XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Luiz Fernando Bellinetti; Tatiane Campelo Da Silva Palhares. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-873-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com a realização do XXX Congresso Nacional do CONPEDI "Acesso à justiça, soluções de litígios e desenvolvimento", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, foram apresentados os trabalhos (artigos) no dia 16 de novembro de 2023, no Grupo de Trabalho (GT): PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I.

Foram apresentados 22 artigos, com elevada qualidade, em temas afetos ao GT e que proporcionaram importantes discussões:

1. Em busca da verdade escondida: epistemologia aplicada à dimensão fática do direito

2. Impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no direito processual: uma análise sob a ótica do processo constitucional democrático

3. A necessária implementação do contraditório na formação do mérito processual das ações coletivas de natureza democrática

4. O abuso do direito na tutela executiva e a responsabilidade civil do executado

5. Judicialização democrática das políticas públicas

6. Da jurisdição e dos requisitos à atividade jurisdicional na visão da teoria processual neoinstitucionalista do direito, de rosemiro pereira leal

7. O diálogo institucional e a compliance como proposta de desjudicialização da saúde: novas ferramentas processuais

8. Princípio da interoperabilidade na resolução nº 444/2022 do cnj: considerações acerca da criação de uma cultura (automatizada e uniformizada) de precedentes no brasil

9. A zona de sobreposição entre irdr e iac: um estudo a partir da justiça do trabalho

10. Amor e ódio: a preponderância do viés finalístico nas decisões judiciais

11. Um robô no tribunal: contribuições das ias para o acesso à justiça, limites e perspectivas

12. Direitos da personalidade, bancos de dados e inteligência artificial: o impacto do sistema e-natjus na judicialização do direito à saúde

13. O novo filtro da relevância jurídica e a função interpretativa da corte de precedentes

14. Harmonização jurisprudencial e estabilidade do sistema jurídico: análise da aplicação dos precedentes qualificados pelo tribunal de justiça do estado do maranhão

15. Da harmonia ao direito: a relação entre a música e as técnicas de aplicação e interpretação de precedentes no processo civil.

16. Dinâmica democrática: ativismo judicial, judicialização da política e a participação da sociedade

17. A distinção (distinguishing) no direito processual brasileiro: um panorama teórico e normativo

18. A mitigação da discricionariedade nas decisões judiciais a partir da aplicação da teoria da integridade de ronald dworkin

19. A prescrição intercorrente no direito brasileiro: limites, natureza jurídica e aplicação

20. O contexto brasileiro na recepção da doutrina de precedentes e o desafio da superação consequencialista para a efetividade da justiça

21. Acordos firmados pelo ministério público baseados nos princípios da participação e da cooperação, utilizando-se de regras de justificação propostas na teoria da argumentação de robert alexy

22. A legitimidade ativa para a modificação da tese firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma afronta ao acesso à justiça?

Após quase 4 horas de debates profícuos foram encerrados os trabalhos do GT.

Esses vários temas são representativos da abrangência e amplitude da investigação e produção acadêmica nacional nas pesquisas pertinentes a este Grupo de Trabalho, tendo em

vista que os autores estão vinculados aos mais diversos programas de pós-graduação em Direito, revelando grande diversidade regional e institucional.

Os intensos debates sobre os trabalhos apresentados, muitos relacionados ao desenvolvimento de dissertações e teses, mostram a relevância das contribuições.

Certos de que a publicação fornece importantes instrumentos para os pesquisadores da área jurídica, especialmente relativos aos temas deste GT, os organizadores prestam suas homenagens e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), e em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Professora Dra. Tatiane Campelo da Silva Palhares.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A COMPLIANCE COMO PROPOSTA DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: NOVAS FERRAMENTAS PROCESSUAIS

INSTITUTIONAL DIALOGUE AND COMPLIANCE AS A PROPOSAL FOR DEJUDICIALIZATION OF HEALTH: NEW PROCEDURAL TOOLS

Victor Felipe Fernandes De Lucena
William Paiva Marques Júnior

Resumo

Analisa-se a excessiva judicialização das demandas sanitárias e o tradicional processo bipolar, sendo o Poder Judiciário utilizado como meio de efetivação e de acesso ao direito à saúde, sem a participação das demais instituições para uma solução dialógico e interinstitucional, pelo que se objetiva alcançar a desjudicialização do Direito Sanitário, favorecendo um ambiente democrático e participativo de todas as instituições competentes para a resolução do problema estrutural, com o compartilhamento do poder decisório. Para tanto, após o diálogo institucional e a proposição de um plano estratégico sob permanente jurisdição, sugere-se a utilização da compliance no âmbito do Direito Sanitário, a fim de que os recursos orçamentários destinados para a efetivação do direito à saúde sejam fiscalizados para a real aplicação da finalidade pública, a exemplo dos medicamentos de alto custo, as internações em leitos de UTI e as demais estratégias extrajudiciais condizentes com a política de saúde pública, favorecendo uma macrosolução extrajudicial e um fraternalismo constitucional nas demandas do direito à saúde no Brasil. Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos nacionais e internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Direito à saúde, Compliance, Diálogo institucional, Desjudicialização da saúde

Abstract/Resumen/Résumé

Is analyzed the a subject related to the excessive judicialization of health demands and the traditional bipolar process, with the Judiciary being used as a means of implementing and accessing the right to health, without the participation of other institutions for a dialogical and interinstitutional solution, which is why aims to achieve the de-judicialization of Sanitary Law, favoring a democratic and participatory environment of all competent institutions for solving the structural problem, with the sharing of decision-making power. To this end, after the institutional dialogue and the proposition of a strategic plan under permanent jurisdiction, it is suggested the use of compliance within the scope of Health Law, so that the budgetary resources destined for the realization of the right to health are supervised for the real application of the public purpose, such as high-cost medications, hospitalizations in ICU beds

and other extrajudicial strategies consistent with public health policy, favoring an extrajudicial macrosolution and constitutional fraternalism in the demands of the right to health in Brazil. It uses, as a methodology, research of the bibliographical type through the analysis of books, legal articles, national and international documents, legislation and jurisprudence. The research is pure and qualitative in nature, with descriptive and exploratory purposes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedents, Right to health, Compliance, Institutional dialogue, Dejudicialization of health

1. INTRODUÇÃO

A elevada judicialização do direito à saúde tem ensejado grande preocupação dos órgãos institucionais, de modo que muitas pesquisas oficiais objetivam soluções extrajudiciais para a resolução do problema, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ-CE), o qual adotou uma política de desjudicialização, especialmente com a instalação do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NATJUS-CE), o qual objetiva racionalizar o processo de interação entre os agentes do sistema jurídico, no âmbito administrativo e sanitário, por meio de mecanismos de diálogo institucional e democratização de gestão.

