

## A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### *THE OUT-OF-COURT MEDIATION IN DRUGS SUPPLY BY PUBLIC ADMINISTRATION*

Artigo recebido em 23/03/2018

Revisado em 24/10/2018

Aceito para publicação em 21/11/2018

#### **José Antonio Remedio**

Pós-Doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br.

#### **Sidney Antonio da Costa**

Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Especialização em Direito Administrativo. Procurador Jurídico do Município de Limeira.

**RESUMO:** A pesquisa investiga a possibilidade de utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública, relativamente ao fornecimento de medicamentos, pelo Poder Público, gratuitamente às pessoas, particularmente medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Direito Fundamental à Saúde. Mediação Extrajudicial. Mediação no Fornecimento de Medicamentos. Processo Individual.

**ABSTRACT:** This research investigates the out-of-court mediation within public administration, regarding the public supply of drugs, free of charge, especially high costs medicines not available in the Unified Health System and not registered medicines in the Sanitary Surveillance National Agency. The method used is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence.

**KEYWORDS:** Public Administration. Fundamental Right to Health. Out-Of-Court Mediation. Mediation on Drug Supply. Individual Process.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direito fundamental à saúde. 2. Mediação extrajudicial. 3. Resolução consensual de conflitos envolvendo a administração pública no tocante ao fornecimento de medicamentos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Há um elevado número de demandas em andamento junto ao Poder Judiciário envolvendo a prestação de assistência à saúde pelo Poder Público, dentre elas as relacionadas ao tratamento médico hospitalar e ao fornecimento de medicamentos, cujos dispêndios impactam substancialmente nos orçamentos públicos.

Esta questão não passou despercebida pelo Poder Judiciário, tanto que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 107/2010, instituindo no âmbito do CNJ o Fórum Nacional para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com atribuições para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos

A judicialização da saúde contribui para reforçar a posição do Poder Público, principalmente do Poder Executivo, como um dos maiores litigantes na esfera do Poder Judiciário. Conforme o Relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a judicialização da saúde, relativo às demandas ajuizadas até 2015, há 854.506 demandas judiciais sobre a matéria, somadas às existentes no Primeiro e Segundo Graus de Jurisdição, inclusive nos Juizados Especiais e nas Turmas Regionais de Uniformização (SCHULZE, 2016).

Ademais, o conflito relativo à prestação à saúde pelo Poder Público envolve grande diversidade temática, havendo, inclusive, divergência de entendimento quanto ao próprio dever do Estado em sua prestação, não só no tocante ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), mas também em relação ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

No primeiro caso, as ações relativas ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), constantes de processos judiciais

individuais ou coletivos pendentes, encontram-se suspensas em todo território nacional até julgamento do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017a), afetado pela Corte ao rito do recurso repetitivo (CPC, art. 1.036 e seguintes).

No segundo caso, a questão referente ao fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, por meio dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral n. 566.471-RN e n. 657.718-MG.

Entretanto, os julgamentos referidos, em andamento no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, não podem ser utilizados como argumentos para inviabilizarem a mediação extrajudicial como instrumento de solução pacífica de conflito envolvendo o fornecimento de remédios disponíveis ou não em lista do SUS, registrados ou não na ANVISA, e que devam ser fornecidos pelo Estado, sob pena de não se conceder a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde, cuja responsabilidade é solidária entre todos os entes federados.

É bem verdade que, relativamente à necessidade de registro na ANVISA, dispõe o art. 12 da Lei n. 6.360/1976 que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde” (BRASIL, 1976). Legalmente, portanto, é admissível a exigência de prévio registro na ANVISA para fins de industrialização ou comercialização de medicamentos.

Ainda, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em tema pertinente à distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501-DF, em sede de liminar, por maioria de votos, deferiu a suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sem registro na ANVISA. Na oportunidade, o STF assentou que, embora haja precedentes da Corte no sentido do dever de responsabilidade solidária dos entes federados à prestação do direito à saúde (fornecimento de medicamento e tratamento médico), contrapõe-se a ele o dever constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos, objetivando reduzir o risco de enfermidades à saúde (BRASIL, 2017b).

