primeiras ações de saúde, movidas pelo interesse de manter a mão de obra saudável; foram criados os primeiros hospitais públicos e implantadas as primeiras políticas públicas para controle da tuberculose, hanseníase e doenças mentais (GOMES, 2019).

Nessa mesma época, iniciando o rompimento com a necessidade de enviar jovens para estudar na Europa, foram criadas as primeiras escolas de Medicina no Rio de Janeiro (1813) e em Salvador (1815). Em 1828, os serviços passaram a ser da municipalidade, e, em 1850, foi criada uma junta de higiene pública encarregada dos serviços sanitários do Império.

---

<sup>1</sup> DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, 1986.

Nessa mesma época, por volta de 1848, a vacinação contra a varíola foi implementada através do Decreto nº 464, de 17 de agosto de 1846.

No entanto, em que pese a importância do tema, a Constituição do Império de 1824 não fazia alusão ao direito à saúde, mencionando apenas, em seu artigo 179, a garantia dos socorros públicos.

Durante a primeira fase da República<sup>2</sup> (1889-1930), o movimento sanitarista desempenhou importante papel, tanto na consolidação da autoridade estatal quanto na percepção territorial do novo Estado. Como consequência desse movimento, foi criado, em 1920, o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), reforçando o papel do governo central e verticalizando as ações de saúde (GOMES, 2019).

Em 1923, foi proposta a lei que regulamentava a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS), as quais se apresentavam restritas a uma classe de trabalhadores específica; sendo assim, apenas aquelas categorias que possuíssem condições financeiras para criar caixa de assistência poderiam usufruir desse seguro social.

A Era Vargas (1930/1945) inaugura a segunda fase da República e mantém as políticas de saneamento e de combate às endemias. É nesse período que, inspirados no modelo das CAPS, com participação exclusiva para determinada classe de trabalhadores, criam-se Sistemas de Seguridade Social (SSS) específicos. Apenas em 1966, com o advento da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), tais sistemas são unificados<sup>3</sup>.

Embora com temas em comum, previdência e saúde foram se desenvolvendo em paralelo, fortalecendo o reconhecimento dos Direitos Sociais no Brasil e dando origem à ideia de um Estado Social.

Com a queda de Vargas, inicia-se a fase desenvolvimentista da República (1945/1964). Nessa época, com o fim da Segunda Guerra Mundial, fortalecem-se os anseios democráticos e de desenvolvimento humano e a prestação da saúde passa a ser amplamente debatida.

Um pós-guerra de graves violações aos Direitos Humanos forçou a comunidade internacional a atribuir sentido concreto aos direitos sociais. Como um marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos fez previsão de diversos direitos sociais em seu Artigo XXV, dentre eles a saúde:

---

<sup>2</sup> A República tem início em 1889 com sua proclamação. A primeira fase se estende até 1930, quando o movimento armado liderado por Getúlio Vargas inaugura a sua segunda fase.

<sup>3</sup> Disponível em <https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/>

XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

É neste período que o desenvolvimento econômico e o combate à pobreza passam a ser relacionados como forma de neutralizar doenças. A ideologia desenvolvimentista, portanto, ganha força, e a exigência de políticas públicas para melhoria no nível de saúde da população, também.

Em 1953, com a criação do Ministério da Saúde (MS), as políticas públicas sanitárias foram centralizadas e as de saúde, descentralizadas, para que fossem executadas por estados e municípios. Nesse período, as Delegacias Federais de Saúde (DFS), os Serviços Nacionais de Saúde (SNS) e as Conferências Nacionais de Saúde (CNS) são criados.

Em particular, as CNS tiveram grande contribuição para o sistema de saúde atual. Com a sua criação, foram desenvolvidos fóruns que contavam com a participação dos administradores dos órgãos de saúde estadual e federal para tratar da temática.

Com início tímido, sem a participação popular, a 1ª CNS<sup>4</sup> contou com administradores e técnicos dos órgãos de saúde. Já nessa conferência, a necessidade de centralização da normatização em matéria de saúde foi defendida, tratou-se da organização sanitária estadual e municipal, da ampliação e da continuidade das políticas públicas já existentes, bem como da necessidade de debater sobre a proteção à maternidade, à infância e à adolescência.

No entanto, com a instauração do regime militar e o pensamento neoliberal que ascendia no mundo inteiro na década de 70, as políticas sociais restaram reduzidas, em especial as de saúde, com forte corte no orçamento do MS.

Com isso, uma grande parcela da população que não contribuía para o sistema de previdência restou desamparada. O movimento sanitarista então ganha força para combater a lógica do sistema existente, defendendo uma reforma que pudesse reorganizar a saúde como um direito de todo cidadão, independentemente de qualquer contribuição, com ações integradas em um único sistema e gestão administrativa e financeira descentralizada entre estados e municípios.

---

4 Acerca das Conferências Nacionais de Saúde, consultar: BRASIL. **As Conferências Nacionais de Saúde**: evolução e perspectivas. Brasília: CONASS, 2009. Neste trabalho, estão compiladas todas as conferências de saúde e suas principais diretrizes.

Assim, em 17 de julho de 1975, surge o Sistema Nacional de Saúde (SNS), por meio da Lei 6.229, a qual previa atuação de promoção, prevenção e recuperação da saúde, dando início ao processo de democratização das políticas públicas nessa área.

Com a crise internacional provocada pelo preço do petróleo, o forte crescimento experienciado pelo Brasil nessa época começa a perder força e as desigualdades sociais passam a se acentuar. Tal situação econômica forçou a rediscussão do modelo econômico adotado pelo Brasil, era o início de um processo que culminaria na atual redação do artigo 196 da Carta de 1988.

Com o fim do regime ditatorial e a convocação para uma nova Assembleia Constituinte, tinha-se momento oportuno para se debater e reestruturar o serviço público de saúde. Eis que a 8ª CNS é convocada pelo MS e realizada em 1986, tendo por tema a saúde como direito, a reformulação do SNS e o financiamento do setor.

A quantidade de participantes desta conferência já demonstrava a sua importância para a temática. Mais de 4.000 (quatro mil) pessoas compareceram, dentre elas delegados com direito à voz e ao voto, instituições que atuavam no setor, representantes da sociedade civil, grupos de profissionais e partidos políticos<sup>5</sup>.

Percebe-se nitidamente o espaço dado a todos que estavam direta ou indiretamente interessados pela situação da saúde à época. As multipartes do conflito, portanto, se reuniram a um só tempo para debater sobre um problema complexo que as atingiam.

Os eixos temáticos da conferência giravam em torno da saúde como um direito, na reformulação do SNS e no financiamento do setor. Os temas foram divulgados e discutidos em pré-conferências estaduais e municipais, o que favoreceu uma mobilização nacional.

O relatório final concluiu que as mudanças necessárias para a melhoria do sistema de saúde brasileiro não seriam alcançadas apenas com uma reforma administrativa e financeira, era preciso que se ampliasse o conceito de saúde através de uma revisão na legislação pátria.

É com base neste relatório que a atual previsão constitucional do direito à saúde é projetada. A Comissão de Sistematização, responsável em elaborar o projeto final da Constituição de 1988, recebeu as principais conclusões da 8ª CNS por intermédio de um documento elaborado pela Comissão Nacional da Reforma Sanitária, a qual se incumbia de dar apoio técnico às resoluções firmadas na CNS (BRASIL, 2019).

## **1.2 O direito à saúde na Constituição de 1988 e sua titularidade**

---

<sup>5</sup> Disponível em [http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/reltorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/reltorio_8.pdf)



Desde a vinda da família imperial para o Brasil até a realização da 8ª CNS, o direito à saúde foi entendido e reconhecido de diferentes formas. De um amparo tímido sanitário a um serviço público universal, a 8ª CNS foi essencial para a previsão constitucional do direito à saúde como um direito social e fundamental.

Como dito, o relatório final da 8ª CNS serviu de base para o texto constitucional, nele está exposta uma série de temas e conclusões, dentre os quais, para o presente estudo, destaca-se o Tema 1, enunciados 3 (três) e 4 (quatro):

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 – Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população. (BRASIL, 1986, p. 4).

Com efeito, percebe-se, claramente, que o artigo 196 da Constituição de 1988 sintetiza tais ideias em seu texto:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido **mediante políticas sociais e econômicas** que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

O artigo 198 faz previsão ao Sistema Único de Saúde e às diretrizes para a sua organização, implementação e funcionamento. Continua na mesma Seção falando sobre o financiamento desse importante serviço, bem como da possibilidade de atuação da iniciativa privada, e finaliza com as atribuições do SUS.

No entanto, a Carta de 1988 não se limitou a trazer uma seção própria para tal direito. O artigo 6º o enumera como direito social, já o artigo 7º, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, determina que o salário mínimo seja capaz de atender às necessidades de saúde do trabalhador e de sua família e ainda impõe um dever de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde (Incisos IV e XXII).

No que diz respeito à competência dos entes federados, o artigo 23 traz a saúde como competência administrativa comum de União, Estados, Municípios e Distrito Federal, e, conseqüentemente, o artigo 24 confere competência legislativa à defesa da saúde. O artigo 30, por sua vez, permite aos Municípios a legislação de saúde caso haja interesse local, o que

geralmente o tem, bem como a execução de serviços de atendimento à saúde da população com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Destaca-se que as redações acima invocadas exigem a atuação do Estado de forma explícita. São normas, portanto, de natureza programática, e, de acordo com Castro (2005), o *“Estado assume responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde e o faz por via de normas infraconstitucionais”*.

Com este dever em curso, são editadas Leis Ordinárias, como a 8080/90 e a 8142/90, as quais fazem previsão do Sistema Único de Saúde, seus princípios e sua organização, definindo atribuições e responsabilidades para cada um dos entes federados envolvidos na prestação desse serviço público de competência comum e a participação da comunidade.

Ocorre que esse direito irá conter, inevitavelmente, aspectos sociais e individuais. Como direito individual, tem-se a liberdade em sua mais ampla acepção, seja na possibilidade de escolha do recurso médico, o tipo de tratamento ou até mesmo a liberdade do profissional de saúde em eleger a terapia que melhor condiz com o quadro clínico do paciente.

No entanto, examinado pelo prisma social, o direito à saúde deve promover igualdade – assim, para preservar a saúde de todos, é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar –, programas de vacinação, isolamento em certas moléstias, destruição de alimentos deteriorados, bem como a oferta no mesmo nível a todos que necessitem de serviços de saúde.

Dessa forma, não se pode pensar no direito à saúde como um direito absoluto, o sopesamento de valores como a liberdade e a igualdade devem sempre servir de norte tanto para as políticas públicas definidas pelo Executivo como para as decisões proferidas pelo Judiciário na temática.

Tudo isso porque, muito embora surjam direitos individuais dessa ação estatal, estabelecendo uma relação bilateral entre Estado e cidadão, os interesses envolvidos na prestação da saúde demonstram também titularidade transindividual, sendo essa relação bilateral apenas a concretização de algo muito mais profundo e complexo, previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito de todos.

Defende-se, portanto, que a saúde pode ultrapassar a barreira da individualização do titular do direito e se manifestar em sua dimensão difusa, com indivíduos conectados a uma situação de fato, ou coletiva, com um grupo ligado a uma relação jurídica base (WEICHERT, 2006, p. 510).

A mesma posição é defendida por Sarlet (2011), ao afirmar que, em que pese, primariamente, os direitos sociais terem tutela individual, nada impede, entretanto, que tal

tutela possa ocorrer de forma coletiva ou mesmo difusa. Não haveria, portanto, necessidade de disjunção, a ambivalência é possível e favorável à concretização do direito constitucional.

Tal reflexão é importante, pois, não raro a concretização do direito à saúde esbarra na escassez de recursos, na escolha de prioridades do administrador público, na exigência de medicamentos especiais ou na não atualização da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), a assistência farmacêutica, por sua vez, também falha por questões administrativas, tais como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição do medicamento, déficits orçamentários e outros aspectos.

Seja qual for a falha, o conflito gerado supera em muito a alçada individual do usuário, atingindo uma nuance muito mais complexa do que a simples entrega no medicamento, como veremos a seguir.

### **1.3 Conflitos complexos em saúde e a atuação do Judiciário**

O conflito, como manifestação social, há muito vem sendo estudado por vários ramos do conhecimento. Diante do objeto do presente estudo e do objetivo geral que o norteia, destaca-se a análise do conflito no âmbito jurídico.

Como importante expoente da temática, o professor Remo Entelman traçou uma teoria geral para análise de qualquer conflito, seja este doméstico ou internacional, de baixa ou alta intensidade, propondo o seguinte conceito:

O que proponho é que o critério a utilizar seja a natureza dos objetivos que cada membro da relação busca alcançar com as condutas que realiza ou pretende realizar. Serão relações de conflito quando seus objetivos sejam incompatíveis ou, como veremos depois, todos ou alguns membros da relação os percebam como incompatíveis. Quando os objetivos não sejam total ou parcialmente incompatíveis, e sim comuns ou coincidentes, teremos relações de “acordo” em que, no lugar de condutas conflitivas, serão geradas condutas cooperativas ou condutas coincidentes, que podem ser individuais ou coletivas. (ENTELMAN, 2002, p. 35, tradução nossa).

Em sua obra “Teoria do conflito”, o autor agrupa as mais diferentes linhas de pesquisas em sete categorias, as quais, ao longo de seus estudos, contribuíram para a conclusão do teórico, qual seja: o conflito é um fenômeno natural, inerente ao convívio humano e necessário.

Em uma análise voltada para os conflitos que invariavelmente precisam de uma iniciativa de interesse público, Freitas Jr., chamando-os de “conflitos intersubjetivos de justiça”, conceitua-os:

Propõe-se aqui conceituar conflito como situação que envolva 1) dois ou mais sujeitos em que estejam presentes, simultaneamente; 2) no plano objetivo, um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, sejam tais bens e encargos de natureza material ou imaterial; 3) no plano comportamental, a contraposição no vetor de conduta; 4) no plano moral, sejam tais sujeitos portadores de percepções não convergentes, sobre como tratar o problema alocativo, sob o ângulo moral. (FREITAS JR., 2014, p. 15).

O conflito, em que pese ser um processo inerente ao convívio humano, como bem sintetiza o Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, é a forma como se vivencia-o que permite extrair fenômenos positivos:

Quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Por outro lado, os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que ele tem de melhor, sua capacidade de gerar satisfação de interesses e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção da violência, desajustes ou outros conflitos. (PINHO, 2009, p. 242).

Aparentemente, erradicar-lo não seria, portanto, algo inteiramente favorável, uma vez que é a partir de um conflito analisado de forma colaborativa que se pode alcançar grandes resultados e mudanças.

Sendo assim, a moderna teoria do conflito nos permite uma visão mais positiva de sua ocorrência. Quando partes em conflito adotam uma postura colaborativa induzida pelas técnicas de aproximação e empatia, as soluções encontradas muitas vezes permitem uma melhor adequação aos interesses envolvidos.

Nos conflitos complexos de saúde, tal abordagem é essencial. Vaja o exemplo o 8º CNS, momento em que o diálogo colaborativo dos diversos interessados, permitiu a criação de um Sistema de Saúde altamente inovador e inclusivo.