A mudança do elevado grau de litigiosidade nas demandas do direito à saúde passa, portanto, por um efetivo e democrático diálogo institucional entre as diversas esferas do Poder Público, como o Executivo, o Legislativo e o próprio Judiciário, para a consecução de um fim comum, consistente na solução definitiva do problema estrutural posto a julgamento, a fim de solucionar a sistemática e grave violação aos direitos fundamentais, mediante a desjudicialização do acesso ao direito à saúde e na construção de novas ferramentas processuais.

Para uma efetiva solução nas demandas do direito à saúde, necessário se faz uma ação conjunta, democrática e participativa de todos os poderes da República, já que o Judiciário possui capacidade limitada para a resolução de todos os problemas sociais, não podendo ser relegada a via judicial como a única solução do cidadão ter acesso ao serviço público de saúde.

Se propõe, assim, uma revisão da atuação isolada do Poder Judiciário em resolver as demandas estruturais do direito à saúde, passando para uma concepção mais ampla e participativa do sistema político brasileiro, permitindo uma solução multipolar e democrática, com a descentralização do poder decisório, objetivando que as demandas apresentadas sejam solucionadas pelo próprio Poder Público, contribuindo para uma justiça social e distributiva, sem a interferência do Poder Judiciário.

Ao invés de protagonista na resolução dos problemas apresentados, o Poder Judiciário atuará como interlocutor qualificado no sistema político do diálogo institucional, elevando a capacidade institucional e democrática dos demais Poderes no processo de realização dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, é fundamental que seja traçado um plano comum por todos os entes e órgãos estatais, os quais estarão submetidos a um constante processo de jurisdição, para que seja garantido o efetivo cumprimento do plano estratégico de desjudicialização do direito à saúde, aliando-se a uma fiscalização administrativa permanente com as ferramentas da *compliance*, evitando-se, com isso, eventuais desvios de finalidade ou práticas de corrupção que afetem as boas ideias inicialmente propostas.

A utilização das ferramentas da *compliance* na fiscalização da execução do plano estratégico institucional de desjudicialização do direito à saúde no Brasil se mostra, portanto, de fundamental importância, a fim de que os recursos públicos sejam efetivamente aplicados no desenvolvimento das ações de saúde pública e o cidadão destinatário de todos os esforços institucionais seja efetivamente atendido, evitando-se, com isso, eventuais práticas de corrupção e de desvios de recursos públicos, contribuindo para o fortalecimento do republicano diálogo institucional, como mecanismo da cidadania e da democracia.

2. A EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O TRADICIONAL PROCESSO BIPOLAR

Diante da negativa do Poder Público em prestar um atendimento médico-hospitalar, como a internação em leitos de UTI ou o fornecimento de um medicamento de alto custo, acaba por, muitas vezes, em uma judicialização do direito à saúde, de modo que o Poder Judiciário, que não participou da relação jurídica base, é acionado para resolver o problema e tutelar o direito fundamental social do indivíduo.

A judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil é um fenômeno novo com fortes repercussões sociais que se transformou em amálgama da função inclusiva do Poder Judiciário no Século XXI.

Para Alexandre Barbosa da Silva e Gabriel Schulman (2017, p. 293), as consequências do atual modelo de excessiva judicialização da saúde acaba por gerar alguns problemas que precisam ser superados, conforme se transcreve:

> 1) prevalência de solução judicial diante de negativas, com grande número de ações individuais; 2) elevados custos não relacionados a tratamentos estruturados para atender o sistema; 3) ônus do tempo na disponibilização do medicamento ou tratamento; 4) diálogo insuficiente entre entes públicos e privados e entre diferentes esferas da administração pública; e 5) sobreposição de avaliações médicas independentes.

O aumento dessas demandas judiciais individuais, em um tradicional processo bipolar, no qual os eventuais efeitos favoráveis apenas alcançam os participantes da demanda, tem gerado a abarrotamento do Poder Judiciário em conseguir resolver o problema, mormente a inciativa de outros órgãos institucionais, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, que também buscam o Poder Judiciário em sede de ações coletivas para que os efeitos dos precedentes judiciais favoráveis possam alcançar um número maior de pessoas.

No âmbito nacional, o CNJ, por meio do DPJ/CNJ, coletou dos diários oficiais de todo o país, salvo Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia, precedentes judiciais de primeira e segunda instância sobre a judicialização do direito à saúde e identificou em torno de 20.000.000 (vinte milhões) de decisões, motivo pelo qual os Tribunais pátrios buscam institucionalizar uma tendência de gestão da judicialização na saúde, conforme se reproduz:

> O primeiro elemento central são as estruturas institucionais para a gestão da judicialização. Tais estruturas especializadas foram se desenvolvendo nos estados brasileiros a partir do aumento da judicialização, e foram verificadas em muitos órgãos dos estados analisados. Indicam, portanto, uma tendência no processo de gestão da judicialização na saúde, podendo ser uma importante variável, em análises futuras, tanto sobre a judicialização em outros estados que não os aqui estudados, quanto em análises que visam captar o efeito da institucionalização de estruturas específicas para a gestão da judicialização e seu aumento ou diminuição a partir desta institucionalização (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Na análise das grandes proporções causadas pela excessiva judicialização da saúde e o tradicional processo bipolar no âmbito regional, Alberto Novaes Ramos Júnior e Carlos Francisco Oliveira Nunes identificaram no cruzamento de dados de processos judiciais nos sistemas de informação do Judiciário entre os anos de 1998 e 2012, uma tendência de ampliação do processo de judicialização no Estado do Ceará, conforme se reproduz:

> a) 963 (99,8%) processos solicitaram tutela antecipada, dos quais em 882 (91,4%) o pedido foi deferido e em 35 (3,6%) o pedido estava pendente. Portanto, em apenas 46 (4,7%) dos processos os magistrados não haviam concedido a tutela antecipada. Além disso, nos 882 processos que tiveram a tutela antecipada concedida, em 858 (97,3%) as medidas antecipatórias foram concedidas sem que se ouvisse a administração pública (*inaudita autera pars*);
> b) grande divergência de dados entre os dados encontrados na pesquisa: 1.757 processos encontrados por pesquisa direta, enquanto os dados oficiais divulgados pelo CNJ, colocavam o Ceará como o quarto maior Estado do país em número de demandas, e maior do Nordeste, com 8.344 processos em judicialização da saúde;
> c) a maioria dos medicamentos pleiteados é aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (RAMOS JÚNIOR; NUNES, 2016, p. 192).