Não se nega que, em regra, diante de determinado impeditivo legal, a Administração Pública não deve descumprir o comando normativo prescrito em norma originária, pois o princípio da legalidade é de obediência constitucional obrigatória ao Poder Público (Constituição Federal, art. 37, *caput*).

No desenrolar da pesquisa, buscar-se-á também apresentar, com base na Lei n. 13.140/2015, reflexão acerca da utilização de mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública para solução de conflito entre o Poder Público e o particular, relacionado com o fornecimento de medicamentos, por intermédio de Câmaras de Mediação, instituídas em convênios entre a União, os Estados e os Municípios.

Em relação à estrutura, a pesquisa aborda inicialmente a saúde como direito fundamental; em seguida trata da mediação extrajudicial; por fim, analisa a questão relativa à solução pacífica de conflitos envolvendo a Administração Pública no fornecimento de medicamentos, inclusive por meio de Câmaras de Mediação.

O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que é admissível a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública na solução de demandas afetas ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, como instrumento para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, em especial no que se refere a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e a medicamentos não registrados na ANVISA.

## **1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

O direito à saúde foi incluído na Constituição Federal de 1988 entre os direitos fundamentais, na órbita dos denominados direitos sociais (CF, art. 6º). O direito à saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196). As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (CF, art. 198, *caput*), financiado com recursos da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (CF, art. 198, § 1º).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.488.639-SE (BRASIL, 2014), consolidou o entendimento no sentido de que “o funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios, para garantir o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (REsp 771.537/RJ)”.

O Supremo Tribunal Federal não se distancia deste entendimento. A Corte Suprema, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 550.530-PR (BRASIL, 2012), analisou a natureza programática do artigo 196 da Constituição Federal e se firmou no sentido de que “o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos” E, “se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito

à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo”.

Da mesma forma, na Repercussão Geral assentada no Recurso Extraordinário 855.178-SE (BRASIL, 2015), a Corte Suprema destacou que a jurisprudência firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo de responsabilidade solidária dos entes federados”.

Portanto, partindo-se da existência de um direito fundamental à saúde e do entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que é dever solidário dos entes federados concretizar o direito à saúde, inclusive individual, ao menos em relação às pessoas cujos recursos financeiros sejam insuficientes para tanto.

O direito à saúde, no qual se insere o direito ao fornecimento de medicamentos, integra o que a doutrina e a jurisprudência têm denominado de mínimo existencial.

A teoria do mínimo existencial, que possui relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem origem no Direito Alemão, embora se observe que a Constituição Alemã é bastante cautelosa ao formular direitos a prestações (ALEXY, 2011, p. 434-435).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011), apresenta a noção do mínimo existencial como um “complexo de prerrogativas, cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna”, assim como reconhece que o princípio objetiva assegurar “as prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos”, dentre eles o direito à saúde.

Nem mesmo a cláusula da reserva do possível pode ser invocada com o fim de inviabilizar a implementação de políticas públicas relativas aos serviços públicos que integram o mínimo existencial. Nesse sentido, conforme expressado pela Corte Suprema no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP (BRASIL, 2011):

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a concretização do mínimo existencial na prestação do direito à saúde não pode ceder a um mero juízo de discricção administrativa, fruto de singela eleição administrativa na distribuição de medicamentos entre os entes federados, como ocorre, por exemplo, em relação à Portaria que institui ou atualiza a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

Entre outras formas, o Poder Executivo pode e deve, por intermédio de meios alternativos de solução de conflitos, como no caso de mediação extrajudicial, buscar conferir a máxima efetividade ao direito fundamental da saúde.

## 2 MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Mediar interesses é buscar a resolução pacífica para os conflitos existentes, sem a entrega da prestação jurisdicional, com o menor ônus possível, coadunando-se, em relação à Administração Pública, com o princípio da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Dentro desta ótica, a Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, prescreve uma forma não-jurisdicional de solução de conflitos com base no consensualismo.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) também instituiu a mediação como meio alternativo de resolução de demanda, a ser realizada em audiência designada pelo juiz (art. 334), por intermédio de mediadores habilitados e autorizados (art. 12) devidamente cadastrados pelos tribunais.

A mediação vem definida no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/2015 como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (BRASIL, 2015).

A autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público encontra-se disciplinada em suas linhas básicas pelos artigos 32 a 40 da Lei n. 13.140/2015.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para (Lei 13.140/2015, art. 32): dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre

particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar, mediante regulamento próprio de cada esfera de governo, o modo de composição e funcionamento das mencionadas câmaras, para que, de forma facultativa, seja submetida a resolução do conflito sobre o direito à saúde no fornecimento de remédio. A Lei n. 13.240/2015 apenas exclui da forma de resolução consensual de conflito, por intermédio de câmaras, as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo (art. 32 § 4º).

As câmaras de mediação deverão ser instituídas nos órgãos da Advocacia Pública e, embora o artigo 6º da Lei n. 13.240/2015 fixe que “o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”, o I Fórum Nacional do Poder Público realizado em Brasília em 2016, aprovou o Enunciado n. 1, nos seguintes termos: “Após atuar como mediador ou conciliar no âmbito da Administração Pública, o advogado público não fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar o respectivo ente público, senão em relação ao outro participante da mediação e ao seu objeto, cumulativamente” (FNPP, 2016).

São princípios orientadores da mediação, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé (Lei n. 13.140/2015, art. 2º).

O dever de confidencialidade está reafirmado no art. 30 da Lei n. 13.140/2015, ao prescrever que (BRASIL, 2015):

toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Inexiste vedação formal em relação à utilização da mediação em conflitos envolvendo o particular e a Administração Pública.

Nesse sentido, interpretando o art. 30 da Lei n. 13.140/2015, o II Fórum Nacional do Poder Público realizado em Vitória em 2016, aprovou o Enunciado n. 36, assentando que: “Durante o processo de mediação do particular com a Administração Pública, deve ser observado o princípio da confidencialidade previsto no artigo 30 da Lei n. 13.140/2015,



ressalvando-se somente a divulgação da motivação da Administração Pública e do resultado alcançado” (FNPP, 2016).

A criação de câmara de mediação para prevenção e resolução de conflitos na área da saúde vem sendo instituída por meio de Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Saúde (CIRADS) ou de Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS).

Exemplificando, a Portaria Conjunta n. 1, de 26-2-2013, firmada entre Secretaria Estadual de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e a Defensoria Pública do Distrito Federal, instituiu a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (CAMEDIS), responsável por mediação relativa às demandas por serviços ou produtos de saúde oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Distrito Federal.

De se destacar que não há impedimento legal para que as câmaras de prevenção de mediação de conflitos relativos à prestação do direito à saúde pelo Poder Público sejam instituídas por intermédio de convênio entre os entes federados, diante da prescrição do artigo 116 da Lei n. 8.666/1993.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 30.634-SP, definiu convênio “como ajuste firmado entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses comuns” (BRASIL, 2010b).

Por sua vez, o art. 37 da Lei n. 13.140/2015, ao facultar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito, não veda a possibilidade de convênio.

### **3 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TOCANTE AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

O sistema jurídico brasileiro, quanto aos atos de controle do Poder Público, adotou o sistema da jurisdição única, tendo em vista que no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o constituinte originário assentou que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).



Desse modo, salvo exceção legal, como na hipótese do § 1º do artigo 217 da Magna Carta, no que concerne às ações judiciais relativas à disciplina e às competições desportivas, não se exige o esgotamento da via administrativa para se ter acesso à prestação da atividade jurisdicional visando a resolução de conflito com o Poder Público.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Petição n. 4.556-DF, decidiu que “as garantidas constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do direito processual.” (BRASIL, 2009).

Todavia, “a necessidade de adequação da tutela dos direitos não se dá apenas na forma judiciária” (MARINONI, 2016 p. 148), razão pela qual o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º do CPC).

Gustavo Justino de Oliveira (2010), fazendo referência a Norberto Bobbio, enfatiza que “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer a função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”. Afirma, ainda, que “a principal tarefa da Administração Mediadora passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados”, e que “vem ganhando prestígio mundial a discussão acerca de uma cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar suas ações em face das emanções da diversidade social”.

A respeito, ensina Odete Medauar (2003, p. 211) que, por intermédio do consensualismo, “a Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesse entre várias partes ou entre estas e a Administração”.

A Administração Pública, no exercício de sua função administrativa, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade justa, livre e solidária, não deve medir esforços para buscar uma solução pacífica dos conflitos envolvendo a prestação à saúde, reduzindo a judicialização apenas para as questões cuja pacificação seja infrutífera.