Além do mais, como já explanado em outros pontos do presente trabalho, o traço da transindividualidade favorece o envolvimento de diferentes personagens na formação do conflito. Isso significa que possivelmente existirão mais de dois interesses envolvidos, ao contrário do que se consegue perceber quando se analisa apenas a relação entre cidadão e Estado.

Um conflito complexo, portanto, envolve direitos coletivos e difusos, transindividuais e, conseqüentemente, múltiplos interesses. Com uma atuação colaborativa, tais interesses poderão ser aproximados, permitindo uma melhor compreensão do problema através da análise de seus diferentes prismas.

Tomando por exemplo o déficit orçamentário em municípios sob o sistema de gestão plena, é uma constante a insuficiência de recursos orçamentários em vários desses municípios,

os quais muitas vezes precisam de dotação extra para custear serviços de saúde; noutro passo, em outros, tais recursos são superavitários. Todavia, aquele município que apresentar sobra de caixa não poderá repassar diretamente para o município que se encontra em déficit, nem o Estado pode determinar que tais repasses sejam feitos, por força da autonomia federativa. Um melhor equilíbrio das contas municipais poderia ser alcançado se existisse um instrumento capaz de aproximar tais interesses.

A falta de medicamento de baixo custo é também uma constante em algumas farmácias públicas, isso porque, na grande maioria das vezes, pelo valor do contrato ser muito baixo, as licitações acabam por culminar desertas, postergando, em muito, o tempo de aquisição do medicamento e atrasando a sua entrega.

As cirurgias eletivas, por sua vez, são grandes “gargalos” na prestação de saúde. Muitas vezes não há sistema ou fluxograma unificado para o controle da fila em que os pacientes se encontram, o que acaba por gerar ansiedade na população e falta de controle para a administração, aumentando a judicialização do problema, o qual será resolvido com uma decisão impondo uma obrigação de fazer ao Estado: promover a cirurgia do demandante.

No entanto, percebe-se que a fila continuará existente e a população, alheia ao tempo de espera, podendo-se agravar, ainda mais, a sensação de desamparo para alguns usuários, com mais tempo de espera, caso esse demandante que se submeterá à cirurgia, por exemplo, tenha buscado o serviço público posteriormente. Tudo isso porque o cerne da demanda, o controle das cirurgias eletivas, continua sem receber análise.

Outro problema complexo que merece cuidado são os bloqueios judiciais para aquisição de medicamento. Muitas vezes, ao conseguir o fornecimento de um medicamento através de uma demanda judicial, o usuário precisa aguardar o poder público realizar o procedimento de compra exigido por lei, muito embora esteja dispensado de realizar licitação.

Tal procedimento pode levar alguns meses para ser finalizado, fato que, na grande maioria das vezes, acarreta descumprimento de decisão judicial. Para coibir tal descumprimento, é comum que o magistrado lance mão de bloqueio judicial através do sistema BACENJUD, que permite a busca por dinheiro público em qualquer conta vinculada ao Estado.

Essa busca aleatória é fonte de diversos entraves orçamentários. Primeiramente, eles podem recair sobre contas de fundos federais de repasse vinculado, o que sujeitará o administrador dos recursos a responder pelo não cumprimento das metas orçamentárias definidas para a destinação de tais recursos. Segundo, ainda que não recaiam sobre contas de repasse vinculado, poderão recair sobre receitas destinadas à prestação de outros serviços

públicos, obstando ou dificultando a sua concretização. Por fim, majoram ainda mais as despesas públicas com a prestação da saúde, pois a aquisição será feita diretamente com o fornecedor, o qual pratica preço para o destinatário final, o consumidor, enquanto que o Estado, ao licitar a compra de medicamento, por exemplo, consegue negociar diretamente com o distribuidor.

Deve-se ainda pensar no coeficiente aplicado ao poder público na aquisição dos medicamentos, o qual impõe um desconto legal de quase 20% no preço do medicamento que não será aplicado no caso de bloqueio, uma vez que a aquisição será feita diretamente pelo demandante.

Pensemos agora em um medicamento de baixo custo, com licitação deserta, judicializado e com decisão de bloqueio para a sua aquisição recaindo sobre um fundo federal, demanda judicial que não resolveria o problema, apenas o conflito entre Estado e usuário.

Como se percebe, na maioria das vezes o Judiciário é chamado para solucionar tais conflitos, no entanto nem sempre consegue alcançar a ambivalência deste direito e sua transindividualidade, beneficiando, em muitos casos, certos usuários em detrimento de outros, o nerando em excesso os cofres públicos. Ao mesmo tempo, como ignorar a necessidade médica do usuário sob a justificativa de que outros estão na mesma situação? Talvez seja este o maior desafio na tutela judicial dos direitos à saúde.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 e a alçada do direito à saúde a nível constitucional, o Judiciário é provocado para se manifestar diante de inúmeros casos concretos.

De início, a interpretação usada para a concretização do direito à saúde era que o acesso deveria se dar através de políticas públicas ofertadas pelo Executivo, sem que pudesse se subjugar neste papel, sob pena de ferir a separação dos poderes.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO À SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS – EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, “OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA”, POSTO QUE DEPENDEM,

PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE. (BRASIL, 1996, p. 21.448).

No final da década de 90, entretanto, com a atenção voltada para o combate à AIDS, o STF mudou de posicionamento, acatando diversos pedidos de fornecimento de medicamento e, assim, abrindo espaço para que outras doenças crônicas fossem tuteladas por meio de decisões judiciais. O julgamento paradigma para tais decisões trata a saúde como direito indisponível e individual:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a

consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL, 2000, p. 101).

Com este precedente, somado ao maior esclarecimento da população, seu envelhecimento e fortalecimento do direito ao acesso à justiça, o fenômeno hoje chamado de judicialização da saúde acaba sendo favorecido.

A título de exemplificação, o CNJ publicou, em 2017, “Relatório da Justiça em Números”, trazendo uma análise do quantitativo em processos de saúde do ano de 2016. Percebe-se um crescimento exponencial desse tipo de processo: em 2016, eram 1.346.931 processos, envolvendo 1º e 2º graus e tribunais, o que representa um aumento de 49% se comparado a 2015.

De acordo com informação colhida em audiência pública também realizada no CNJ, em 11 de dezembro de 2017, as despesas federais com a judicialização da saúde saltaram de 70 milhões para a marca de 1 bilhão entre 2008 e 2015.

Somente a União destinou mais de R\$ 2,7 bilhões para cumprimento de decisões judiciais no período de 2010 a 2015. Desse total, mais de 54% foram entregues para a compra de apenas 3 (três) medicamentos, um deles, o Soliris, à época sequer era registrado na Anvisa.

Diante de tal cenário, a judicialização da saúde passou a ser objeto de discussões acadêmicas e jurisdicionais. Em 14 e 15 de maio de 2014, realizou-se a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde, aprovando 45 enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

A II Jornada de Direito da Saúde aconteceu nos dias 18 e 19 de maio de 2015, em São Paulo, na qual foram aprovados 23 enunciados com informações técnicas visando subsidiar os magistrados nas ações judiciais sobre direito à saúde.

Nos dias 18 e 19 de março de 2019, por sua vez, foi realizada a III Jornada Nacional da Saúde. Além de debater os problemas inerentes à judicialização da saúde, todos os enunciados receberam revisão, contando-se atualmente com 103 enunciados, dentre os revogados, atualizados e aprovados na III Jornada.

Tais enunciaos abordam temas importantes<sup>6</sup> como o prazo de validade de uma prescrição médica e a imprescindibilidade de renovação periódica, necessidade de prévia negativa administrativa para o tratamento médico pleiteado judicialmente, necessidade de se comprovar a inefetividade do tratamento fornecido pelo SUS em laudo medico

---

<sup>6</sup> Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>



circunstanciado, fornecimento do medicamento sem vinculação à marca comercial, entre outros aspectos essenciais às demandas em saúde.

No entanto, em que pese a relevância de tal trabalho, o intuito de orientar os magistrados em suas decisões e de terem sido elaborados com base em estudos técnicos e manifestação de especialistas, infelizmente pouco se usa tais enunciados nas decisões judiciais em saúde.

Os resultados indicam que em primeira instância foram mencionados 19 vezes em 107.497 decisões e em segunda instância 2 vezes em 82.233 decisões. Os achados são estatisticamente irrelevantes e sugerem que há pouca utilização dos enunciados interpretativos do CNJ. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 139).

Tal conclusão encontra-se disponível no relatório analítico da judicialização da saúde elaborado em 2019 pelo CNJ, com ajuda do Instituto Insper, o qual, corroborando com o que vem sendo apresentado ao longo do presente trabalho, afirma que:

A judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica, por exemplo, diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 14).

Desta forma, o esforço analítico do judiciário sobre esta complexa temática, não se concentra apenas no CNJ. Os Tribunais Superiores também têm direcionado atenção aos conflitos em saúde. No STF, por exemplo, o Recurso Extraordinário 657718/RS foi julgado em repercussão geral, definindo a tese de que:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
  - I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
  - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
  - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União. (BRASIL, 2019).

Neste julgamento em particular, percebe-se que há um grande ganho para a poder público, uma vez que os medicamentos experimentais e não aprovados pela Anvisa são

medicamentos, em regra, importados e de alto custo, o que, nas palavras do Min. Relator, poderia comprometer a universalidade da saúde e priorizar uma nefasta seletividade.

Ressalta-se, entretanto, que demandas judiciais no Nordeste envolvendo tal tema representam um percentual de apenas 0,07%; no Norte 0,12%; no Centro-Oeste 0,10%; no Sul 0,09%; e no Sudeste 0,28% (CNJ, 2019), o que, em eu pese a relevância da matéria, traria pouco impacto no número de processos em tramitação.

O STJ também se ateu ao tema, julgando o Recurso Especial de nº 1657156/RJ sob procedimento repetitivo, firmando como tese superior e de reprodução obrigatória pelo Estado e pelo Judiciário, para o fornecimento de tratamento médico, que seria necessário:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- (iii) Existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência. (BRASIL, 2018).

O efeito prático dessa decisão acabou por legitimar o judiciário para a elaboração de políticas públicas, como a decisão de fornecimento ou não de um medicamento ainda não avaliado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (CONITEC).

Como se depreende, o repetitivo apenas limitou a atuação do Judiciário, chancelando que os conflitos em saúde recebessem proteção jurisdicional, desde que cumpridas tais premissas.

É um cenário no mínimo preocupante. Seria ele criado pelo ativismo judicial desordenado ou seria reflexo de um sistema de saúde ineficaz? Ou uma junção dos dois? Seja qual for a resposta, algo está bastante claro: o aumento no número de processos significa que o problema, em sua matriz, não está sendo resolvido e, de toda forma, aumenta-se despesa pública, agravando-se ainda mais o problema.

Isso porque, como já demonstrado, o Judiciário acaba por analisar a consequência do problema, e não o problema em si. Uma licitação deserta gera o não fornecimento do medicamento, mas o problema só estará solucionado quando se identificar o motivo de não conseguir finalizar o procedimento de aquisição, e não com a entrega do medicamento.

A análise é superficial, uma vez que o cidadão, em regra demandante, encontra-se no final da cadeia administrativa necessária para a prestação deste serviço. Antes do serviço em si, uma série de atos preparatórios são necessários para pôr em funcionamento a máquina estatal e, assim, concretizar tal direito.

A linguagem binária utilizada pelo Judiciário, declarando um vencedor e outro perdedor, impossibilita a participação de todas as partes envolvidas. Assim, o problema se mantém e será repetido e, apenas naquela demanda jurisdicional, ele, talvez, seja solucionado.

Talvez, pois muitos são os casos de ganhar, mas não levar da judicialização da saúde. Não por negligência do Estado, mas por aspectos fáticos que fogem da alçada pública. Tome-se como exemplo o medicamento faltoso por licitação deserta. A título de ilustração, digamos que o demandante “vença” a demanda e, assim, seja determinada a entrega do referido fármaco em 05 dias sob pena de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É cediço que a administração pública deve seguir procedimentos legais e regulamentares para efetuar uma despesa. A própria Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666), em seu artigo 34, traz hipótese de dispensa para despesas necessárias ao cumprimento de uma decisão judicial. Pois bem, a licitação encontra-se dispensada, no entanto o procedimento de compra, não. É necessário deflagrar um processo de compra, no qual serão buscados fornecedores para o medicamento, cotações serão solicitadas e o menor preço será contratado. Tudo por base no princípio da eficiência.

No entanto, o desabastecimento tem por motivo exatamente a ausência de fornecedores que, pelos mais diversos motivos, como o baixo custo do medicamento, não se interessam em contratar com o poder público, seja por licitação, seja por compra direta.

Resultado disso será a setença de procedência, o medicamento não entregue e a multa diária incidindo a cada dia durante o prazo necessário para a aquisição do medicamento sem fornecedor interessado a contratar com o poder público.

O Poder Judiciário, em uma demanda apresentada por este usuário, por mais que esteja ciente do que se acabou de esclarecer, não poderá fazer nada além de constituir uma obrigação de fazer entrega de medicamento. Talvez o bloqueio judicial permitisse o ganha e leva, no entanto, em que pese a efetivação da prestação jurisdicional, o desarranjo nas contas públicas e as consequências de insuficiência de recursos para atendimento de outros serviços públicos também farão parte desta efetivação.

Pecebe-se, portanto, que a realidade da saúde no Brasil não será “consertada” pelo Poder Judiciário, ao ponto em que o cidadão também não pode ter o seu direito à saúde, tão arduamente conquistado, ceifado por motivos alheios à sua vontade.

Faz-se necessário, dessa forma, um instrumento de resolução de conflitos que seja capaz de identificar o problema em seu seio, de acomodar todas as partes envolvidas e de

construir uma solução que seja adequada a todos, garantindo ao cidadão, lá na ponta do sistema, que ele possa usar esse serviço público essencial.

No capítulo seguinte, serão abordados meios alternativos de resolução extrajudicial de conflitos, suas características e sua adequação para solucionar os entraves na prestação da saúde pública.

## **2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS EM SAÚDE E A FAZENDA PÚBLICA**

### **2.1 A Fazenda Pública em resolução alternativa de conflito: fundamento constitucional e infraconstitucional**

Percebe-se que, na atual ordem jurídica, há vasta previsão quanto à possibilidade de a Fazenda Pública fazer uso dos meios de resolução de conflitos extrajudicial, seja por fundamentos constitucionais, seja por expressa previsão legal.

No âmbito constitucional, de acordo com Souza (2012), o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXV), da eficiência (artigo 37, *caput*), bem como o princípio democrático (artigo 1º) fundamentam tal possibilidade.

Isso porque o princípio do acesso à justiça exige a disponibilização de meios adequados à resolução de conflitos, e não apenas o simples acesso. Dessa forma, a previsão de meios alternativos de disputas corrobora a previsão constitucional ao descentralizar do poder judiciário os instrumentos de composição. Some-se a ele o princípio da razoável duração do processo, o qual tem por direcionamento para sua concretização a busca por meios céleres de resolução de conflitos, seja em processos judiciais ou administrativos.