Com isso, se percebe que a negativa de cobertura de atendimento médico especializado ou de um medicamento de alto custo no âmbito administrativo gera um grande custo para o Estado quando a questão é judicializada.

Há também o custo de contratação ou de atuação de um advogado, seja público ou particular, para a parte que precisa judicializar a demanda, há o custo para o funcionamento do Poder Judiciário na atuação daquela demanda específica, tanto custo de servidores, estrutura física e de técnicos especializados, inclusive para a realização de eventuais provas periciais e, ainda, o custo do tempo para o próprio paciente no enfrentamento de toda a demanda, de modo

que o cidadão muitas vezes paga com a própria vida, já que o tempo é um fator que transcorre contra quem precisa daquele cuidado da saúde, por vezes premente.

Como consequência do aumento da judicialização da saúde, ainda, se fortalece o sistema de precedentes, de modo que muitas vezes os Tribunais pátrios criam súmulas protetivas ao consumidor ou ao usuário do sistema público de saúde, impondo sucessivas sucumbências ao Estado que é réu na demanda, de modo que toda a sociedade acaba por arcar nos custos da demanda judicial.

Com isso, a prevenção ao litígio se mostra a melhor solução para o problema, de modo que o termo desjudicialização utilizado na vertente pesquisa objetiva não tirar uma demanda do Poder Judiciário, mas sim, que essa demanda do direito à saúde não seja sequer levada para solução pelo Poder Judiciário, ou seja, que o problema seja resolvido de forma extrajudicial, no seu nascedouro, sem a interferência impositiva do Judiciário em um processo bipolar, nos moldes clássicos.

O conceito clássico de lide abarca a noção de conflito de interesses – em geral bipolar e dualista (autor e réu) – qualificado por uma pretensão resistida e apresentada em juízo para a solução imparcial do magistrado. Para se pensar em lide estrutural, há uma certa incompatibilidade que precisa ser superada a partir desse pensamento tradicional.

Nesse diapasão, manifesta-se Francesco Carnelutti (2000, págs. 78 e 79) no sentido de que uma lide, já que é um conflito intersubjetivo de interesses, necessariamente tem dois sujeitos. Reitera que como os interesses em litígio não podem ser mais que dois, também não são mais que dois os sujeitos da lide.

Portanto, face à excessiva judicialização do direito à saúde e o clássico processo bipolar, conforme se verifica nos estudos realizados, faz-se premente a necessidade do desenvolvimento de técnicas institucionais para a contenção ou a diminuição da judicialização desnecessária, sendo levado ao Poder Judiciário apenas os casos que os órgãos competentes não consigam resolver extrajudicialmente, em observância à tendência de desjudicialização das demandas.

3. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E O PROCESSO MULTIPOLAR PARA UMA DECISÃO JUSTA E DEMOCRÁTICA

Para Boaventura de Sousa Santos, no Brasil se vive a chamada democracia de baixa intensidade, colonizada por poderosos grupos de interesses que se infiltram na vida da política e contribuem para a perpetuação do histórico de clientelismo, de administração patrimonialista

e para a disseminação de um sentimento da naturalização irreversível da corrupção, gerando descrença a apatia cívica no sistema político brasileiro[1].

Contudo, existem mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988 que podem ser utilizados para se transpor esse sentimento de inércia e de conformismo do estado de coisas, sendo o Poder Judiciário um mecanismo para tirar os demais Poderes da letargia, objetivando a realização dos direitos fundamentais sociais, em especial à saúde.

Embora a regra geral, na hipótese de omissão do Estado ou de ineficiência da política pública sanitária estabelecida, o acesso à justiça na qualidade de garantia fundamental assegurado pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88 é o mecanismo propulsor da exigência de cumprimento por parte do Estado, em relação aos direitos fundamentais sociais declarados constitucionalmente e que não estão sendo aplicados, ensejando a exposição das pessoas que se encontrem em situações de indignidade (MARQUES JÚNIOR, 2020).

A par da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a possibilidade de correção da omissão ou ineficiência das políticas públicas pelo magistrado singularmente considerado, é certo que em razão da limitação da capacidade institucional do Poder Judiciário em resolver isoladamente os problemas sociais, notadamente nos casos de processos bipolares em que se demandam o direito à saúde, não se alcançará uma macrojustiça, mas sim, soluções caóticas que não alcançarão uma solução estrutural de desjudicialização das demandas sanitárias ou, ao menos, uma diminuição das demandas sanitárias.

Como proposta de solução, o diálogo institucional em um processo multipolar se apresenta como meio capaz de conglobar os vários interesses concorrentes em jogo, considerando que há a possibilidade de que as esferas jurídicas de terceiros, os quais não integram o conflito, sejam afetadas pela decisão judicial em um processo estrutural (ARENHART, 2017).

A complexidade dos litígios envolvendo conflitos de direitos fundamentais e a necessidade de se apresentarem meios inovadores para a efetiva da tutela jurisdicional, tendo por base o modelo das medidas estruturantes, originárias na experiência da *Commow Law* estadunidense com o nome de *structural reform*, cujo desenvolvimento teórico teve como precursor o professor da Universidade de Yale, Owen Fiss.

[1] Com isso, “se naturaliza a corrupção, que é fundamental para manter essa democracia de baixa intensidade, porque naturaliza a distância dos cidadãos em relação à política - 'todos são corruptos, os políticos são todos iguais' etc. -, o que é funcional ao sistema para manter os cidadãos afastados. Por isso a naturalização da corrupção é um aspecto fundamental desse processo." (SANTOS, Boaventura de Sousa. "Para uma democracia de alta intensidade." Renovar a teoría crítica e renovar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 83-126.)