Para alcançar esse desiderato, a mediação extrajudicial, por intermédio de câmaras de mediação, instituídas em convênios entre a União, o Estado e o Município, representa um instrumento célere, seguro e eficaz.

A solução dos conflitos pode se dar por meio de duas técnicas, ou seja, a heterocomposição e os equivalentes jurisdicionais. Na heterocomposição, um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do conflito (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 68), como se dá, por exemplo, com o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. Nos equivalentes jurisdicionais, a solução dos conflitos será resolvida por meio de técnicas não

jurisdicionais, como a autocomposição, a autotutela, o julgamento de conflitos por tribunais administrativos e a mediação.

Desse modo, a mediação instituída pela Lei n. 13.140/2015 constitui técnica não-jurisdicional de solução de conflito, inserindo-se no que a doutrina denomina de equivalente jurisdicional.

A solução pacífica dos conflitos envolvendo a Administração Pública apresenta singularidade em face do regime jurídico de direito público que lhe é peculiar. Entretanto, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da legalidade não constituem impedimentos para utilização dessa técnica de pacificação social.

Como antes visto, é dever da Administração Pública buscar a solução pacífica do conflito, visando concretizar a dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade justa e solidária, por meio do exercício da função administrativa de forma mais eficiente.

O direito fundamental à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal insere-se entre os denominados pela doutrina como direitos de segunda dimensão. A expressão “geração de direitos”, às vezes utilizada por alguns doutrinadores, pode transmitir a ideia equivocada de que os direitos surgidos numa “geração” posterior viriam a substituir os das “gerações” anteriores, quando, na verdade, somam-se aos seus antecedentes (ANDRADE, 2012, p. 2). Por essa razão optou-se na presente pesquisa pelo uso do termo “dimensão”. Os direitos de segunda dimensão referem-se a direitos de cunho positivo ou prestacionais e a liberdades sociais aos indivíduos (SARLET, 2012, p. 48).

É preciso ressaltar que o direito fundamental à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, representando garantia constitucional deferida a todos os cidadãos e dever de prestação positiva imputado ao Estado.

Desse modo, o Administrador deve pautar a atuação da função administrativa visando conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde. Nesse sentido, ao julgar o Recurso Especial n. 811.608-RS, o Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência a Canotilho, expressou-se no sentido de que “a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição” (BRASIL, 2007).

É certo que política estatal relativa à prestação da saúde (CF, art. 196) consta da Lei n. 8.080/90, sendo que a distribuição de medicamentos entre os entes federados tem por base a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), instituída pela Portaria n. 3.916/MS/GM, de 30-10-1998, cuja relação deve ter revisão periódica e atualização contínua (item 5.2, letra “n”).

Não é objetivo da pesquisa discutir os critérios de escolha para definir a relação de medicamentos que deverão compor o RENAME. O que se questiona é se o ato administrativo da autoridade competente do Ministério da Saúde, por intermédio de Portaria, tem força normativa para inviabilizar ou restringir um direito fundamental, como, no caso, a assistência à saúde, cuja satisfação impõe ao Poder Público uma prestação positiva.

A resposta só pode ser negativa, não só porque a Constituição Federal é a lei suprema do Estado, mas também porque “a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário – passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes” (MENDES, 2009, p. 279).

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR, sufragou o seguinte entendimento: “hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas” (BRASIL, 2010a).

Portanto, a solução pacífica do conflito relativo ao fornecimento de medicamento pelo Poder Público é um instrumento de concretização de um direito fundamental, com o fim de garantir a vida e a dignidade da pessoa humana, cuja efetivação não viola os princípios da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária, como de fato tem sido reconhecido pela jurisprudência ao admitir a judicialização da saúde.

Nesse sentido, nos termos do Enunciado 65 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO):

Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Para o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, em caráter excepcional, está legitimado para determinar a implementação de políticas públicas objetivando garantir os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Assim, quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP (BRASIL, 2016), a Corte Suprema expressou-se no sentido de que “é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem

que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”.

Sob outro aspecto, cabe enfatizar que a concretização de determinado direito fundamental pela Administração Pública por meio de solução pacífica de conflito não ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que a Administração deve primar em sua atuação pela realização do interesse público primário, pois este integra a base do Estado Democrático de Direito.