No que diz respeito ao princípio da eficiência, o melhor resultado é aquele que apresenta o melhor custo-benefício. O desgaste entre as partes, custos, tempo, segurança, tudo isso deve ser levado em consideração ao se avaliar a eficiência do procedimento. Nos meios alternativos, diante da liberdade de aceitar a decisão construída entre as partes e da celeridade existente, é indubitável a adequação constitucional.

O princípio democrático, por sua vez, em uma de suas vertentes, impõe ao poder público o dever de diálogo com seus administrados, o qual pode se estabelecer direta ou indiretamente, através de seus representantes eleitos. O raciocínio não poderia ser outro diante de um conflito. O diálogo entre o Estado e seu cidadão na solução de seus conflitos é essencial para a construção de um Estado Democrático, no entanto deve se firmar, de forma direta, ente o Estado e o detentor de direitos.

Além do princípio democrático, pode-se buscar, em outros princípios fundamentais, a possibilidade de composição extrajudicial pelo poder público, Gazda (2006, *on-line*) expõe suas lições em síntese brilhante:

A orientação constitucional que se extrai, portanto, da análise dos princípios fundamentais contidos no Título I e da leitura do Preâmbulo, é no sentido de que a

sociedade brasileira pretende reduzir os litígios, alcançando uma situação de pacificação social que permita a construção de uma sociedade plural, harmônica, livre, justa, solidária, em que seja possível o desenvolvimento nacional e a realização do bem de todos. E a redução de litígios por certo envolve os litígios entre os integrantes do Estado e destes contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

Nesta senda, a legislação infra-constitucional, em obediência aos parâmetros constitucionais acima indicados, faz previsão expressa de uso dos meios de resolução extrajudicial de conflitos pelo poder público. A Lei 13.105/15 trouxe, em seus artigos 174 e 175, louvável previsão neste sentido:

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.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. (BRASIL, 2015).

Perceba que o novel código não só permite como faz previsão de criação de câmaras de resolução extrajudicial dentro da própria administração pública, e vai além. Traz autorização legal para que a administração pública use de serviço privado de mediadores e conciliadores. Abre, portanto, um leque de opções para o acesso à justiça do Estado com o próprio Estado e do Estado com o seu cidadão.

Antes mesmo do Código de Ritos de 2015, já existiam, em outros dispositivos legais, diversas formas de resolução consensual de conflitos envolvendo o poder público e, na grande maioria das vezes, versando sobre direitos indisponíveis. Pode-se citar, a exemplo disso, a Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), várias leis em matéria ambiental fazem previsão de termo de ajuste de conduta (9605/98, Decretos 99.274/90 e 6.514/08), o Estatuto do Idoso (10.741/03), entre tantas outros diplomas legais.

No que diz respeito à atuação consensual exercida diretamente pelo Poder Executivo, a legislação de algumas agências reguladoras faz previsão de compromisso ou termo de ajuste de conduta a ser celebrado por elas e seus usuários:

- a) ANEEL – artigo 3º., V, da Lei n. 9.427, de 1996, e Resolução ANEEL n. 333, de 2008;
- b) ANATEL – artigo 19, XVII, da Lei n. 9.472, de 1996;
- c) ANP – artigo 20 da Lei n. 9.478, de 1997 e Portaria ANP n. 69/2011, art. 54;
- d) ANTT – Resolução n. 442/2004;
- e) ANTAQ – Resolução n. 987/2008;
- f) ANS – Lei n. 9.656, de 1998, art. 29, § 1º. e Lei n. 9.961, de 2000, art. 4º., XXXIX;
- g) PREVIC – Lei n. 12.154, de 2009, art. 2º., VIII; Instruções PREVIC n. 3 e n. 7/201060.

Percebe-se, portanto, não apenas a constitucionalidade, mas a previsão legal para tal atuação.

### 2.1.1 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRANSIGIR

Observa-se que, em que pese a possibilidade de resolução consensual de seus conflitos, o Estado deve ter em mente os princípios norteadores de sua atuação, os quais, como todo balizador, servem de sua limitação.

Encontra-se na doutrina, ao se debruçar sobre a temática, a menção ao princípio da legalidade, da isonomia e da indisponibilidade do interesse público, bem como sua supremacia sobre o interesse privado, como limitadores à atuação do poder público, ao se deparar com uma oportunidade de autocomposição.

Parece desarrazoado, todavia, interpretar o princípio da legalidade, como uma vedação absoluta à consensualidade, sob o argumento de que a administração só poderá agir se houver autorização legal, devendo cumprir estritamente o que estiver previsto em lei. Tal interpretação aparentemente colide com os parâmetros constitucionais anteriormente expostos, o que parece ter sido ratificado pelo legislador infraconstitucional.

É certo que se faz necessário conhecer o arcabouço jurídico antes de adentrar na esfera da consensualidade. Isso porque as normas constitucionais, as leis infraconstitucionais e os regulamentos administrativos formarão uma moldura, dentro da qual o acordo poderá ser desenhado. Ultrapassar essa moldura legislativa evidentemente eivará o acordo de nulidade intransponível.

No entanto, tal moldura não significa impossibilidade. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, além das lacunas e contradições existentes, nem sempre superadas pelos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade, é formado por leis com conceitos vagos e imprecisos que permitem múltiplas interpretações e uma certa liberdade na atuação do poder público. A tudo isso pode-se somar as inúmeras colisões de direitos fundamentais, relativizando a incidência de leis sobre os casos concretos (SOUZA, 2012).

A discricionariedade administrativa, por sua vez, quando analisada à luz do princípio da isonomia, parece exigir do gestor público uma conduta equânime entre os administrados. Observa-se que o tratamento igual aos que estejam em igual situação tem incidência para as decisões públicas, ainda que consensuais, é o que se chama de efeito precedente.

Nas lições de Oliveira (2019, p. 136), o efeito precedente nas decisões administrativas pode ser conceituado como “a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública”<sup>7</sup>.

Desta forma, não havendo modificação fática relevante e havendo a incidência dos mesmos diplomas regulamentadores, o posicionamento da administração pública, em um conflito atual, deve ser o mesmo firmado no consenso anterior. Tal premissa tem especial relevância nas demandas repetitivas, como se dá em matérias de direito à saúde.

Assim, ao firmar um acordo com um particular, o poder público estaria criando um precedente. Por tal razão, é fortemente recomendável que o Estado analise se o conflito ora tratado é único ou de natureza repetitiva, bem como, caso se constate sua repetição, quais seriam os termos de um acordo com menor impacto e maior eficiência, ou seja, qual seria a viabilidade técnica e financeira de cumprimento deste.

Nesse sentido, a Lei 13.655/18 acresceu o artigo 30 à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, orientando uma atuação administrativa pautada no incremento da segurança jurídica, através de regulamentos, consultas, respostas e sumulas de caráter vinculante a ser seguida por advogados públicos e administradores. Tudo isso visando uma atuação mais zelosa com a coisa pública e respeitosa com o judiciário e o administrado.

---

<sup>7</sup> Continua o autor: “A ideia da autovinculação administrativa (*Selbstbindung*) surge na Alemanha no século XIX, inicialmente atrelada ao princípio da igualdade no âmbito da aplicação administrativa da lei, com o objetivo de evitar o cometimento de arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa. Posteriormente, a autovinculação administrativa foi conectada, protegendo os cidadãos contra caprichos e arbitrariedades do Poder Público, notadamente no campo das promessas estatais descumpridas ou da revogação arbitrária de atos administrativos.” (OLIVEIRA, 2019, p. 143).



Ademais, analisando o mesmo princípio em relação ao poder das partes em composição, sendo estas Estado e particular, é evidente a discrepância de força existente entre os dois. No entanto, mais uma vez, parece por demais desarrazoado concluir pela impossibilidade de acordo, pelo simples fato de, aparentemente, não existir o mesmo poder de armas.

Isso porque, em uma autocomposição, as partes possuem as mesmas armas. Não há imposição, preclusão, prescrição ou perda de prazo. O que existe é consensualidade, a qual pode ter seu processo de desenvolvimento interrompido a qualquer momento. No procedimento judicial, o rigor do formalismo, elaborado para trazer segurança à decisão judicial, muitas vezes pode ser nascedouro de injustiças. Basta uma perda de prazo, um rito escolhido de forma equivocada, uma prescrição ou preclusão para o direito material do litigante perecer.

Ressalta-se, ainda, que o terceiro imparcial pode suavizar ainda mais tal discrepância, seja por técnicas de aproximação, seja pela atenção às necessidades específicas de cada caso. Nesse sentido:

Um dos deveres elementares do mediador é buscar amenizar a eventual desigualdade entre os envolvidos no conflito, indicando ao lado mais fraco a necessidade de buscar um advogado ou outro perito técnico para aconselhá-lo, quando for o caso, buscando certificar-se de que ele compreendeu as questões técnicas e jurídicas que estão em jogo, buscando assegurar que informações essenciais para a resolução do conflito sejam compartilhadas entre as partes. Também é dever ético do mediador buscar garantir que os interesses legítimos daqueles que não estão presentes à mesa de negociação (por impossibilidade) sejam respeitados (é o caso de filhos menores, por exemplo, na seara privada). (SOUZA, 2012, p. 69).

No que diz respeito à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, muito se tem escrito a respeito. Na tentativa de manter coerência com o objeto em análise, o tema será analisado à luz dos conflitos complexos em saúde.

Do que já foi exposto até o presente momento, não é difícil constatar que tais princípios não são óbices para a atuação consensual do Estado. No entanto, por muito tempo se defendeu a impossibilidade de celebração de acordos com o poder público através de meios de autocomposição.

Isso porque o interesse público deveria ser algo perseguido em absoluto, sem que o gestor ou qualquer agente público pudesse deliberadamente dispor deste objetivo. Percebe-se que tal premissa continua válida e existente na moderna doutrina administrativa, o que se observa, entretanto, é uma reanálise do conceito de interesse público.

Sabe-se que há duas conotações no Direito Administrativo, aquele primário, caracterizado pela finalidade de atendimento às necessidades públicas de seus administrados, e aquele secundário, de cunho patrimonial. Como estamos abordando o Direito à Saúde, analisemos o interesse público primário.

Este deve estar em consonância com as disposições constitucionais que fazem do Estado Democrático de Direito brasileiro uma nação que prima pela participação popular, pelo diálogo e pela transparência com o seu cidadão, país que entrega ao seu povo um direito fundamental à duração razoável do processo e ao acesso à justiça, que devem ser desenvolvidos com boa-fé e proporcionalidade, ao mesmo tempo em que exige da sua administração pública eficiência, impessoalidade e moralidade.

Todos estes parâmetros constitucionais colaboram para que o Estado atue conforme um interesse público constitucional, o qual deve ser concretizado também durante a solução de conflitos entre o Estado e o particular, ou entre entes estatais.

Firmadas essas premissas, a técnica a ser adotada pelo Estado em suas negociações consensuais é, portanto, a colaborativa, integrativa. Essa é a atual figura desenhada pela doutrina moderna do Direito Administrativo.

O que se percebe, como dito acima, é uma releitura desse interesse à luz dos pressupostos constitucionais acima invocados, um Estado que sai de seu papel de império, coercivo, impositivo, para um Estado de finalidade colaborativa, dialogal.

É assim que Emmerson Gazda (2006, *on-line*), em análise às lições do professor Juarez Freitas, arremata:

Em breve síntese, observa, em primeiro lugar, que o “jovem Direito Administrativo está deixando de ser monológico para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral ou impositivo”, de modo a “viabilizar, por exemplo, fórmulas de transação, conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos”, destacando em nota de rodapé a decisão do C. STF no RE 253885-MG, DJU de 21.06.2002, em que se admitiu como válida transação efetuada por Administração Municipal em ação movida por servidores mesmo sem a existência de previsão legal, com base no poder de autotutela do Estado<sup>8</sup>.

Deve-se ainda esclarecer, no que diz respeito ao conceito de indisponibilidade, que este se refere à impossibilidade de renunciar, transferir ou vender a terceiro, total ou parcialmente, determinado direito, não significando, portanto, a proibição de buscar soluções consensuais para garantir o seu exercício.

---

<sup>8</sup> Perceba que a decisão no trecho citado data do ano de 2002, muito antes do novel Código de Ritos, mas já em consonância com as leis de juizados especiais e arbitragem.

Da previsão abstrata do direito à sua concretização, muitas são as variáveis que precisam ser definidas pela administração pública, o grau de discricionariedade, assim, pode se apresentar elevado, abrindo espaço para conflitos e, se bem conduzido administrativamente, consenso.

É o que acontece com o serviço de saúde. É interesse público primário a prestação do serviço de saúde; para tanto, são deflagrados vários procedimentos para a sua execução, desde a compra de material, passando pela contratação de pessoal, até chegar no financiamento de toda a máquina estatal.

Os conflitos podem acontecer em qualquer fase do processo, o que os torna complexos é a participação de múltiplas partes e a transindividualidade do direito, traços distintivos que são facilmente visualizados quando existem mais de dois interessados, posições conflitantes, interesses variados e impossibilidade em esgotar a identificação de todos os envolvidos.

Tal direito, como já explanado, pode ser objeto de transação para garantir seu exercício, desde que a moldura legislativa reste respeitada e o interesse maior, a prestação da saúde, efetivada de forma eficiente – diga-se melhor benefício com o menor custo. Para tanto, existe uma área livre para consenso, seja no rateio de custos com a prestação da saúde, na forma de repasse de valores, no elenco de medicamentos a ser fornecido, na aquisição de medicamentos através de consórcios entre os entes públicos, na forma de gestão das filas de cirurgia eletivas, ou entre tantos outros conflitos complexos.

A supremacia do interesse público não pode ser interpretada de forma diferente. Não existe arbitrariedade por trás deste princípio, se o interesse público primário é a execução do bem comum, será também interesse do particular, pois é este o seu destinatário. Ademais, em uma ordem constitucional que traz inúmeros direitos fundamentais, essa supremacia deve ser muito bem ponderada para cumprir os limites traçados por nossa carta política. É o que Gustavo Binembojm destaca como uma das transformações de um Estado Constitucional:

A definição do que é interesse público, e de sua proclamação de supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados. (BINENBOJM, 2005, p. 28).

Percebe-se, portanto, que o que outrora fora apontado como óbice à atuação consensual extrajudicial da administração pública, atualmente desempenha importante papel de balizador para a prestação efetiva de um serviço público constitucional.

Assim, firmada a possibilidade de busca de um consenso extrajudicial e as limitações desta na atuação estatal, passemos para o estudo dos principais meios de resolução extrajudicial de conflitos, para, desse modo, identificar aquele que melhor se aproxime das particularidades estatais.

## 2.2 Meios alternativos de resolução de conflitos

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e as políticas econômicas então instituídas, o consumo por parte da população mundial aumentou, marcando a histórica Idade de Ouro do Capitalismo. As tecnologias usadas na grande guerra trouxeram inovações importantes para a vida em sociedade, como a melhoria dos meios de comunicação, aproximando as pessoas, e o avanço da medicina, aumentando, assim, a expectativa de vida.

Com o aumento do consumo e da população e a aproximação do convívio social, as ações judiciais decorrentes dessas relações também aumentaram, forçando alguns países a buscarem meios alternativos ao judiciário para a composição de conflitos, diante do estrangulamento da prestação jurisdicional (ANDRADE, 2014).