Adotando-se a delimitação conceitual de Owen Fiss (2023, *online*) são estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.

A título exemplificativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme já se estudou na presente pesquisa, permanecem os debates sobre a obrigatoriedade do custeio, pelo Poder Público, dos medicamentos de alto custo e complexidade, de modo que o julgamento do recurso extraordinário nº 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não foi finalizado devido ao elevado grau de interesses contrapostos.

Nesse sentido, ao proferir voto-vista no RE nº 657.718/MG o ministro Luís Roberto Barroso aduziu ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, aduzindo que o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde, razão pela qual o Poder Judiciário só deveria interferir em situações extremas ou quando a intervenção consiste unicamente em efetivar políticas públicas já formuladas pelo SUS.

Nos fundamentos do voto-vista, Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: 1º) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2º) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3º) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4º) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5º) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

O ministro Luís Roberto Barroso ainda destacou a necessidade de realização de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e os entes ou as pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde) para fins de uma decisão justa e democrática no âmbito de um processo multipolar, ou seja, com várias partes envolvidas imbuídas com a mesma pretensão de resolução do problema.

A diretriz do diálogo entre as instituições e os *experts* demonstra a atenção do Supremo Tribunal Federal com a excessiva interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, de modo que se conclama as instituições e as pessoas competentes para se alcançar uma solução participativa, efetiva, democrática e justa na solução do problema estrutura.

Conforme entendimento de Sandra Regina Martini, Ana Luísa Michelon e Joana D'Arc de Moraes Malheiros (2020), deve-se ter em mente que o papel do Judiciário não é substituir o Legislativo ou o Executivo na elaboração e execução de políticas públicas, mas de cooperar com esses poderes, a fim de alcançar e materializar o princípio jurídico da cooperação e da fraternidade.

O radicalismo político em matérias sanitárias não pode prevalecer em um regime que se baliza pela lógica da temperança e da maturidade, e, neste ponto, aproxima-se da ideia de Direito Fraterno.

Na visão de Eligio Resta (2020, p. 133), dispensando o jogo amigo-inimigo, o Direito Fraterno é não violento. Não incorpora a ideia do inimigo de nenhuma outra forma, e por isso é diferente da guerra.

Portanto, para uma legitimidade democrática, com uma decisão justa e efetiva, se propõe o diálogo institucional em um processo multipolar, no qual há uma diminuição do protagonismo do Poder Judiciário, favorecendo a participação de todas as entidades e os órgãos competentes, em um sistema dialógico e harmônico, com a interação do Executivo, Legislativo e Judiciário na proposição de um plano estratégico comum.

Sobre a necessidade de democratização do acesso ao direito à saúde, Felipe Braga Albuquerque (2013, p. 21-22) questiona de que forma o acesso ao Judiciário poderia resolver o problema, se é que o Poder Judiciário tem condições reais de resolver, e em que medida há efetividade nas decisões tomadas, levantando a hipótese de como seria se tal direito fosse questionado por todos, conforme se reproduz:

> Imagine-se, no âmbito das políticas públicas voltadas à saúde, que as classes média e alta relegassem os planos de saúde e a rede privada de atendimento, para se socorrerem do serviço público. Se tal fato ocorresse, com a alta demanda e o precário atendimento, boa parte dessas pessoas resolveriam recorrer ao Judiciário para a implementação do direito à saúde. E se todo cidadão, de periferia ou interiorano fizesse o mesmo? Pergunta-se: a) o Judiciário resolveria o problema da saúde? b) não seria discriminatório conferir direitos a somente quem tem acesso à justiça?

O Poder Executivo participa desse plano estratégico comum por meio do Ministério da Saúde, no caso da União Federal, em interação com as Secretarias de Saúde de cada Estado, já o Poder Legislativo contribui por intermédio da produção de normas que regulamentem esse diálogo institucional, aprovando a destinação do orçamento público para a política pública sanitária, e o Poder Judiciário, por sua vez, atua na homologação desse plano institucional que estará sob permanente jurisdição, a fim de que seja garantido o cumprimento das metas

estabelecidas na resolução estrutural do problema, na garantia dos direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional de 1988.

A teoria do diálogo institucional possui o objetivo, portanto, de evitar a judicialização no processo de proteção do direito à saúde, com uma participação democrática das instituições e retirar a última palavra do Poder Judiciário, conforme ponderações a respeito da interação entre o diálogo institucional e o direito à saúde:

> A adoção de posturas judiciais deste tipo demonstra uma maior abertura à racionalidade consequencialista que, se certamente não deve ser a única nem a principal a informar a atividade cognitiva do julgador, deve influenciar de forma mais decisiva o caminho decisório nas demandas envolvendo o direito à saúde, principalmente a partir de uma perspectiva mais dialógica de interação dos ramos de soberania popular (ARGULHES; LEAL, 2009, p. 191).

Objetivando a perspectiva multi-institucional e a valorização da participação de cada instituição competente para o atingimento do resultado final, composto por centros decisórios fragmentados, o plano estratégico comum irá definir a organização da saúde como um sistema, concentrando os recursos e as ações de todos os entes da Federação, de maneira a se lograr um conjunto integrado e harmônico na resolução do problema estrutural, conforme se reproduz:

> A definição de organização da saúde em forma de sistema, abrangendo os recursos e ações de todos os entes da Federação, abre, deste modo, um hiato na organização federativa do poder, pois, ao invés de autonomia de cada um dos entes, estipula-se a integração automática de todos eles a um sistema, para o qual devem concorrer com ações e recursos, de maneira a se lograr um conjunto integrado e harmônico, apto a realizar os elevados objetivos que lhe foram atribuídos pela Constituição. Esse traço cooperativo é mais relevante, pois, sem ele, certamente a ideia de sistema cairia por terra (DALLARI; SERRANO JÚNIOR, 2010, p. 80).

Com um espaço democrático e participativo de cooperação e de diálogo institucional, a última palavra decisória não pertence mais ao Poder Judiciário, em um ativismo judicial desmedido, mas sim, o poder decisório é compartilhado entre todas as instituições competentes na resolução do problema, com a transparência das políticas públicas e a fiscalização na destinação das verbas orçamentárias.

Na construção do diálogo institucional, é fundamental o respeito às opiniões divergentes, que deve ser valorizado e respeitado como alicerce do espírito dialógico tradicionalmente norteador das políticas públicas sanitárias. Neste contexto diverso e problemático, as opiniões divergentes são credoras de dignidade, respeito, diálogo e oitiva para soluções dos problemas vivenciados nos processos de melhorias da gestão que seja inclusiva, pacífica e solidária.

Logo, para a efetiva resolução do problema, os entes e os órgãos institucionais devem dialogar entre si, compartilhando as experiências e os recursos necessários para o atendimento das demandas sociais em um processo multipolar, no qual os efeitos da decisão abrangerá todos os órgãos envolvidos e beneficiará, inclusive, as pessoas que não estejam diretamente participando do processo, mas que, na eventual necessidade do serviço público de saúde, a demanda será prontamente atendida.

4. O *COMPLIANCE* NA FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DO PLANO ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como ferramenta de fiscalização do plano estratégico institucional, decorrente do diálogo institucional, objetivando a diminuição da intervenção judicial na área da saúde, o *compliance* busca a regulação e a transparência do orçamento público destinado para essa área, bem como, a escorreita aplicação dos recursos utilizados pelos gestores, sendo tomadas medidas preventivas de possíveis distorções decorrentes de práticas corruptivas.

Em relação ao processo de evolução do instituto do *compliance*, sua origem está relacionada ao setor privado no âmbito internacional, com uma abordagem inicial nos Estados Unidos e no Reino Unido nos anos de 1960 e 1970, pois por serem países adeptos da *Common Law*, o poder de controle das sociedades concentra-se nos membros do conselho de administração, ao invés dos acionistas (PONÇONI, 2021).

A preocupação com a prevenção a fraudes, corrupção e desvios de conduta, colocam em destaque as práticas de boa governança corporativa e o *compliance* para propagar os preceitos éticos das práticas administrativas decorrente do *compliance*.

No Brasil, o *compliance* anteriormente se restringia às instituições financeiras, às empresas estrangeiras atuantes no território brasileiro e às empresas nacionais com transações em outros países e, a partir de janeiro de 2014, em decorrência da entrada em vigor da Lei Anticorrupção, que regulamenta no Brasil a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas, houve o aumento do interesse no tema, não apenas no setor privado, em virtude da preocupação com os riscos de sofrer penalidades e visando à manutenção de sua imagem, reputação e sustentabilidade no mercado, mas também no âmbito da Administração Pública.

As ferramentas de prevenção dos danos presente no *compliance* indicam a necessidade de mudança nas estruturas e na lógica de comportamento das organizações, tanto privadas quanto públicas, sendo importante a discussão de políticas não apenas repressoras, mas preventivas, que ensejam transformações na cultura organizacional.

A Administração Pública brasileira busca inspiração em institutos consagrados de maneira positiva no cenário internacional, para se alinhar às novas metodologias e tecnologias, buscando atuar preventivamente à ocorrência de eventuais danos (PONÇONI, 2021).

No âmbito interno, em um breve histórico, embora as técnicas de *compliance* exista no Brasil desde a década de noventa, foi com a Lei nº 12.683/2012, que modificou a Lei de Lavagem de Dinheiro, que se ampliou a abrangência de aplicação das ferramentas de conformações legais e regulamentares, sendo inicialmente o setor privado obrigado a ter programas de *Compliance*, assim considerados como o conjunto de políticas, procedimentos e controles internos com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro (SAAVEDRA, 2012), sendo produzidas, posteriormente, outras normas legais a respeito da matéria, conforme síntese apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet e Giovani Agostini Saavedra (2017, p. 263):

> A Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013 (também chamada de 'Lei Anticorrupção', 'Lei da Empresa Limpa', 'Lei da Probidade Administrativa' ou 'Lei da Probidade Empresarial') completou esse ciclo. Ela veio, em grande medida, implantar, no Brasil, medidas que já eram conhecidas e aplicadas em países como os Estados Unidos da América. Inovação maior, na área de *Compliance,* foi a possibilidade de a existência de programas de *Compliance* ter um impacto positivo na aplicação das penalidades da lei, bem como a criação de hipótese de responsabilização objetiva da empresa no caso de atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício.

Com a evolução, diversas legislações passaram a adotar as técnicas do *compliance,* em uma interação do direito público e privado, como decorrência do diálogo das fontes na resolução dos conflitos sociais, conforme as recentes Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), bem como normas setoriais, a exemplo da Resoluções Normativas nº 507, 518 e, mais recentemente, 529 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Normativa nº 612/2020 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e a Circular nº 3.978/2020 do Banco Central, todas aplicando as importantes técnicas jurídicas do *compliance*:

> [...] com a promulgação de leis específicas que tocam ao fenômeno, mas também o superam – tais como a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, que foi alterada pela Lei 12.683, de 09 de julho de 2012), a Lei das Estatais (Lei 13.303, de 30 de junho de 2016), a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e a nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), assim como normas setoriais, tais como a RN 507, 518 e, mais recentemente, 529 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Normativa 612/2020 da *Superintendência de Seguros Privados* (*SUSEP*), a Circular 3.978/2020 do Banco Central, entre várias outras, o fenômeno do *compliance* adquiriu uma dimensão jurídica concreta que não pode ser ignorada e que precisa ser harmonizada e integrada ao conceito, se quisermos ter um conceito de *compliance* fenomenologicamente acurado (SAAVEDRA, 2022, p. 11).

Contudo, o desenvolvimento do *Compliance* no Brasil não está apenas vinculado ao desenvolvimento de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao terrorismo, típicas do mercado financeiro, mas também ao surgimento da Governança Corporativa, de modo que se passou a aplicar as técnicas do *Compliance* também no setor público, pelo que a pesquisa realizada pretende aplicar na proposição da desjudicialização do direito à saúde e no plano estratégico do diálogo institucional.

De acordo com Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios (2016, p. 19), a Lei Anticorrupção busca atingir seus objetivos por meio de dois eixos principais de atuação. O primeiro deles constitui na possibilidade de aplicação de sanções. Nesse caso, busca-se desencorajar a prática de atos lesivos à administração pública com a possibilidade de aplicação de fortes sanções. Com a lógica própria do Direito Penal, desestimula-se a prática do ilícito pelo agente ante a possibilidade de ele ser penalizado. Esse desestímulo, por certo, correrá de maneira proporcional à dose de sanção e à possibilidade de sua aplicação (capítulos III e VI da Lei nº. 12.846/2013). O segundo eixo de inspiração da lei é o seu caráter preventivo, que visa estimular a criação de uma política interna de *compliance* – compreendida como esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento e exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa. Nesse caso, busca-se estimular boas práticas empresariais com o intuito de que eventual ato de corrupção seja extinta em seu nascedouro, pois os próprios agentes empresariais refutariam a sua prática (art. 7º-, inciso VIII, da Lei nº. 12.846/2013).