É em Harvard, durante a década de 60, que o termo *Alternative Dispute Resolution* (ADR) surge pela primeira vez, em referência a outros meios de solução de conflitos não judiciais (LUDWIG, 2012).

Atualmente, a sigla ADR representa diversas formas de solucionar conflitos sem a participação do Poder Judiciário, e não apenas a já conhecida tríade mediação, conciliação e arbitragem. Dentre outras modalidades, pode-se citar a *early neutral evaluation*, quando ambas as partes têm a oportunidade de consultar um profissional de sua confiança para prever o deslinde da causa no Judiciário, bem como a *confidential listener*, quando as partes podem consultar um terceiro imparcial para saber a viabilidade de aceitação de uma proposta de acordo (ANDRADE, 2014).

Em que pese terem sido criadas inicialmente para a resolução de conflitos entre particulares, tais técnicas atualmente também são empregadas para solucionar conflitos envolvendo o poder público.

No Brasil, a criação da Justiça de Paz, com o advento da Constituição de 1824, marca o início das previsões dos meios alternativos ao judiciário para a solução de conflitos. Muito embora o juiz de paz tenha iniciado seus trabalhos eleito e acumulado importantes funções, inclusive dos chamados juízes de fora – juízes letrados –, atualmente são munidos de poderes para “celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação

apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”<sup>9</sup>.

Em movimento contrário, outros meios alternativos de disputas ganharam força no Brasil, os quais, seguindo a movimentação da evolução internacional, hoje também estão sendo usados para dirimir conflitos envolvendo o Estado.

Como já explanado, a presente pesquisa tem por objeto a identificação de um meio alternativo para composição de conflitos complexos em saúde. No intuito de permitir um estudo mais adequado e objetivo, a seguir serão abordados cinco meios alternativos de resolução de disputas, quais sejam a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação e a construção de consenso, tendo por lente de análise conflitos complexos em saúde e a participação da Fazenda Pública.

### 2.2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem é o meio pelo qual um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, toma uma decisão sobre determinado conflito, impondo aos envolvidos dever de observância, declarando qual das partes seria a detentora do direito em discussão. É, portanto, meio heterocompositivo de conflito, assim como a atividade desempenhada pelo Judiciário, na qual um terceiro alheio ao conflito toma a decisão pelas partes envolvidas. Outra semelhança com a jurisdição é a linguagem binária utilizada pelo árbitro, o qual decidirá o processo em favor de um ou de outro litigante, constituindo uma relação de ganhador e perdedor (SACAVONE JR., 2018).

As semelhanças não param por aí. O árbitro é juiz de fato e de direito, o processo arbitral deve observar os requisitos básicos do processo judicial, como o contraditório e a ampla defesa, e a sentença arbitral deve seguir os limites estabelecidos pela lei e pode receber execução forçada, assim como a sentença judicial.

Em que pese as semelhanças, algumas sensíveis diferenças merecem destaque. O prazo para prolação da sentença arbitral será definido pelas partes, e, na ausência de definição, será prolatada em 06 meses<sup>10</sup>, procedimento bem mais célere que o jurisdicional, o qual pode, inclusive, ser convencionado pelas partes, como permite o Artigo 14 da lei 9307/96.

Não há, ainda, duplo grau de jurisdição. À sentença arbitral, portanto, não caberá recurso, devendo ser cumprida pelas partes. Em caso de resistência, por mais paradoxal que

---

<sup>9</sup> Artigo 98, II, da Constituição Federal de 1988.

<sup>10</sup> Artigo 31 da Lei 9307/96.

possa parecer o juiz arbitral ter poder para decidir e não ter poder para executar<sup>11</sup>, o cumprimento será feito pelo Poder Judiciário em execução de título extrajudicial.

O juízo arbitral, entretanto, sofre algumas limitações: sua competência é para direitos patrimoniais e disponíveis. O artigo 1º da Lei 9307/96 determina que o juízo arbitral se ocupará das causas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, que tenham por titulares pessoas capazes de contratar.

O Estado, portanto, poderia ser legitimado para buscar arbitragem na solução de seus conflitos patrimoniais disponíveis, como a negociação de uma dívida ou ressarcimento a ser custeado pelos cofres públicos. Não bastasse o exercício hermenêutico para o termo “pessoa capaz de contratar”, a Lei 13.129/15 fez previsão expressa a tal permissivo, alterando o Artigo 1º, §1º da Lei 93607/96 para determinar que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Superada a legitimidade do poder público como usuário da arbitragem, surge aqui, no entanto, um claro impasse para a solução de conflitos complexos em saúde. Em que pese a discussão quanto à titularidade deste direito, por certo tem-se que não se trata de um direito patrimonial, muito menos disponível, portanto não tutelável pela via da arbitragem. Ainda que fosse possível chegar a um efeito patrimonial desse direito, o traço da complexidade ou da transindividualidade não mais estaria presente, restando apenas uma obrigação de pagar quantia certa, a qual desborda do objeto do presente estudo.

Ademais, como já explanado anteriormente, por conflito complexo tem-se aquele marcado pela transindividualidade e pelo envolvimento de múltiplas partes. Dessa forma, a linguagem binária de ganhador e perdedor utilizada pela arbitragem acaba por comprometer a solução efetiva do conflito, como demonstrado alhures na análise da eficácia das resoluções judiciais para a temática.

Dessa forma, independentemente do direito, se patrimonial ou não, disponível ou indisponível, a polarização existente no procedimento da arbitragem, em semelhança à jurisdição, já seria suficiente para não reconhecê-la como instrumento adequado para a resolução de conflitos complexos.

No que diz respeito à natureza de direito disponível, como já abordado, o conceito de disponibilidade vem sendo estudado e ampliado pela doutrina, como ressalta Cruz (*apud* TARTUCE, 2016, p. 58) “embora a relação jurídica possa ter caráter indisponível; é possível

---

11 Tal peculiaridade é objeto de críticas na doutrina pátria, sendo inclusive indicada como motivo para o baixo uso do instituto no Brasil.

que tenha aspectos patrimoniais negociáveis, o que revela a disponibilidade suficiente para que as partes submetam o impasse à decisão de um árbitro”.

Por fim, cumpre esclarecer que a arbitragem é desenvolvida em Tribunais Arbitrais, os quais têm fins lucrativos, devendo as partes custearem as despesas necessárias à prestação do serviço, inclusive o pagamento dos árbitros, o que, para o poder público, mais uma vez, pode indicar óbice por força dos regramentos que orientam o dispêndio de verbas públicas, como a lei de licitação prevendo procedimento de “escolha” para prestadores de serviço.

Se, por um lado, particulares podem convencionar cláusula arbitral em instrumento contratual, comprometendo-se a dirimir eventual conflito em juízo arbitral, inclusive escolhendo a qual Tribunal Arbitral irão se submeter, para o poder público, optar por se submeter a um juízo arbitral seria igualmente possível, no entanto, a depender da realidade do serviço prestado e da localidade de sua execução, a licitação poderá ser dispensada ou exigida, e, neste último caso, importaria um maior lapso temporal para a sua execução.

## 2.2.2 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Diante das semelhanças e proximidades entre os dois institutos, mediação e conciliação, opta-se por analisá-los de forma conjunta, apontando suas diferenças e priorizando os aspectos que interessam ao objeto geral do presente estudo.

A definição mais comumente encontrada na doutrina traz a conciliação como meio de resolução alternativo de conflito, na qual um terceiro imparcial tem por objetivo único dirimir o conflito existente, podendo sugerir soluções para análise das partes<sup>12</sup>.

É esta participação mais ativa do conciliador e o foco no problema que diferenciam a conciliação da mediação para a doutrina brasileira. O conciliador, após uma avaliação criteriosa das vantagens e desvantagens percebidas nas informações apresentadas pelas partes, poderá sugerir uma solução (SALES, 2009), como se percebe nestas lições:

A principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta a sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigido o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor formulas de acordo. (CALMON, 2007, p. 144).

---

<sup>12</sup>Neste sentido, ver: Sales (2009); Souza (2014); Calmon (2007); e Scavone Jr. (2018).

Em alguns países, como nos Estados Unidos, entretanto, essa diferença não é reconhecida. Conciliação e mediação são tidas por expressões sinônimas, sem qualquer das diferenças apontadas pela doutrina brasileira. Isso porque, em um dos tipos de mediação, a chamada mediação avaliativa, o mediador se aproxima muito do conciliador brasileiro.

Nessa modalidade, o mediador pode fornecer às partes uma previsão do posicionamento judicial sobre o conflito que as envolve, muito embora não faça orientação jurídica, permitindo que elas caminhem naturalmente para um acordo, e, caso haja necessidade de aconselhamento psicológico ou jurídico, ou ainda perícia técnica, fará os encaminhamentos necessários, mas não será este o foco da sua atuação.

Perceba que, em que pese a mediação avaliativa ser próxima da conciliação no Brasil, existe algum foco na relação existente entre as partes em conflito, em reestabelecer o diálogo interrompido, em explorar as raízes do problema; ainda que fora do contexto da mediação, ainda assim, há a preocupação em se restaurar os sentimentos. Essa é uma das finalidades da mediação.

A mediação é um meio não adversarial de solução de conflitos marcado pela interação de um terceiro. É um mecanismo que exige a gestão do conflito pelas próprias partes, que tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes. A intervenção deste terceiro geralmente se efetiva quando, por falta de diálogo ou confiança, as partes não conseguem chegar a uma solução satisfatória. (SALES, 2009, p. 80).

Na mediação, o terceiro imparcial, portanto, tem por foco não apenas o problema, mas também a relação existente entre as partes. Dessa forma, a solução definitiva pode ou não ser encontrada durante uma mediação, sem prejudicar o êxito do processo, desde que as partes tenham evoluído rumo a uma solução, a qual pode ser encontrada inclusive através de um diálogo direto após as sessões de mediação (SOUZA, 2012).

Para tanto, o diálogo e a interação entre os envolvidos são estimulados, favorecendo uma ampliação da percepção do problema e diferentes ângulos para análise dos envolvidos. Assim, é possível buscar o reestabelecimento de antigos vínculos e a ampliação dos canais de comunicação. Conforme afirma Souza (2012, p. 17), “O sucesso do mediador se mede justamente pela sua capacidade de mobilizar as partes nesse sentido, o que fará emergir naturalmente uma solução que seja a melhor possível para todos os envolvidos”.

Tal busca é importante nas relações continuadas, nas quais as partes continuarão a conviver após solucionado o conflito. Já a conciliação aparenta ser mais apropriada para as relações pontuais, uma vez que não têm por foco esta aproximação.



Na mediação, o mediador deve se basear em alguns princípios norteadores de sua atuação e da participação das partes. Em que pese não existir consenso na doutrina ou regulamentação própria, apontam-se 7 (sete) princípios principais para a mediação:

**Liberdade das partes:** as partes devem decidir livremente em resolver o conflito por meio da mediação, sem qualquer coerção, seja esta direta ou indireta e, principalmente, devem estar conscientes que não estão obrigadas a fazerem um acordo.

**Não-competitividade:** as partes devem ser orientadas e incentivadas a ter uma postura colaborativa e não adversarial.

**Poder de decisão das partes:** somente as partes envolvidas têm o poder de decidir como o conflito será resolvido. Cabe ao mediador apenas facilitar o diálogo entre elas.

**Participação de terceiro imparcial:** o mediador deve tratar com igualdade as partes, com o mesmo tom de voz, permitir o mesmo tempo de participação, sem jamais beneficiar uma parte em detrimento da outra.

**Competência do mediador:** o mediador deve além de estar capacitado e se manter capacitado ao longo de suas atividades, ter características essenciais para desempenhar esse papel como a capacidade de escuta, atenção aos detalhes e comportamento das partes, flexibilidade e criatividade, paciência, visão, empatia, não julgamento, confidencialidade.

**Informalidade do processo:** não existem regras rígidas pra o processo de mediação, cabe aos mediadores conduzirem as sessões de forma otimizada.

**Confidencialidade no processo:** as informações trazidas pelas partes ao mediador não poderão ser divulgadas para outras pessoas. O processo é sigiloso, cabendo ao mediador não só manter o sigilo, mas zelar por este. (SALES, 2010, p. 03).

Com base nesses princípios, a mediação será desenvolvida independentemente de qual técnica ou enfoque o mediador venha a adotar. Em outras palavras, qualquer que seja a escola a que se filie o terceiro imparcial, este deverá ter em mente as orientações acima indicadas.

No que diz respeito a tais técnicas de mediação, Souza (2012) as divide em mediação voltada para a resolução do problema, mediação transformativa e mediação narrativa.

Diante dos princípios incidirem em todas as modalidades acima apontadas e de não existir entre elas diferença relevante a ser considerada para o presente estudo, podendo a administração pública adotar uma ou outra conforme melhor se adequar ao caso concreto, passa-se para a análise deste instrumento no seio dos conflitos complexos em saúde.

Aparentemente, a confidencialidade do processo e o poder de decidir das partes indicam dois óbices para a mediação da presente temática. A confidencialidade do processo pode ser analisada em dois prismas, primeiramente no que diz respeito ao seu efeito externo, tudo o que for discutido dentro do processo de mediação não pode ser publicizado. Informações, provas, documentos devem estar acobertados pelo sigilo.

No entanto, a administração pública, além do princípio da publicidade, o qual impõe transparência na condução de decisões administrativas, exige que acordos, contratos e processos administrativos estejam disponíveis para consulta de qualquer interessado.

Ademais, por força do princípio democrático, todas as decisões do poder público devem ser motivadas, explicitando-se como aquele resultado foi alcançado. É o que deve acontecer em um acordo firmado por meio da mediação.

Na tentativa de compatibilizar tal princípio com as particularidades da Fazenda Pública, Souza (2012) elucida que há diferença de aplicação de tal princípio na esfera pública:

Não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado. Vale dizer, quando se pensa em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada. (SOUZA, 2012, p. 66).

No entanto, é no princípio da autodeterminação das partes, também conhecido como princípio da pessoalidade, que reside o maior óbice para os conflitos complexos em saúde.

Na mediação a parte interessada, aquela detentora do direito, única legitimada a transigir, deverá participar do processo, sem qualquer tipo de representação que a substitua, uma vez que um dos objetivos da mediação é o encontro de solução pelas próprias partes.

Tal particularidade impede, portanto, que grupos façam uso do instrumento da mediação, por não ser possível a presença de todos os membros durante as sessões, ao mesmo tempo em que, nos casos de direitos difusos, não é sequer possível a identificação destes.

Nos conflitos complexos em saúde, é bastante comum a presença de grupos como interessados, sejam estes detentores de direitos individuais homogêneos, como usuários de determinado medicamento, ou coletivos e difusos.

Compreende-se, portanto, que, para os conflitos complexos em saúde, a mediação não seria a técnica mais adequada para composição.

### 2.2.3 NEGOCIAÇÃO

O termo negociação pode ser compreendido em dois sentidos: a) referente a todos os meios de solução de conflitos baseados no diálogo entre as partes; b) meio específico de solução de conflitos sem a participação de um terceiro (SALES, 2009).

Para o presente trabalho, será analisada a negociação como forma específica de resolução extrajudicial de conflito.