Assim, o *Compliance,* que em tradução literal significa "estar em conformidade", sendo compreendido inicialmente apenas como parte da implementação das "boas práticas" da governança corporativa, se resumindo a um "mandamento ético" que deveria melhorar o relacionamento da empresa com as partes interessadas e com o mercado, passou a ser aplicado também na Administração Pública, especialmente por força do Decreto nº 9.203 de 2017.

Com isso, o alcance das técnicas de *Compliance* e de governança pública possui uma abrangência não apenas do setor privado, de modo que, a depender de uma análise do objeto com o qual se relaciona, também se aplica ao âmbito público, o qual também deve estar "em conformidade" com as normas legais e regulamentares.

O *Compliance* estabelece, portanto, uma relação entre um "estado de conformidade" e uma determinada "orientação de comportamento", sendo esta "orientação de comportamento" uma norma jurídica, cuja designação varia conforme a área do direito na qual a norma a ser seguida se insere (SARLET; SAAVEDRA, 2017).

Realizando a delimitação conceitual, se passa a definir o denominado "estado de conformidade" e a natureza normativa da "orientação de comportamento", para que se possa propor a aplicação das regras de *Compliance* no âmbito da desjudicialização da saúde, através de um diálogo institucional democrático e participativo.

Assim, para Ingo Wolfgang Sarlet e Giovani Agostini Saavedra (2017), o *Compliance* se traduz como o compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, a fim de demonstrar que todos os envolvidos da organização estão em um "estado de conformidade" permanente, buscando garantir que a coletividade siga uma determinada "orientação de comportamento" comum a todos, mantendo-se em um estado de *compliance, verbis:*

> No nosso entendimento, 'estado de conformidade' adquire, na área de *Compliance*, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado 'dinâmico' de conformidade, ou seja, o 'estado de conformidade' significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o 'compromisso' com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando 'garantir', que se mantenha em um estado de *Compliance*. Portanto, *Compliance* é a área do conhecimento, que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro 'x' de risco, garantir 'hoje', com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada 'orientação de comportamento' (SARLET; SAAVEDRA, 2017, p. 266).

Dessas conceituações e definições, se pode extrair que uma das principais características atribuída ao termo *Compliance* é a prevenção, diversamente do que ocorre com o Direito Penal ou Administrativo sancionador que trabalham na análise *ex post* de ilícitos, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já foram violadas, de forma direta ou indireta, já o *Compliance,* por sua vez, trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas preventivas a uma eventual e futura persecução penal, sendo por esse motivo que o objetivo do *Compliance* tem sido descrito como a "diminuição ou a prevenção de riscos" (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 37).

Feita a conceituação, os objetivos e os requisitos do *compliance*, se passa a analisar o uso dessa técnica no âmbito do direito à saúde, a fim de se alcançar a efetiva desjudicialização, em um ambiente de diálogo institucional e desenvolvimento das políticas públicas de saúde, tema ainda incipiente na literatura nacional, exigindo uma pesquisa cautelosa para a sua efetiva aplicação na prática, embora o estudo em análise não tenha a pretensão de esgotar a matéria, mas sim priorizar o cumprimento das regras definidas no plano estratégico institucional, sendo cumpridas as metas e políticas públicas definidas pelas instituições envolvidas, sob monitoramento contínuo.

Sendo o regramento para o funcionamento do plano institucional realizado pelas próprias instituições participantes, estas deverão atender ao programa de *Compliance*:

> 1. Normas, regras e padrões de ética, de conduta e política e procedimentos escritos; 2. Designação de um Diretor de *Compliance* e criação de um Comitê de *Compliance*; 3. Educação e treinamento para fornecer conhecimento de forma efetiva; 4. Canal de comunicação anônima de eventuais problemas de *Compliance*; 5. Monitoramento proativo de processos específicos e documentados para fins de *Compliance* e ajuda na redução de problemas identificados; 6. Comunicação efetiva e ações disciplinares e corretivas (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 37).

Ainda, para uma maior eficiência nas balizas de formatação do plano institucional, o programa de *Compliance* orienta na implementação do diálogo institucional com a observância das seguintes fases:

> 1. Avaliação de risco (*risk assessment*); 2. Elaboração de projeto de implementação, que seja adequado ao tamanho, à cultura e às especificidades da organização e que seja estruturado com base nos parâmetros desenvolvidos na avaliação de risco; e 3. Implementação do projeto (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 37).

A avaliação ou análise de risco, uma das ferramentas do *Compliance,* permite identificar, por exemplo, os precedentes judiciais que se formam em decorrência da alta judicialização do direito à saúde, bem como a concessão dos pedidos formulados, como a internação em leitos de UTI e o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado através das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Com esse mapeamento dos riscos, os órgãos integrantes do sistema público de saúde, como o Ministério da Saúde no âmbito da União Federal, e as Secretarias de Saúde, no âmbito dos Estados, poderão compartilhar recursos e esforços recíprocos no âmbito do plano estratégico institucional dialógico, a fim de que a demanda seja atendida previamente e de forma extrajudicial, sem a necessidade de o pedido ser levado para apreciação do Judiciário.

Na área da saúde, portanto, o enfoque da *compliance* está na promoção de interações éticas e jurídicas entre as entidades e os agentes públicos que estão envolvidos na provisão dos recursos e dos serviços públicos de saúde aos pacientes que necessitam dos atendimentos e do fornecimento de medicamentos na área sanitária, sendo estruturadas regras e procedimentos entre as instituições para o atendimento das demandas sociais, havendo uma eficiente comunicação interna e externa dos órgãos que operam o sistema público de saúde.