Como explanado, a negociação prescinde da presença de um terceiro, desta forma o diálogo entre as partes ainda se encontra fluido, permitindo que, através da comunicação, consigam chegar a uma proposta vantajosa a todos.

Em caso positivo, o conflito estará solucionado, ao passo em que podemos afirmar que o seu insucesso será tido como a primeira instância de tentativa de resolução, podendo as partes lançarem mão de outra modalidade extrajudicial para a composição, como a mediação ou arbitragem.

Percebe-se, portanto, que a negociação não é um instrumento criado para a resolução extrajudicial de conflitos, ao contrário da mediação e da arbitragem. Negociar é inerente ao convívio em sociedade, as pessoas estão diariamente fazendo concessões e negociações para solucionarem problemas.

No entanto, a naturalidade de seu uso é objeto de estudo e desenvolvimento de técnicas específicas para uma melhor condução. Sales (2009), em análise ao Programa de Negociação da *Harvard Law School*, traz dois perfis de negociadores: o negociador afável, que faz concessões e que frequentemente troca de posição, leia-se o objeto da negociação, e o negociador rígido, aquele que mantém a mesma posição, foca apenas em suas necessidades e vê a outra parte como adversária.

Levando para um outro prisma de análise, o negociador afável usaria um método colaborativo, integrativo. Já o negociador rígido, um método competitivo ou disruptivo. Este último, segundo Sales (2017), se caracteriza por uma relação ganha-perde, em que uma das partes busca maximizar vitórias sobre a outra. A primeira, por sua vez, fomenta uma relação ganha-ganha.

Na negociação com a administração pública, a relação entre as partes envolvidas precisa ser mantida, uma vez que geralmente estarão em contato por bastante tempo. Mais adequado, portanto, a figura do negociador afável ou a técnica colaborativa.

Outra particularidade da negociação, levando em consideração os conflitos complexos em saúde, é a situação de desvantagem que o particular pode experimentar diante do poder público, principalmente quando se trata de direito fundamental.

Este particular pode ser desde o cidadão usuário do sistema como um contratante, distribuidor de medicamento. Nesses casos, na negociação de conflitos complexos, a presença deste particular desassistido pode causar vício de vontade insuperável para a execução do acordo.

A quebra da isonomia de poderes entre as partes, ao que se observa, retiraria da negociação sem um terceiro imparcial a possibilidade de ser um instrumento adequado para a resolução de alguns conflitos complexos.

Fala-se em negociação sem um terceiro imparcial, haja vista que, no primeiro sentido trazido por Lilia Sales e acima descrito, como todos os meios de resolução de conflito baseados no diálogo, a presença deste personagem pode suprir o desequilíbrio a princípio encontrado nesta segunda acepção da palavra e, assim, em eventual mediação ou conciliação, contar com a legalidade.

#### 2.2.4 CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

A construção de consenso, analisada com maior ênfase no capítulo seguinte, é uma técnica de solução de conflitos guiada por um terceiro imparcial, a qual permite a acomodação de múltiplas partes, para um diálogo colaborativo e informado, exercido por cada uma delas em igual nível de participação, com a finalidade de aprofundar a análise de interesses e aproximar posições.

Esta técnica é descrita por Sales (2017) em três fases. A primeira seria o momento em que uma pessoa capacitada e com nível de liderança reconhecido entre os envolvidos contactaria os supostos interessados para participar das sessões e solucionar o conflito. Esses interessados podem ser pessoas físicas, pessoas jurídicas, públicas ou privadas, bem como grupos que legitimariam um participante para representá-los. Perceba que não há polarização, mas tentativa de identificar cada um dos envolvidos e fomentar a participação de todos.

Com a aceitação dos interessados, outro passo será dado com a definição da agenda, o procedimento a ser usado e o papel de cada participante. Logo em seguida, a segunda fase se inicia com as partes expondo ideias para a solução do conflito, trazendo informações, documentos, expondo suas posições e interesses, participando de perícias, entre outros atos informativos que podem surgir ao longo do procedimento. Neste momento, várias técnicas podem ser empregadas para favorecer a empatia entre os participantes, sua criatividade e a elaboração de uma proposta conjunta, como adiante será demonstrado.

A celebração do acordo é a consolidação desta fase, quando são definidos os termos em que se darão a solução e a responsabilidade de cada participante. Mesmo após o início da execução deste, o grupo mantém-se vinculado para solucionar eventuais problemas que surjam ao longo dessa fase, reunindo-se novamente e deliberando para readequar o compromisso.

Nesta técnica de resolução extrajudicial de conflitos, aparentemente todos os óbices encontrados nas análises dos meios de composição extrajudicial até aqui trazidos para a solução de conflitos complexos em saúde parecem ser superados.

O desequilíbrio das partes, por exemplo, a princípio presente na negociação direta entre o particular e o poder público, pode ser atenuado com a participação de um terceiro imparcial, presente na construção de consenso, como já analisado.

A linguagem binária da arbitragem, a polaridade do conflito e o seu procedimento engessado, identificados como óbices para a resolução de conflitos complexos em saúde, são substituídos pela possibilidade de participação de diversos interessados, os quais se relacionaram na figura de colaboradores, e não opositores, podendo se manifestar, produzir provas e contribuir para a construção de uma solução o mais próximo possível daquilo que seria ideal. Quanto ao procedimento, este é definido com a participação de todos os envolvidos, em comum acordo, antes de iniciar a fase de diálogo.

O sigilo das informações exigido na mediação e a na conciliação, incompatível com o princípio da publicidade, balizador da atuação do poder público, é superado pela premissa da metodologia inclusiva, a qual favorece um diálogo de manifestação e participação equânime entre as partes participantes, bem como a troca de informações com total transparência entre todos os envolvidos e a sociedade, atendendo ao referido princípio.

O princípio da pessoalidade, por sua vez, impeditivo para a representação de interesses na mediação e conciliação, exigindo que as partes participem pessoalmente das sessões, sem permitir qualquer tipo de representação, é superado pelo fundamento da legitimidade dos representantes, acomodando, assim, a solução de conflitos envolvendo grupos, bastante frequente nas temáticas em saúde. Neste caso, aqueles que estejam sendo representados podem, antes de qualquer compromisso assumido por seu representante, ter conhecimento dos termos em que o acordo está sendo delineado e, ainda assim, contribuir com sugestões que serão levadas ao grupo para decisão.

Por intermédio da análise das características de cada um dos meios extrajudiciais de composição de conflitos, é possível perceber uma maior aproximação das particularidades que

norteiam a atuação do Estado e dos traços marcantes dos conflitos complexos em saúde com o instrumento da construção de consenso.

### 3 A CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

#### 3.1 Origem, conceito e objeto

Construir um consenso nada mais é do que buscar um acordo. O termo já era usado por Aristóteles na Grécia Antiga e continuou sendo usado na Psicologia Social até que os técnicos contemporâneos da construção de consenso o absorveram (LAUTIER, 2010). Foi somente em 1980 que a nomenclatura “construção de consenso” foi esculpida por Lawrence Susskind, para se referir a um método de solução extrajudicial de conflitos (SUSSKIND, 1999).

Construir um consenso nada mais é do que buscar um acordo. O termo já era usado por Aristóteles na Grécia Antiga e continuou sendo usado na Psicologia Social até que os técnicos contemporâneos da construção de consenso o absorveram (LAUTIER, 2010, p. 356). Foi somente em 1980 que a nomenclatura “construção de consenso” foi esculpida por Lawrence Susskind, para se referir a um método de solução extrajudicial de conflitos (SUSSKIND, 1999).

O objeto do presente estudo é, portanto, um mecanismo autônomo de autocomposição de conflitos complexos, com princípios próprios e regras procedimentais específicas – muito embora seja possível encontrar a expressão “construção de consenso” para se referir a resultados exitosos obtidos através de outras técnicas consensuais.

Susskind, em que pese ser um especialista em planejamento urbano, desenvolveu a técnica da construção de consenso no início da década de 1980 e veio a descrevê-la em dois importantes livros: *Breaking Robert's Rule: The new way to run your meeting build consensus* e *The Consensus building hand book: A comprehensive guide to reaching agreement*.

A teoria foi concebida no Centro de Programa de Disputas Públicas da Harvard Law School, para, apenas em 1993, com a criação do Consensus Building Institute (CBI), associado ao Massachusetts Institute of Technology (MIT), ser usada como base para serviços de facilitação de resolução de disputas, vendido pelo referido instituto – uma organização sem fins lucrativos – para agências públicas, grupos não governamentais e diversas corporações ao redor do mundo (CRUZ, 2019).

É descrita pormenorizadamente por Susskind no livro *Breaking Robert's Rules* como uma proposta alternativa às *Robert's rules* (“Regras de Robert”), em referência ao General Henry Martin Robert, que, durante o serviço militar, por ter sido transferido para diferentes

estados norte-americanos, pôde perceber que não existiam regras específicas para deliberações coletivas. Decide, então, lançar um livro com informações compiladas, trazendo as “regras de ordem” de uma deliberação coletiva, difundidas atualmente com as *Robert’s rules*, as quais traziam de forma pormenorizada todas as fases e atos necessários à tomada de decisões em comunidade, ultimando-se em uma votação e saindo por vitoriosa a posição com maior número de votos.

Foi pensando nessa minoria perdedora, a qual geralmente traz instabilidade às decisões tomadas majoritariamente, que Susskind desenvolveu a construção de consenso, técnica baseada no diálogo informado e cooperativo, que permite que os principais atores envolvidos em um conflito complexo construam uma decisão capaz de acomodar o maior número de interesses apresentados (SUSSKIND, 2006).

Embora as demandas de saúde não tenham um resultado obtido por votação, pelo sistema judicial brasileiro, o pedido de mérito posto à apreciação, quando analisado, só poderá ser acolhido ou refutado, não havendo meio termo ou outra forma de decisão. Sendo assim, uma parte irá sucumbir, necessariamente.

Na construção de consenso, no entanto, abraça-se o conflito sem suprimi-lo, reconhecendo e analisando as diferenças para aprimorá-las e, assim, conseguir produzir novos valores através de interação (SAPORITO, 2016). Permite-se, portanto, que as partes aproximem seus interesses, mesclando suas sugestões, sem que seja necessário fazer concessões, mas, sim, trocas alimentadas pela empatia que se revela através das técnicas de autocomposição.

O uso indiscriminado de astreintes nas demandas de saúde demonstram essa falta de aproximação. A multa diária, não importa o valor arbitrado, se fixada para um prazo exíguo de cumprimento, a multa irá incidir, o que significa não cumprimento da decisão judicial, oneração dos cofres públicos, mesmo que esta não seja a “vontade” do demandado.

Isso porque o processo de aquisição de um insumo médico por decisão judicial, seja ele qual for, exige o cumprimento de certas formalidades, exigidas por lei, muito embora seja hipótese de dispensa de licitação.

Tais formalidades englobam a cotação com fornecedores para se adquirir pelo menor preço, a contratação da compra, emissão de nota de empenho e, por fim, o prazo de entrega do insumo. Cumprir tudo isso em 5 dias, ou imediatamente, como algumas decisões determinam, só irá onerar os cofres públicos e o objeto de maior interesse, qual seja o tratamento médico, continuará sem ser fornecido no prazo fixado.



Fixar prazo razoável não é ignorar a urgência médica em litígio, mas compreender as limitações fáticas da demanda. A empatia, ou seja, entender o que se está por trás do não cumprimento e o agir de forma racional e proporcional, permitiria uma destinação mais eficaz de recursos públicos e uma melhor adequação da coercibilidade judicial.

A empatia é, portanto, desenvolvida a partir do entendimento das razões do outro e dos fatos que as norteiam. De acordo com a teoria em estudo, conhecer o problema de diversos ângulos e suas diferentes consequências permite que os envolvidos busquem a melhor solução, e não a sua solução, construindo algo que seja de todos e, assim, favorecendo uma maior adesão para a sua execução (SUSSKIND, 1999).

Para tanto, é necessário compreender e explorar o problema – todas as situações que o envolvem e os fatores políticos, sociais ou econômicos, ou seja, todo o seu contexto relacional. Só assim será possível estabelecer um diálogo cooperativo entre os envolvidos (SALES, 2010).

Novamente usando o exemplo das astreintes e do prazo exíguo, levando-se em consideração a entrega de um insumo médico, além do procedimento de aquisição anteriormente explicado, deve-se ainda considerar que a maioria dos distribuidores de medicamento trabalham com frete e prazo para a entrega, o que muitas vezes pode levar dias ou semanas, fato este se quer analisado pelo judiciário.

Em outras palavras, o ente demandado estará pagando multa diária durante o prazo de entrega exigido pelo próprio fornecedor, sem ter contribuído dolosamente pelo decurso do lapso temporal fixado pelo magistrado. Pior situação é o de medicamentos importados, onde há ainda o desembaraço aduaneiro a elevar as astreintes.

Conhecer o contexto relacional do problema, portanto, as diversas nuances de manifestação do conflito, quando identificadas, favorecem uma solução mais adequada. Dessa forma, compreender adequadamente as posições, os interesses e os valores que gravitam em torno do problema é essencial para um bom desempenho do mecanismo (SALES, 2017).

Posição é o que cada parte traz como reivindicação, ou seja, o que cada uma busca extrair do conflito. Os interesses seriam os motivos que fazem as partes envolvidas buscarem determinada posição. E os valores, por sua vez, são os fundamentos que explicam a importância de se conseguir a posição.

Trazendo para um exemplo prático, usando os medicamentos oncológicos de alto custo que não proporcionam cura, mas apenas sobrevida, na visão do paciente, teríamos a seguinte relação: querer o medicamento é uma posição. Querer o medicamento para conseguir

uma maior sobrevida é o seu interesse. Querer o medicamento para conseguir uma maior sobrevida e, assim, presenciar o casamento de um filho, este é o valor.

Em outra lente, na visão do Estado: não fornecer o medicamento, é uma posição. Não fornecer o medicamento por não existir comprovação científica de cura, é o interesse. Não fornecer o medicamento, por não existir comprovação científica de cura e comprometer o orçamento para os demais usuários do SUS, é o valor.

Dessa forma, na técnica de construção de consenso, cada posição que compõe o conflito deve ser analisada, identificando-se o interesse e o valor que as sustentam. Para tanto faz-se necessário que todos os envolvidos na controvérsia, ou os principais, participem da discussão, e assim tenham voz e igualdade de participação.

No exemplo a pouco trazido seria necessário não só a participação do Estado, mas de um representante médico que esclarecesse as evidências científicas, de um representante dos pacientes, da defensoria pública e ministério público, e de outros atores que por ventura demonstrassem interesse direto no litígio.

Essa participação plural só existe quando o direito em discussão toma uma proporção transindividual, desbordando da costumeira bilateralidade e atingindo diversas pessoas ou grupos. É este tipo de conflito que serve de objeto para o mecanismo em análise.

De nada adianta analisar o conflito sob a ótica do paciente do dever do Estado em prestar o serviço de saúde. O Art. 196 da CF/88 sempre prevalecerá sobre um laudo médico, se o contexto relacional do problema não for devidamente analisado.

O que se observa, portanto, é que a construção de consenso foi desenvolvida com o intuito de compor uma solução para conflitos complexos, composição esta que deve ser feita por todos os envolvidos.