O *compliance*, com a função de criar normas e regras éticas e de condutas, políticas, procedimentos e controles internos e externos, se apresenta com uma importante ferramenta capaz de garantir que as instituições participantes do plano estratégico comum previnam, em todos os seus âmbitos de atuações, a judicialização do direito à saúde, além de buscar evitar a

prática de eventuais ilícitos, em especial aqueles de corrupção e de desvios dos recursos públicos destinados à saúde, possibilitando que o cidadão tenha sua demanda efetivamente atendida pelo Poder Público no âmbito extrajudicial.

Com isso, os resultados obtidos pelo plano estratégico institucional submetido às regras e instrumentos do *compliance*, podem ser estratégicos para a efetiva desjudicialização da saúde, ensejando a prevenção de litígios bipolares na atuação do poder público, bem como acarretando um menor custo à sociedade e assegurando, por outro lado, o acesso aos direitos fundamentais pelos indivíduos, notadamente o acesso aos serviços públicos de saúde, com a qualidade e eficiência que se espera em uma Administração Pública multi-institucional, com esferas de atuações distintas e de modo articulado, visando atingir o interesse público.

Ainda, na eventualidade de descumprimento dos parâmetros definidos pelo plano estratégico institucional, o cidadão poderá reclamar diretamente na alta direção dos órgãos institucionais envolvidos, já que pelas regras de transparência, as entidades deverão dispor sobre todos os procedimentos extrajudiciais para resolução de quaisquer barreiras no acesso à saúde, a fim de manter a integridade e a observância do diálogo institucional, sendo toda a equipe treinada para a solução administrativa do problema.

Todavia, nos casos em que o pleito do usuário do serviço público de saúde esteja fora do âmbito do plano estratégico institucional, bem como a demanda não possa ser acolhida pelo Poder Público, por impossibilidade fática e/ou jurídica, ainda que fundamentado em critérios orçamentários, o Poder Judiciário, como regra, não poderá cindir a decisão administrativa, já que prolatada com base em critérios de veracidade e integridade, não sendo, portanto, uma negativa genérica e sem fundamentos idôneos.

O Poder Judiciário atua, portanto, por meio de uma jurisdição fiscalizatória, face às medidas tomadas em sede de diálogo institucional para melhoria do sistema, com efetivo potencial transformador. Por outro lado, caso as medidas dialógicas, enquanto meios menos invasivos, não sejam efetivas para assegurar o direito que se pretende tutelar, será indispensável a adoção das medidas coercitivas, como, por exemplo, a imposição de multas a quem descumprir com o plano estratégico institucional (CUNHA, 2021).

Como se percebe, os resultados obtidos pela pesquisa realizada demonstram que, na prática, é necessário o fortalecimento do princípio da transparência, com uma maior integração e diálogo institucional entre os órgãos públicos, especialmente aqueles responsáveis pela execução das políticas públicas de saúde, a fim de apresentarem informações suficientes e íntegras entre si e, também, externamente, eliminando-se judicializações desnecessárias que expõem divergências e incoerências institucionais, expondo as falhas no controle interno e

externo, bem como a ausência de interação entre setores das instituições responsáveis, sendo fundamental o *compliance* para viabilizar a transparência e o acesso democrático aos serviços públicos de saúde.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo a preocupação da cúpula do Poder Judiciário, se entende que é necessário um maior debate sobre a desjudicialização da saúde no Brasil, uma vez que o Judiciário não é a instância apropriada para o estabelecimento de políticas públicas de saúde, pelo que o magistrado somente deve interferir em situações excepcionais, a exemplo de determinar a efetivação de políticas públicas já formuladas pelo SUS.

Conforme pesquisa realizada, o diálogo institucional tem a proposta de democratizar o poder decisório, com a efetiva e plural participação das instituições competentes, a exemplo do Ministério da Saúde, no âmbito da União Federal, e das Secretarias de Saúde, no âmbito dos Estados, bem como a participação de profissionais do SUS, a fim de que seja traçado um plano estratégico institucional, com orientações de atendimentos das demandas apresentadas ao Poder Público, em conformidade com as balizas já definidas pelo STF, a exemplo de verificar a hipossuficiência do paciente nos pleitos de medicamentos de alto custo.

O referido plano estratégico institucional deverá conter, ainda, regras de fiscalizações advindas do *compliance*, a fim de que haja o controle das metas definidas, bem como a transparência na aplicação dos recursos públicos destinados aos serviços de saúde disponibilizados à população, de modo que, com isso, também haverá o controle social dos cidadãos que poderão exigir o cumprimento das normas do plano estratégico, com eventuais reclamações diretamente às autoridades responsáveis pela efetivação das metas e orientações definidas no plano institucional.

Ainda, o referido plano estratégico institucional deverá ser homologado pelo Poder Judiciário, como decorrência do diálogo institucional, sendo submetido à permanente jurisdição, para que os indivíduos tenham certa margem de segurança para exigirem o cumprimento das metas na eventualidade de existir alguma falha na política pública de saúde, já que toda a coletividade está abrangida pelas metas delineadas, em um verdadeiro constitucionalismo fraternal, abandonando-se a perspectiva individualista e o processo bipolar, em favor de uma macrojustiça e uma solução estrutural do problema, na formulação de novas ferramentas processuais, essencialmente dialogais e politicamente inclusivas.

Com isso, eventuais questionamentos do que já restou definido no plano estratégico e objeto de homologação judicial, não deverá recair, como regra, no Poder Judiciário, mas sim, nas próprias instituições que participaram do plano estratégico institucional, de modo que as entidades deverão dispor de mecanismos de soluções extrajudiciais dos conflitos apresentados, como câmaras de julgamento das demandas, capazes de realizarem a conciliação ou a mediação da contenda entre o paciente e a própria Administração Pública, aderindo-se ao direito multiportas, em alternativa adequada à jurisdição estatal.

Nas referidas câmaras institucionais, serão seguidas as orientações definidas pelo plano estratégico institucional, tendentes na efetivação e constante busca de desjudicialização da demanda, com o desafogamento do Poder Judiciário para, inclusive, garantir o princípio da eficiência, constitucionalmente previsto no artigo 37 da CF/88, bem como a razoável duração do processo administrativo, contribuindo para a realização da justiça social no âmbito extrajudicial, com o acesso democrático de todos ao direito fundamental e social da saúde, realizando-se, assim, o princípio da fraternidade constitucional.