### 3.2 PREMISSAS, FUNDAMENTOS E FASES DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

A possibilidade de grupos distintos poderem obter ganhos, e assim sair do mecanismo com uma situação mais favorável, permite que a construção de consenso possa ser usada como poderoso instrumento de elaboração de políticas públicas que atendam aos anseios sociais e, ao mesmo tempo, se adequem às particularidades do Estado (CRUZ, 2019). Sendo assim, o processo de construção de consenso foi idealizado para atender a determinadas premissas e fundamentos considerados essenciais para uma composição sustentável de um conflito complexo.

No que diz respeito a premissas, o desenvolvimento do mecanismo deve levar em consideração as seguintes orientações: permitir o reconhecimento das diferenças, possibilitar que as partes se mantenham em desacordo, desenvolver uma metodologia inclusiva e identificar e distinguir as posições, os interesses e os valores das partes (SALES, 2017).

Levando em consideração a problemática de medicamentos oncológicos de alto custo sem evidencia de cura, mas sobrevida, perceber as diferenças favorece o entendimento do conflito em todas as suas variáveis, e assim, com esse reconhecimento, é possível aumentar a empatia entre os participantes, o que por sua vez contribui para a construção de uma posição que sintetize tais diferenças. Cada um dos envolvidos, Estado, corpo médico, pacientes, distribuidores, portanto, contribuirão com a sua particularidade para a construção do consenso.

No entanto, percebe-se que essas mesmas diferenças, capazes de construir um acordo plural, podem impedi-lo. Tratar da temática saúde, muitas vezes pode ser um trabalho difícil de ser desempenhado, não apenas pela complexidade do serviço público prestado, como já explanado, mas principalmente por envolver decisões delicadas com consequências diretas sobre a vida ou morte de um indivíduo.

O que se busca demonstrar, é que, independentemente da complexidade da temática, o direito de manter-se em desacordo deve ser garantido a todos os participantes. Isso porque não é a persuasão o instrumento da construção de consenso, mas a compreensão de que, naquele cenário exposto, aquela posição é a única possível; assim, a parte pode registrar a sua discordância, sem inviabilizar o processo em si, colaborando com a exposição de seus interesses e valores.

A ausência de acordo, portanto, não significa fracasso do mecanismo de construção de consenso. Muito embora a nomenclatura sinalize para a construção de um consenso, este pode não ser alcançado e ainda assim, em sucesso, diminuir o problema analisado, seja por medidas alternativas ao fornecimento do medicamento, ou pela substituição por outro medicamento, seja pela possibilidade de negociação mais adequada com os distribuidores ou outra circunstância favorável encontrada a partir de uma análise empática, favorecida pela metodologia inclusiva.

A metodologia inclusiva, por sua vez, prima pela participação igualitária dos envolvidos, permitindo um diálogo de cooperação na tentativa de mitigar a polarização do conflito. Os envolvidos são, portanto, apresentados como colaboradores e não como opositores; para tanto, precisam sentir que lhes foi oferecido o mesmo espaço e importância no processo.

Por isso a necessidade de se identificar corretamente os principais interessados no litígio, aqueles que serão atingidos pelo acordo e que possam de alguma forma contribuir ou prejudicar a sua implementação.

Essa participação deve ser marcada por uma forma de comunicação colaborativa, dado que os atores devem expor suas ideias e seus interesses em uma linguagem não abusiva, enfatizando os pontos em comum e evitando críticas. Com essas premissas, consegue-se orientar o desenvolvimento de um processo consensual marcado pelo diálogo entre os participantes e capaz de atender aos interesses envolvidos no conflito.

Observa-se, ainda, que a teoria da construção de consenso, além das premissas acima descritas, usa de fundamentos que irão embasar os diferentes atos e fases deste processo consensual, quais sejam: legitimidade dos representantes; definição de papéis; agenda e regras de debate; apuração conjunta dos fatos antes das tomadas de decisão; maximização de ganhos mútuos; *feedback* aos grupos representados; e antecipação de obstáculos à implementação do acordo (SUSSKIND, 2006).

Em uma análise mais objetiva e adequada para o presente estudo, pode-se resumir tais fundamentos à necessidade de se deixar clara a responsabilidade dos representantes para com os representados quando a tomada de decisão envolver grupos ou organizações; o diálogo entre as partes só poderá começar quando todos os participantes se identificarem, exporem a sua missão e estabelecerem uma agenda de trabalho e as regras que orientarão os debates; as informações trazidas ao debate devem ser consideradas como confiáveis por todos os integrantes, embora não haja concordância acerca do seu conteúdo; os grupos devem buscar soluções que favoreçam uma situação melhor do que a existente; quando existirem representantes dentre os participantes, é importante que seja elaborado um esboço da sugestão final, de acordo com o que os representados avaliam para os interesses de todos; os envolvidos devem pensar à frente, buscando prevenir obstáculos que possam prejudicar ou dificultar a implementação do acordo (SALES, 2010).

As premissas e os fundamentos descritos anteriormente devem ser aplicados durante o desenvolvimento do processo de construção de consenso, em um verdadeiro encadeamento lógico e ordenado de atos, visando atribuir credibilidade, transparência e lisura à solução que se busca obter (CRUZ, 2019).

Sendo assim, se tomarmos como exemplo uma demanda em que se busca organizar a realização de procedimentos cirúrgicos eletivos, seria necessário reunir não apenas os entes federados, mas corpo médico, associações civis, defensoria pública, secretarias ou ministérios

que tenham suas pastas envoltas na temática, como o de saúde e o de administração, tribunas de contas.

Só então será possível iniciar as reuniões, esclarecendo a participação colaborativa de todos e a responsabilidade com os eventuais representados. A agenda e as regras de debate, devem ser definidas em seguida, agendando as datas de reuniões, a ordem de fala e as regras que nortearão as sessões.

Cada participante deverá se apresentar e expor a sua missão durante as tratativas. Como se trata de um serviço público já existente, a forma de execução das cirurgias eletivas deve ser esclarecida, para que todos tenham o mesmo conhecimento e possam de aí sugerir soluções. Da mesma forma, a realidade vivenciada por cada um dos interessados, defensoria pública, corpo médico, representante dos pacientes, também devem ser expostas. São essas informações que permitirão o surgimento de sugestões próximas ao interesse de todos.

É esse diálogo colaborativo que também poderá identificar gargalos, como a falta de médicos, ou insumos, bem como fluxo de trabalho inadequado, como a forma de organização da lista de cirurgias e o controle da fila de pacientes.

Para tanto, o grupo deve ter em mente que tais sugestões buscam uma situação fática melhor que a existente, muito embora, possa não ser a ideal para o seu interesse. É a reunião e discussão dessas sugestões, com as informações trazidas por cada um dos interessados, que permitirá a elaboração de um compromisso único envolvendo todos os atores do problema.

Esse encadeamento lógico de atos pode ser estudado em 5 (cinco) fases distintas e com finalidades próprias: a) convocação dos participantes; b) atribuição dos papéis e das responsabilidades; c) resolução de problemas coletivos pela mediação; d) fechamento de acordo; e e) cumprimento dos compromissos assumidos (SUSSKIND, 2006).

Em uma visão mais objetiva do mecanismo, tomando por base os atos de negociação que envolvem o processo de construção de consenso, podem ser identificadas 3 (três) fases distintas: pré-negocial, negocial e pós-negocial (SALES, 2017), as quais serão analisadas adiante, em detrimento daquelas identificadas por Susskind (2006), por opção justificada na finalidade do presente estudo.

Na fase pré-negocial estariam incluídas a convocação dos participantes e a atribuição de seus papéis e responsabilidades. Na fase negocial, a resolução de problemas coletivos pela mediação e o fechamento do acordo. Por fim, na fase pós-negocial, o cumprimento dos compromissos assumidos.

A primeira fase, e talvez a mais importante para se chegar a um consenso, envolve os atos de convocação. É nesta fase que se analisa quais pessoas devem estar envolvidas no

mecanismo, se o conflito pode ser resolvido pela técnica da construção de consenso e, caso seja possível, como.

Tais atos de convocação, quando mal desenvolvidos, podem trazer à mesa as pessoas erradas, ou submeter ao processo de construção de consenso conflitos que não são complexos, ou mesmo que são complexos, mas que envolvam valores morais impossíveis de serem ajustados em uma solução autocompositiva (SUSSKIND, 2006).

Por isso a importância de uma estrutura permanente dentro do Estado de Pernambuco, mais precisamente em sua Procuradoria Geral, órgão que atua em toda a descentralização estatal, prestando assessoria judicial e extrajudicial e assim conhecendo de perto o funcionamento da máquina administrativa, ao mesmo tempo em que atua junto às instituições de justiça e controle que poderão estar envolvidas na fiscalização do serviço de saúde.

Para o desenvolvimento desta fase, é necessário que alguém seja responsável por identificar os participantes e contatá-los. Essa pessoa deve apresentar algumas características indispensáveis: conhecer o conflito para poder identificar quem são as pessoas envolvidas, conhecer seus principais argumentos e os obstáculos iniciais para o ajuste de um acordo; ter algum tipo de influência ou posição de liderança capaz de obter a atenção dos envolvidos; apresentar algum traço de imparcialidade; ter conhecimento das técnicas de construção de consenso.

Mais uma vez a Procuradoria do Estado preenche tais requisitos. O conhecimento do conflito, seus principais obstáculos e a liderança vem do seu próprio papel constitucional de assessoramento do Executivo, Poder responsável pela execução do serviço de saúde e detentor da discricionariedade necessária para a elaboração de políticas públicas em saúde.

A imparcialidade por ser favorecida pela presença de um terceiro imparcial – mediador - com conhecimento nas técnicas de construção de consenso, suprindo por fim o último requisito.

É nesta fase também que é feito o levantamento de recursos. Susskind (2006) elege como recurso mais difícil, o pessoal. Seja pela identificação dos interessados, seja pela existência de pessoas disponíveis dotadas de características essenciais para o desenvolvimento dos trabalhos.

Isso porque, neste momento, não mais se identifica meros interessados, mas aqueles que deverão se sentar à mesa de negociações. Como já exposto anteriormente, esse indivíduo deve ser legitimado pelo grupo que representa, devendo também estar aberto à construção de um consenso, ter conhecimentos suficientes para a solução do conflito e disponibilidade para se dedicar aos trabalhos.

Com a litigância, bastante comum na formação dos acadêmicos de Direito no Brasil, encontrar representantes de Ministério Público e Defensoria, bem como da própria advocacia de estado, munidos das características necessárias à resolução consensual de conflitos, pode ser tarefa árdua, mas não improvável. Tal característica não deve ser um obstáculo, mas um norteador para a escolha de tais participantes.

Na fase negocial, marcada pela resolução mediada do conflito e pela elaboração do acordo, caberá ao facilitador estimular a participação das partes através de uma metodologia inclusiva, estabelecendo as diretrizes para um diálogo colaborativo e, assim, estimulando a participação das partes na demonstração de suas posições, interesses e valores (SALES, 2017).

Obviamente, se há conflito, há interesses e posições diferentes, e conseqüentemente uma parte discordará daquela posição que não se adequa ao seu interesse. Sendo assim, deve-se ter em mente como discordar de assuntos substanciais sem ser ofensivo, sem atacar as razões expostas ou o caráter de seu interlocutor. Deve-se, portanto, deliberar de uma forma não julgadora, permitindo que todos os participantes sejam ouvidos e que os demais estejam atentos a essa fala (SUSSKIND, 2006).

Nesta fase, fomentar emoções positivas entre os participantes colabora para a sua aproximação emocional, favorecendo um acordo mais estável, uma vez que reduz o medo e a desconfiança e, assim, permite que novas ideias sejam consideradas (FISHER, 2019).

Esse papel é essencialmente desenvolvido pelo mediador, muito embora precise do instrumento humano para sua eficácia, o que nos faz, mais uma vez, ressaltar a importância na escolha daqueles que participarão do mecanismo.

As ideias, por sua vez, são ferramentas substanciais para a construção de consenso. Nas demandas de saúde, como já existe um serviço público em adiantamento e pessoas envolvidas nessa execução, a experiência dos envolvidos, nas suas mais diferentes áreas é um aspecto extremamente positivo para a identificação de ideias válidas e executáveis.

Algumas técnicas que fomentam seu desenvolvimento podem ser usadas, a exemplo do *brainstorming*: as pessoas vão expondo suas soluções sem muito apego ao “possível”, no intuito de identificar o maior número de sugestões. E só depois discutir, através da experiência e possibilidade dos demais participantes, a sua viabilidade.

Ao *brainstorming* é possível agregar outra técnica e, assim, tentar formar pacotes com as soluções apresentadas, em uma verdadeira junção de várias boas opções ou ideias postas pelos integrantes, as quais podem ainda ser mescladas, excluídas ou aprimoradas entre si no intuito de encontrar algo que favoreça um ganho mútuo.

Por exemplo, a idéia de contratação de um sistema de informática para a organização da fila das cirurgias eletivas, trazida pela Defensoria Pública, pode ser agregada à possibilidade de acesso ao público da fila de pacientes, trazida pelo representante dos usuários do sistema SUS, criando uma única ideia de sistema informatizado que tanto organize a fila, como permita acesso público.

Vale ressaltar que em nenhuma das duas técnicas haverá comprometimento entre aquele que apresentou a ideia e a sua aceitação ao final. Trazer a ideia à mesa, não significa comprometer-se com ela (SUSSKIND, 2006).

Essa ideia ou esse pacote podem ser ainda mais aprimorados através da técnica do “E se...?”. Segundo o autor, ela consiste basicamente em uma maneira simples de testar a solução dentro dos interesses de um grupo específico, o qual ainda não aderiu à solução até então construída, acrescentando uma nova proposta ou condição baseada em algum interesse já exposto

Um dos participantes poderia não aderir a uma solução por entender que levaria muito tempo para ser implementada. O facilitador, usando a técnica do “E se...?”, pode tentar buscar a adesão deste participante questionando-o: “E se estipulássemos um prazo de tantos meses?”. Esse é um momento facilmente variável de um tipo de conflito para outro, podendo ser guiado pelo facilitador ou até mesmo pelos próprios participantes, caso o diálogo entre eles tenha uma boa dinâmica. O importante nesse momento é estar atento aos interesses existentes na mesa: só assim será possível, através das técnicas antes descritas, construir uma ou algumas posições que se aproximem do considerado satisfatório por todos.

Diante da possibilidade de todos os participantes apresentarem uma ou algumas sugestões, e das formulações que surgem a partir da aplicação da técnica do “E se...?”, ao final de algumas reuniões e debates será possível listar uma série de pontos de consenso e divergências, os quais, analisados conjuntamente, podem apresentar um esboço de proposta para a solução do conflito.

Ainda na fase negocial, e caso seja necessário, após a apresentação de tal esboço, o facilitador deve se reunir isoladamente com cada parte interessada, construindo o pacote ideal de sugestões, o qual será acrescido e atualizado a cada reunião, representando uma junção dos interesses de todos os participantes.

Em um exemplo prático para melhor compreensão, o facilitador redigiria um texto único, um resumo prático, depois de se reunir com o grupo A. Em seguida, coloca esse esboço “passado a limpo” em discussão com o grupo B; após ouvir o grupo B, modifica-o e segue



para seu encontro com o grupo C, com um novo texto consolidado em mãos, sem identificar a autoria dos acréscimos.

A técnica do texto único permite suavizar o processo de mudança de posição dos participantes, os quais muitas vezes não se sentem confortáveis em fazê-lo de forma anunciada. Ela permite também uma análise das posições sem autoria, diminuindo a carga emocional negativa que pode existir entre grupos que defendem diferentes ideais, como ocorre com a defensoria pública e a advocacia de estado (SUSSKIND, 1999).

Dessa forma, o que se discute deve ser amplo o bastante para permitir a construção de soluções que abranjam os diferentes problemas que podem compor o conflito, favorecendo a formação de uma posição que se permita ser construída através da mesclagem de todas as outras posições apresentadas durante os debates. Ao final da construção desse texto único, caso existam grupos representados, a proposição construída deve ser levada àqueles que não participaram das discussões, oportunizando um momento de *feedback*.

Esse *feedback* consiste na devolutiva das posições – firmadas durante os debates – aos grupos interessados. Ao mesmo tempo em que favorece a participação direta dos interessados, ao permitir que façam suas sugestões à proposta apresentada, esse diálogo intermediado é de suma importância para uma solução legitimada e executável.

O representante deve, portanto, basear-se em uma liderança facilitadora, permitindo que os representados reflitam sobre as suas opções de forma coerente, incentivando-os a construir propostas que sejam mutuamente vantajosas. Um representante impositivo, negacionista ou litigioso, destoa da construção de consenso. Aqui as partes devem construir conjuntamente uma solução e, assim, assumir a responsabilidade pelo seu futuro. Elas devem se sentir responsáveis pela solução encontrada, pelos ganhos e perdas consequentes.

Isso pode fazer com que posições já superadas pelo grupo de construção de consenso voltem à tona, trazidas por pessoas que não vivenciaram a aproximação de interesses favorecida pelas técnicas implementadas pelo facilitador, causando desconforto e distanciando o consenso. Cabe ao facilitador ouvir todas as propostas, resumi-las e colocá-las em teste.

Encontrada a solução e tomada a decisão, deve-se ainda antecipar eventuais obstáculos à sua implementação, como também já abordado no último fundamento analisado. Entramos na fase pós-negocial.

Além das questões operacionais necessárias à implementação do acordo, deve-se ter em mente ainda a própria implementação. Várias são as circunstâncias, sejam elas previsíveis ou imprevisíveis, que podem prejudicar o cumprimento das responsabilidades assumidas.

Nas demandas de saúde, os imprevistos são constantes, desde uma pandemia completamente imprevista a um desabastecimento de medicamento, que embora possa ser minorado com planejamento e logística, ainda assim pode ser fator surpresa por diversos motivos, desde uma greve de caminhoeiros à alta do dólar.

O importante é ter no próprio acordo alguma forma de contingenciamento desses obstáculos, estabelecendo um mecanismo de acompanhamento de implementação das decisões e não inviabilizando futuras negociações. É preciso deixar sempre aberta a possibilidade de rediscussão do que foi decidido (SALES, 2017).

No presente trabalho, como a proposta diz respeito a um fórum permanente de construção de consenso em políticas públicas de saúde, o próprio fórum deve ficar responsável em solucionar as eventualidades, fiscalizando e monitorando a execução do acordo e reconvocando os participantes quando for necessário algum ajuste.

Assim, teremos um instrumento permanente de reavaliação de estratégias, discutido e implementado pelos mesmo personagens que participaram do acordo inicial, através de regras previamente definidas.

#### **4 PROJETO DE INTERVENÇÃO: CRIAÇÃO DE UM FÓRUM PERMANENTE DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSO EM CONFLITOS COMPLEXOS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE**

A lei 13.105/15 trouxe em seu artigo 174 e 175, orientação para os entes federados criarem, no âmbito administrativo, camaras de mediação e conciliação para a solução consensual de conflitos.

Tal orientação vem sendo concretizada no âmbito da AGU, como já exposto no capítulo 3, bem como em diversas procuradorias municipais e distritais. O órgão não poderia ser mais adequado, vez que a Constituição Federal em seu artigo 131 atribui à AGU a função de representar judicial e extrajudicialmente os interesses da União. Tal competência funcional é repetida em simetria para Estados, Distrito Federal e Municípios, embora no último caso não haja a obrigatoriedade de uma instituição pública.

Sendo assim, diante da finalidade de composição de conflitos complexos e elaboração de políticas públicas em saúde, sugere-se que o fórum permanente de construção de consenso criado pelo ente federado, esteja enquadrado dentro da organização administrativa da procuradoria que o representa e assessora.

Isso porque a última palavra em termos de política pública é, constitucionalmente, do Poder Executivo, cabendo a este discutir e elaborar o fluxograma necessário para a sua execução e portanto, dentro de uma administração pública dialogal e colaborativa, estaria apto a receber, através da sua procuradoria, todos os personagens diretamente interessados no conflito, para que, através de um terceiro imparcial, construa uma solução consensual para suprir a necessidade pública.

Um fórum permanente de construção de consenso em políticas públicas de saúde serviria, portanto, para gerir soluções em conflitos transindividuais, devendo ser composto, principalmente, pelos órgãos públicos envolvidos na prestação deste importante serviço estatal, pelos ministérios públicos estadual e federal, pelas defensorias públicas estadual e federal, pelos tribunais de contas estadual e federal, por instituições públicas e privadas, associações e todos os que se apresentarem como parte interessada.

Atuaria, desta forma, com uma estrutura previamente determinada, no entanto não exaustiva, a ser definida e convocada de acordo com a problemática apresentada para debate,

permitindo também a participação de instituições e pessoas relacionadas direta e indiretamente com a promoção da saúde, seu custeio e utilização dos serviços.

Essas partes se reuniriam juntamente com os principais atores para, sistematicamente, discutir e gerar propostas de solução, mantendo um canal permanente de sugestões para construção de políticas públicas em saúde, a depender da temática a ser tratada.

As discussões que serão levadas ao fórum devem envolver conflitos complexos, ou seja, transindividuais e, conseqüentemente, multipartes, como, a título exemplificativo, os reflexos orçamentários dos bloqueios judiciais, a aquisição de medicamentos de baixo custo e suas licitações desertas, as filas de cirurgia eletiva e exames clínicos e diagnósticos, a incorporação de medicamentos aos protocolos de tratamento do SUS em sua esfera federativa, o fornecimento de medicamentos oncológicos por decisão judicial etc.

Os conflitos individuais, entretanto, não serão objeto do mecanismo, devendo permanecer recebendo a solução através do método de composição mais adequado, qual seja o judicial e extrajudicialmente, a mediação e conciliação.

No entanto, vale ressaltar, como já esclarecido no presente estudo, tais problemáticas, por se revelarem muitas vezes como consequência de um conflito transindividual, poderão acabar solucionadas dispensando e, desta forma, diminuindo a solução individual de tais controvérsias, desafogando o judiciário e trazendo inúmeros benefícios, orçamentários e de logística, para o Estado de Pernambuco.

Vale esclarecer ainda que não se desconhece a titularidade das decisões político-administrativas envolvendo a saúde. Estas surgem unicamente da discricionariedade dos agentes políticos envolvidos na temática, autoridades legal e constitucionalmente competentes para identificar e implementar as políticas públicas necessárias para a concretização do direito à saúde.

E, por isso mesmo, um instrumento de composição extrajudicial, em que permite e reconhece que as partes se mantenham em desacordo, permitindo que haja a recusa ao acordo construído através das técnicas de construção de consenso explanadas no capítulo 3, se molda ainda mais às balizas da atuação do administrador público.

Ademais, quando a negociação se dá através de um órgão estruturado, com regras previamente determinadas pelas próprias partes e a participação de todos os interessados, o gestor público, muitas vezes alvo de pressões políticas externas, pode ser resguardado e ter sua decisão legitimada pelo consenso formado no fórum.

Perceba que, tanto para administração pública, no que diz respeito à força de trabalho e orçamento, como para o próprio gestor, o Fórum Permanente de Construção de Consenso poderá trazer inúmeros benefícios, colocando, ainda, a Procuradoria Geral do Estado em papel de protagonismo na eficiência da gestão da máquina pública.

No entanto, ainda que não seja possível o consenso, a tentativa de diálogo empático, aqui pretendida, pode munir tais agentes com debates enriquecedores sobre a temática, favorecendo um detalhamento das lateralidades do conflito, estudos técnicos, sociológicos e demográficos, análises epidemiológicas, proposições jurídicas e medidas comparativas implementadas por outros entes da federação, encaminhando assim sugestões diretas e concretas relacionadas com seu objetivo principal.

Em resumo, um fórum permanente de construção de consenso em políticas públicas de saúde e conflitos complexos serviria de instrumento adequado para a formulação de acordos, para a elaboração de políticas públicas, ou pelo menos, e não menos importante, como fonte de informações essenciais para uma melhor análise da temática em mesa.

Os governos e demais entidades públicas e privadas, as associações e outros envolvidos podem, portanto, caminhar juntos, ainda que a princípio as posições apresentadas se pareçam antagônicas, bastando apenas que se use do instrumento adequado para acomodar todos os interesses que compõem o conflito.

Desta forma, o uso de um mesmo mecanismo voltado para a composição de conflitos complexos pode construir paulatinamente uma solução que alcance todos os interesses envolvidos, satisfaça ao máximo as posições apresentadas e facilite a gestão desse importante serviço público.

Através do presente estudo, portanto, se propõe um espaço permanente de discussão sobre o direito à saúde em sua natureza transindividual, do qual podem fazer parte todos aqueles que estejam direta ou indiretamente envolvidos, visando à superação de divergências, trocas de informação, identificação de alternativas e efetiva colaboração com quem tem a competência constitucional para tomar as decisões concretas para a sua solução.

Como sugestão de intervenção prática, toma-se o Estado de Pernambuco, mais precisamente a Câmara de Negociação, Mediação e Conciliação da Administração Pública Estadual recém criada pela lei estadual 419/2019, a qual permite em seu artigo 6º a composição de interesses indisponíveis que permitem transação, como o ora referenciado:

Art. 6º Compete à Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual:

I - atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, nos termos da legislação processual civil;

II - dar ciência ao Procurador-Geral do Estado sobre as controvérsias não solucionadas por negociação, conciliação ou mediação, para adoção das medidas cabíveis;

III - atuar em conflitos envolvendo os órgãos e/ou entidades da administração pública do Estado de Pernambuco;

IV - deliberar, mediante decisão fundamentada e na forma regulamentada pelo Procurador-Geral do Estado, sobre negócio jurídico processual a fim de adequar o rito procedimental às peculiaridades do caso concreto; e

V - celebrar transações judiciais e extrajudiciais observado o disposto na Lei Complementar nº 401, de 18 de dezembro de 2018.

Parágrafo único. São excluídas da competência da Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação as controvérsias que demandem autorização do Poder Legislativo..

A estrutura do organismo encontra-se delineada na referida legislação, mais precisamente em seu artigo 5º, contanto com um procurador chefe responsável pelo seu funcionamento, e com a possibilidade de uso de auxílio de especialistas.

Em que pese o referido diploma tratar apenas da negociação, conciliação e mediação em seu artigo 4º, é o mesmo código que traz em seu artigo 3º o objetivo de:

I - promover e estimular a adoção de medidas para a autocomposição de controvérsias administrativas no âmbito da administração pública estadual e de litígios judiciais, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional;

II - reduzir o dispêndio de recursos públicos na instauração, condução e no acompanhamento de processos administrativos e judiciais, nos quais os custos superem o potencial benefício decorrente dos prognósticos dos seus resultados;

III - ampliar o diálogo institucional e a publicidade dos atos administrativos, de modo a fomentar a cultura de gestão pública consensual, coparticipativa e transparente na busca por soluções negociadas com redução de conflitos e de disputas; e

IV - fazer da advocacia pública um instrumento para a promoção de políticas e procedimentos fomentadores de resolução de conflitos por meio da negociação, da conciliação e da mediação.

O instituto da construção de consenso seria, portanto, inserido através de Decreto Governamental, como assim foi feito quando da elaboração do Decreto 48.505, com a transação por adesão, vez que a *mens legis*, visa a composição administrativa de conflitos, desde que haja enquadramento nas hipóteses do Artigo 6º acima destacado.

Ademais, o funcionamento da CNCM, previsto no Decreto 48.505 em seu artigo 6º, o qual orientará o funcionamento do Fórum aqui sugerido, demonstra nítida compatibilidade com os princípios e fases norteadores da construção de consenso descrito no capítulo 3:

- I - manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade da autocomposição;
- II - atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, nos termos da legislação processual civil;
- III - identificar e atuar em conflitos envolvendo os órgãos e/ou entidades da administração pública do Estado de Pernambuco, bem como entre esses e outros entes públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou particulares, promovendo tentativa de autocomposição;
- IV - deliberar, mediante decisão fundamentada e observado o disposto em portaria específica, sobre negócio jurídico processual, a fim de adequar o rito procedimental às peculiaridades do caso concreto;
- V - celebrar transações judiciais e extrajudiciais, observados os termos da Lei Complementar nº 401, de 18 de dezembro de 2018;
- VI - supervisionar as atividades de autocomposição, no âmbito de outras unidades da PGE, quando houver aprovação prévia de atuação pelo Procurador Geral do Estado;
- VII - requisitar aos órgãos e entidades da administração direta e indireta do Estado informações para subsidiar sua atuação;
- VIII - cientificar o Procurador Geral do Estado sobre as controvérsias não solucionadas por negociação, conciliação ou mediação;
- IX - notificar os interessados quanto ao juízo de admissibilidade e à homologação do termo de autocomposição, nos prazos estabelecidos no respectivo instrumento;
- X - encaminhar ao Procurador Geral do Estado proposta de emissão de parecer vinculante, nas hipóteses em que órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta não cheguem a soluções consensuais para seus conflitos internos;
- XI - proceder ao levantamento das matérias que ensejam demandas repetitivas ou que autorizem realização de transação por adesão;
- XII - solicitar a participação de representantes de outros órgãos ou entidades da administração pública estadual direta e indireta interessados;
- XIII - reunir-se, em conjunto ou isoladamente, com os interessados na autocomposição;
- XIV - solicitar manifestação da procuradoria especializada, sobre matéria objeto de autocomposição; e
- XV - deliberar, a pedido ou de ofício, sobre a necessidade de instrução probatória.

Demonstrada a possibilidade de inserção do instituto da construção de consenso na CNCM, faz-se necessário alterar alguns dos dispositivos que a regulamentam, permitindo assim a previsão expressa das fases necessárias para o procedimento da construção de consenso.

Para tanto, o anexo 1 traz sugestão de minuta para Decreto Governamental com os dispositivos que merecem sofrer alteração ou acréscimo.

Após a edição do Decreto Governamental e adequação das previsões regulamentadoras à ADR aqui sugerida, sugere-se portaria editada pelo Procurador Geral do Estado para a criação do o Fórum Permanente de Construção de Consenso para Conflitos

Complexos e elaboração de Políticas Públicas em Direito à Saúde do Estado de Pernambuco, a qual minuta se encontra no Anexo 2.