Com isso, embora o cidadão possa optar pelos meios extrajudiciais de solução dos eventuais conflitos, tendo por base o plano estratégico institucional que vincula as entidades participantes, não se subtrai a faculdade do exercício do direito constitucional de acesso à justiça estatal pelo indivíduo, posto que se trata de garantia constitucional incondicionado.

Contudo, nesse caso de questionamento judicial do plano institucional, o magistrado também estará vinculado às diretrizes do plano estratégico de desjudicialização da saúde, face à prévia homologação judicial, de modo que, se houve legítima e escorreita negativa pelo Poder Público, o Judiciário não poderá sindicar o mérito da decisão, mas apenas verificar o cumprimento da legalidade e da formalidade do plano estratégico institucional, o qual já incorporou todas as balizas prévias dos precedentes judiciais firmados, quanto ao atendimento do direito à saúde, inclusive os critérios para eventual fornecimento de medicamento de alto custo.

Logo, havendo o correto cumprimento do plano estratégico institucional, sendo verificado, por exemplo, que o paciente não se trata de pessoa hipossuficiente para fornecimento de medicamento de alto custo, ou que o fármaco de alto custo está fora dos critérios previamente definidos nos precedentes judiciais, não havendo nenhuma hipótese de *distinguish* a ser aplicado no caso concreto, o magistrado deverá manter a decisão administrativa, sendo a demanda julgada improcedente, sem maiores surpresas ou inovações, devendo ser respeitado e observado o precedente judicial firmado, face a legitimidade e a veracidade dos critérios fundamentados no âmbito extrajudicial.

Com esses critérios, restam fortalecidas a segurança jurídica e a isonomia dos usuários dos serviços públicos de saúde, os quais já saberão previamente qual o entendimento da Administração Pública e do Poder Judiciário a respeito da demanda apresentada, ou seja, caso ingressem com um litígio judicial, já estarão cientes quais regras serão aplicadas, no contexto do plano estratégico institucional de desjudicialização da saúde.

Defende-se, portanto, em uma resolução do problema estrutural que se apresenta no âmbito da alta litigiosidade das demandas sanitárias atualmente, sendo a realização de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e os entes ou as pessoas com expertise técnica na área da saúde, como uma forma de prevenção ao litígio, para fins de uma decisão justa, participativa e democrática no âmbito de um processo multipolar, ou seja, com várias partes envolvidas imbuídas das mesmas pretensões de resolução do problema.

Não se descuida da necessidade de uma maior estruturação das instituições e a evolução da cultura do litígio individual e processo bipolar para um nível elevado de fraternalismo constitucional pelas instituições e pela sociedade, objetivando a resolução do problema, o que se mostra ainda mais presente no contexto pós-pandêmico (transpandemia), vez que muitas pessoas, por razões financeiras, encerraram planos de saúde particulares e, com isso, houve aumento da procura pelo sistema público de saúde, de modo que a desjudicialização não se mostra apenas como uma medida importante de solução do problema, mas requisito para o próprio funcionamento do sistema de saúde pública no Brasil.

Em síntese, havendo um escorreito cumprimento do plano estratégico de desjudicialização das demandas do direito à saúde, com a efetiva e democrática participação das instituições responsáveis, eventual negativa do Poder Público gozará dos atributos da veracidade e da legitimidade, não sendo dado ao Poder Judiciário, nesses casos, se imiscuir no mérito administrativo de fornecimento de um medicamento de alto custo, por exemplo, ou na alteração da lista de espera que é elaborada pelos setores competentes, mormente considerando-se o grau de urgência aferido por quem de direito, sob pena do precedente judicial acabar por implicar em prejuízo ao direito de outros pacientes que igualmente estão na lista de espera para um serviço ou atendimento médico e que podem apresentar quadro mais grave do que aquele que judicializou a demanda.

Para tanto, resta indispensável uma mudança cultural do litígio excessivo por parte da população, a fim de que a fraternidade constitucional, o direito multiportas e a justiça social e distributiva sejam concretizados de forma extrajudicial pelo Poder Público, com o acesso democrático do direito à saúde de todos os que dela necessitam, de modo a aprimorar os anseios sociais da plena efetividade do direito fundamental social à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política:** pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In:* ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 423-448.

ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (meta)teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. *In:* SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**. Brasília, 22/05/2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026. Acesso em: 22 jul. 2023.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Direito Processual Civil. Volume I.** Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo. Jurisdição constitucional em tempos de crise: equilibrando-se entre a contenção do autoritarismo e o risco do empacotamento. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4 n. 2, maio/ago., 2021. Disponível em: https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/218/184. Acesso em: 20 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil:** Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: INSPER, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi; SERRANO JÚNIOR, Vidal. **Direito sanitário.** São Paulo: Verbatim Editora, 2010.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2 . Acesso em: 29 ago. 2023.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 75, p. 22-30, ago./set., 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/4289815/Compliance_na_nova_lei_de_lavagem_de_dinheiro. Acesso em: 25 ago. 2023.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SARLET. Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan./abr., 2017. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/858/331. Acesso em: 25 jul. 2023.

SILVA Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Rev. bioét. (Impr.)**, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/j/bioet/a/zcLjsNSgKDsCD5rxBQNz3LD/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 25 jul. 2023.

RAMOS JÚNIOR, Alberto Novaes; NUNES, Carlos Francisco Oliveira. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. **Caderno de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/cadsc/a/86vDNpVqKCW6RRQZyTL49Km/?lang=pt. Acesso em: 20 jun. 2023.

MARTINI, Sandra Regina; MICHELON, Ana Luísa; MALHEIROS, Joana D'Arc de Moraes. Desjudicialização - alternativa viável à efetivação do direito à saúde dejudicialization. *Revista* **Derecho Y Salud**, v. 4, n. 4, p. 76-86, 2020. Disponível em: https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/189/162. Acesso em: 15 ago. 2023.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Modulação de políticas públicas sanitárias do Poder Executivo pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do quadro pandêmico causado pelo coronavírus (covid-19): enfrentamento de paradoxos. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social,** v. 6, p. 76-100, 2020. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/6617/pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.

PONÇONI, Maykel. **Compliance na administração pública direta**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RESTA, Eligio. **Il Diritto Fraterno**. Tredicesima edizione. Roma: Editori Laterza, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma democracia de alta intensidade. Renovar a teoría crítica e renovar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Lei anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013).** Belo Horizonte: Fórum, 2016.