Com a instituição do Fórum, seu funcionamento será guiado pelos regulamentos estaduais e pelos fundamentos e fases descritos no capítulo 3, podendo, como já afirmado anteriormente, variar em composição de acordo com a temática em discussão.

Se acolhida a presente proposta, será possível vislumbrar uma alternativa eficaz para a solução dos conflitos complexos em saúde, favorecendo uma maior eficiência para o serviço público desenvolvido, a qual poderá ter consequências que superam o objeto de análise do presente trabalho, no entanto, para não fugir da temática, é possível concluir pela existência de reflexo direto na judicialização deste importante direito.

## 5 CONCLUSÃO

O direito à saúde é concretizado através de um complexo sistema de repartição de competências entre os entes federados. No qual, entre atribuições legislativas e administrativas, União, Estados, municípios e Distrito Federal se obrigam a organizar, custear e executar tal serviço.

No entanto, segundo indicadores divulgados no ranking anual de eficiência de sistemas nacionais de saúde, editado pela agência de notícias Bloomberg em 2018, o Brasil está entre as últimas posições (GOMES, 2016).

Os motivos para a ineficiência dessa atuação estatal fogem do objeto do presente estudo, muito embora seja de fácil constatação perceber que na maior parte do país a população encontra-se em situação de pouco ou nenhum acesso à algum tratamento médico.

Tal situação gera uma série de conflitos, sejam eles entre o Estado e o cidadão, entre o Estado e os prestadores do serviço, ou entre as instituições estatais, o que acaba, muitas vezes, desaguando para uma solução judicializada.

O conflito, por si só, como já explanado anteriormente, é visto pela moderna Teoria Geral do Conflito como algo inerente ao convívio social, podendo se apresentar em diferentes searas e de diferentes formas, o que pode acontecer, inclusive naqueles envolvendo a prestação da saúde. Da falta de um medicamento à contratação de médicos, um leque conflituoso pode ser facilmente aberto.

Para o presente estudo foi destacado aqueles marcados pelo traço da complexidade.

Como já exposto na Introdução, há uma simultaneidade de titularidade do direito à saúde, podendo esta se apresentar tanto de forma individual como transindividual. É esta



transindividualidade que traz para alguns conflitos em saúde o traço de complexidade delimitante do objeto do presente trabalho, uma vez que sua multilateralidade favorece a existência de valores diversos e, muitas vezes, antagônicos.

O envolvimento de múltiplas partes nos conflitos de saúde – com vários interesses e posições, bem como com a participação do poder público, este último parte na grande maioria dos conflitos – exige um mecanismo de solução adequado e eficaz.

Tal mecanismo precisaria, ao mesmo tempo, reunir a capacidade de acomodar estes diferentes interessados, permitir a representação de grupos, garantir a publicidade das decisões do poder público e transparecer, aos envolvidos, a imparcialidade necessária para se contruir uma adesão aos possíveis acordos.

Para tanto, no capítulo 2 e 3 foi analisado, sob o prisma da complexidade, as premissas de atuação do judiciário e das formas extrajudiciais de resolução de conflitos.

Fez-se uma evolução de todo o entendimento até aqui construído pelo judiciário brasileiro, para então, com base em dados fornecidos nos relatórios do CNJ, concluir que as demandas em saúde continuam aumentando e o orçamento público brasileiro tem sofrido penosamente com a atuação jurisdicional.

No que diz respeito aos meios extrajudiciais, no capítulo 3, mais uma vez usando-se da lente da complexidade e da atuação do poder público, foi possível analisar as particularidades da arbitragem, da mediação e conciliação, negociação, bem como da construção de consenso.

No que diz respeito à arbitragem, em que pese sua maior celeridade, a limitação de atuação para direitos patrimoniais e disponíveis o que retiraria do conflito a complexidade que se busca atingir, restando apenas, uma obrigação de pagar quantia certa.

A mediação e a conciliação, por sua vez, não acomodariam o requisito da publicidade dos atos públicos, o que, para os conflitos complexos em saúde, os quais envolvem diretamente a população e um direito subjetivo constitucionalmente previsto, poderia ser obstáculo intransponível para importantes serviços.

Ademais, o princípio da pessoalidade que rege tais institutos impediria a possibilidade de representação de grupos de interessados, o que, mais uma vez, é uma realidade bastante frequente quando se trata de política pública em saúde.

A negociação, por fim, estaria comprometida pela ausência de um terceiro imparcial capaz de equilibrar a relação Estado e particular, relação esta que poderia ser levada ao extremo de nulificar um acordo negociado por quebra de isonomia.

A construção de consenso, por sua vez, estudada no Tópico 3 como técnica autônoma de autocomposição, apresentou-se como método mais eficaz para a solução de conflitos complexos – após análise desenvolvida no Tópico 2 – entre os principais meios de composição utilizados no Brasil, seria possível neutralizar os obstáculos identificados.

Isso porque, conforme foi observado, a construção de consenso parte de uma abordagem plural da problemática, uma vez que permite a participação dos diferentes interessados em um diálogo colaborativo no qual todos terão as mesmas oportunidades e informações – e, assim, através desse engajamento, eles legitimarão a solução construída conjuntamente, favorecendo seu adimplemento.

Diante dessas considerações, percebe-se que o método de construção de consenso acomoda diferentes interesses, permite a participação de múltiplas partes, a representação de grupos e a autodeterminação dos envolvidos, não exige confidencialidade das informações existentes e fomenta o adimplemento do acordo, o que demonstra, na análise aqui realizada, uma maior adequação à solução de conflitos complexos.

Com as conclusões acima expostas, alcançadas através da presente pesquisa, entende-se, portanto, pela necessidade de um fórum permanente de construção de consenso em políticas públicas de saúde, com a finalidade de gerir os diversos conflitos complexos envolvendo a concretização do direito à saúde e elaborar as políticas públicas para a sua implementação.

Permanente, pois a atuação do Estado na concretização de tal direito também assim o é, e, sendo o conflito um reflexo da convivência humana, o surgimento de celeumas, por mais eficaz que seja o sistema, estaria fadada a se concretizar.

Assim, haveria uma estrutura permanente voltada exclusivamente para pensar o direito à saúde de forma dialogal e colaborativa, abrangendo apenas as situações marcadas pela transindividualidade e capaz de resolver o conflito na sua essência.

O momento não poderia ser mais propício. A promoção da saúde e sua judicialização atualmente estão em forte discussão nas instituições públicas envolvidas, entre os estudiosos do tema e nos tribunais pátrios. Os dados são alarmantes e os indicadores sociais apontam para um problema crônico e de difícil solução.

Os governos e demais entidades públicas e privadas, as associações e outros envolvidos podem, sim, caminhar juntos, muito embora apresentem a princípio posições antagônicas. Usando-se de um mesmo mecanismo voltado para a composição de conflitos complexos, podem construir paulatinamente uma solução que alcance todos os interesses envolvidos, facilitando a gestão desse importante serviço público.

O que o presente estudo propõe, portanto, é um espaço permanente de discussão sobre o direito à saúde em sua natureza transindividual, do qual podem fazer parte todos os envolvidos direta ou indiretamente na problemática, visando à superação de divergências, identificação de alternativas e efetiva colaboração com quem tem a competência constitucional para tomar as decisões concretas na solução da temática.

**ANEXO 1**

**DECRETO Nº DE DE 2020.**

**Dispõe sobre a inclusão do procedimento de construção de consenso na Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual – CNMN e dá nova redação aos arts. 1º, 6º, 7º, 9º e 16 do Decreto 48.505 de 06 de janeiro de 2020.**

**O GOVERNADOR DO ESTADO**, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IV do art. 37 da Constituição Estadual,

**CONSIDERANDO** a criação da Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual – CNMN pela Lei Complementar nº 417, de 9 de dezembro de 2019, como medida de incentivo à gestão pública consensual, coparticipativa e transparente;

**CONSIDERANDO** a existência de conflitos complexos ou transindividuais envolvendo múltiplas partes e a consequente necessidade de acomodação de diferentes interesses e posições.

**CONSIDERANDO** que a mediação e a conciliação não permitem a representação dos envolvidos no conflito, nem a publicidade das informações colhidas durante o procedimento.

**CONSIDERANDO** que a negociação não permite a presença de um facilitador ou mediador favorecendo a aproximação dos interesses envolvidos.

**DECRETA:**

Art. 1º O Decreto 48.505 de 06 de janeiro de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.1º .....

.....

V – construção de consenso: atividade técnica indicada para solução de conflitos complexos com a intervenção de um facilitador ou terceiro imparcial, sem poder decisório, com a necessária participação das múltiplas partes envolvidas, voltada para a aproximação de interesses e posições através do diálogo institucional”.

“Artigo

6º .....

XVI – contribuir, através do diálogo institucional e da construção de consenso, para a solução de conflitos complexos e elaboração de políticas públicas ou aprimoramento daquelas já existentes”.

“Art. 7º Os procedimentos de negociação, de conciliação, mediação e construção de consenso podem ser instaurados por provocação do interessado ou de ofício”.

“Art.

9º .....

Paragrafo único. O procedimento de construção de consenso será realizado através das seguintes etapas:

I – fase pré-negocial: consiste na convocação dos participantes, atribuição de papéis e responsabilidades e definição da agenda.

II – fase negocial: autocomposição do conflito complexo através de um acordo construído entre todos os interessados.

III – fase pós-negocial: cumprimento dos compromissos assumidos e solução de eventuais obstáculos à sua execução. “

“Art. 16. O integrante da CNCM, no desempenho da função de negociador, conciliador, facilitador ou mediador, poderá:

.....

.....

Art.2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio do Campo das Princesas, Recife, do ano de 2020, 203º da Revolução Republicana Constitucionalista e 198º da Independência do Brasil.

**PAULO HENRIQUE SARAIVA CÂMARA**

Governador do Estado

ERNANI VARJAL MEDICIS PINTO

JOSÉ FRANCISCO DE MELO CAVALCANTI NETO

MARÍLIA RAQUEL SIMÕES LINS

**ANEXO 2**

**PORTARIA Nº DE DE 2020**

**O PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO**,  
no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no art. 24, do  
Decreto 48.5050 de 06 de janeiro de 2020, **RESOLVE:**

Art. 1º Criar o Fórum Permanente de Construção de Consenso para  
resolução de conflitos complexos e políticas públicas em Saúde para  
funcionar junto à Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da  
Administração Pública Estadual.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

**ERANI VARJAL MÉDICIS PINTO**

**Procurador Geral do Estado**



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Construção de consenso**: um instrumento contemporâneo e democrático para a formatação de políticas públicas. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/construcao-de-consenso-um-instrumento-contemporaneo-para-gestao-de-politicas-publicas/>. Acesso em: 20 set. 2018.

ANDRADE, Gustavo H. B. A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/a-mediacao-e-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 18 set. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 06 jan. 2020.

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 87-111, jul. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **R. Dir. Adm.**, vol. 239, jan./mar. 2005.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. **Advocacia Pública e solução consensual de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **A história da saúde pública no Brasil e a evolução do direito à saúde**. Disponível em <https://www.politize.com.br/direito-a-saude-historia-da-saude-publica-no-brasil/>. Acesso em 03 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. **As Conferências Nacionais de Saúde**: evolução e perspectivas. Brasília: CONASS, 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde**: quando o SUS ganhou forma. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma>. Acesso em: 19 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei estadual nº 411 de 09 de dezembro de 2019**. Disponível em <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=48303&tipo>. Acesso em 03 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 15 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9427cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427cons.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009.** Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência

Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nos 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm)

\_\_\_\_\_. **Resolução Normativa ANEEL nº 333, de 07 outubro de 2008.** Estabelece critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta entre a ANEEL e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=108901>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução ANTT nº 442, de 17 de fevereiro de 2004.** Aprova o Regulamento disciplinando, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=100634>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm). Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990.** Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D99274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm) Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 987-ANTAQ, de 14 de fevereiro de 2008.** Aprova a norma para disciplinar o procedimento de fiscalização e o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades na prestação de serviços de transportes aquaviários, de apoio marítimo, de apoio portuário e na exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária.

Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/portaltv3/pdfSistema/Publicacao/0000008286.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 12 set. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 657718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 out. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751246393>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 566471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 dez. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855178/SE. Relator: Min. Luiz Fuz. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1657156/RJ. Relator: Min. Benedito Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 mai. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 6564/RS. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. **Diário de Justiça**, 17 jun. 1996. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8/inteiro-teor-101497970>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Gen, 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>. Acesso em: 17 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 26 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 20 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

COSTA, T. S. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 139-152, jan./mar. 2017.

CRUZ, Romulo Lago e. **A construção de consensos na teoria de Susskind**: Instrumento de gestão de conflitos transindividuais complexos. 2019. 169 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissional em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, 1986.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. **Além da razão**: a força da emoção na solução de conflitos. São Paulo: Alta Life, 2019.

FREITAS JR. Antonio R. de. (Coord.). **Mediação e Direitos Humanos**: temas Atuais e Controvertidos. São Paulo : LTr, 2014.

GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. **Revista de Doutrina TRF4**, ed. 10, jan. 2006. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson\\_gazda.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm). Acesso em: 26 jan. 2020.

GOMES, Mylena Maria Silva Reginaldo Ferreira. **Os impactos das decisões judiciais nas políticas públicas de saúde no município de Fortaleza**. 2019. 255 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado Profissional em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

GOMES, Victor. **Brasil possui o sistema de saúde mais ineficiente do mundo**. Disponível em <https://economydeservicos.com/2016/02/25/brasil-possui-o-sistema-de-saude-mais-ineficiente-do-mundo/>. Acesso em 14 de setembro de 2020.

LAUTIER, Bruno. O consenso sobre as políticas sociais na América Latina, negação da democracia? **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 59, p. 353-368, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v23n59/10.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. **A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil**. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucao-historica-da-busca-por-alternativas-eficazes-de-resolucao-de-litigios-no-brasil>. Acesso em: 05 jan. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). **Teoria Geral da Mediação: à luz do projeto de lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALES, Alessander Wilckson Cabral. **A construção de consensos em conflitos socioambientais como instrumento de gestão ambiental integrada na região do Cocó em Fortaleza/CE**. 2017. 167f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em desenvolvimento e meio ambiente, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

SALES, Lilia Maria de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos. Instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, abr/jun. 2009, p. 75-88.

\_\_\_\_\_. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

SAPORITO, Emanuela. **Consensus Building versus irreconcilable conflicts: reframing participatory spatial planning**. Turim: Springer, 2016.

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 Direito & Justiça**, Porto Alegre, n. 10, p. 205-228, jan./mar. 2010.

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. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (coord). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-148.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCAVONE JR., Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos números sobre a judicialização da saúde**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>. Acesso em: 26 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze/>. Acesso em: 26 set. 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUSSKIND, Lawrence E. *et al.* **The consensus building handbook: a comprehensive guide to reaching agreement**. Thousand Oaks: Sage Publications, 1999.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. **Breaking Robert's rules**: the new way to run your meeting, build consensus, and get results. New York: Oxford University Press, 2006.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública**: 20 anos da Lei 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.507-531.