Esse entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.356.260-SC (BRASIL, 2013), quando a Corte assentou que o interesse secundário, meramente patrimonial, não deve sobrepor-se ao interesse primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social.

O Direito Administrativo visa a realização do interesse público primário, cuja tutela é indisponível pelo Poder Público. É visível que o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, assim como ocorre com os particulares, pode colocar-se na posição de proteção de seu interesse.

Entretanto, é necessário destacar que o interesse público propriamente dito não se reduz pura e simplesmente no interesse da Administração. Para esse propósito, vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 66), nos seguintes termos:

o Estado pode ter, tanto como as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.

Portanto, não pode a Administração Pública, evocando o princípio da reserva do possível, em argumentação de cunho financeiro, visando tutelar interesse público secundário quanto à insuficiência de recursos orçamentários, deixar de concretizar a prestação de um interesse público primário, como se verifica com o direito à saúde.

Os argumentos apresentados pelos entes federados nas ações envolvendo a judicialização da saúde são bastante variados.

Exemplificando, nos Recursos Extraordinários n. 566.471-RN e n. 657.718-MG, onde se discute o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conhecidos pelo ângulo da repercussão geral, cuja sessão de julgamento conjunto encontra-se

suspensa em virtude de pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso, as seguintes alegações foram elencadas pelos entes federados:

- a) deve ser aplicado o princípio da reserva do possível, por serem limitados os recursos públicos disponíveis;
- b) o Estado não tem interesse em aplicar altos valores financeiros para atender apenas um cidadão, mas sim, destinar tais valores para a implementação de políticas básicas de saúde em benefício de centenas de outros cidadãos;
- c) nem sempre os medicamentos pedidos servem ao restabelecimento da saúde, mas apenas ao prolongamento da vida, já em estágio precário;
- d) deve ser considerada a finitude dos recursos financeiros do Estado para satisfazer a todos os anseios da sociedade, entre eles a saúde;
- e) a saúde é direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal, não se inserindo no rol de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Lei Maior;
- f) restam ofendidos os princípios da legalidade orçamentária e da separação dos Poderes, pois o ônus financeiro recairá exclusivamente no ente federado demandado, e não nos demais.

De fato, há um vasto rol de argumentos apresentados pelo Poder Público visando tutelar interesse público secundário de cunho patrimonial do Estado, objetivando principalmente a preservação do erário, entre os quais se destacam a insuficiência, a finitude e a ausência de recursos orçamentários.

Todavia, o direito à saúde previsto na Constituição Federal, sendo indisponível em função do bem comum maior a proteger, decorrente da força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria, identifica-se como interesse público primário (REMEDIOS, 2018, p. 82).

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expressado quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 872.733-SP, “o direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria”, cuidando-se, no caso, “de interesse público primário, de que não se pode dispor” (BRASIL, 2011).

Desse modo, a Administração Pública pode e deve se valer da mediação para buscar a solução pacífica do conflito envolvendo a prestação da saúde, pois o diálogo entre quem tem o dever fornecer (Poder Público) e aquele a quem se assegura o direito (pessoa física) aos remédios, encontrará na razoabilidade a melhor forma de concretização do direito à saúde.

Na busca desta finalidade, devem estar envolvidos todos os atores, principalmente públicos. Portanto, a ideia de resolução pacífica de conflitos envolvendo a Administração Pública, em sede administrativa, não se opõe ao regime jurídico administrativo, inclusive porque, mesmo antes da edição da Lei n. 13.140/2015, já existia em nosso ordenamento jurídico previsão de técnica não-jurisdicional de solução de conflito relacionado com o Poder Público.

São exemplos: o ajustamento de conduta (Lei 7.345/75, art. 5º, § 6º); a arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 1º, § 1º); a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário; e o art. 174 da Lei n. 13.105/2015 – CPC (BRASIL, 2015), ao estatuir que “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”.

Desse modo, não só a doutrina e a jurisprudência, mas também a norma infraconstitucional sinaliza para a inexistência de impedimento em relação à utilização de técnicas não-jurisdicionais de solução de conflitos envolvendo o Poder Público, entre as quais a mediação.

De se observar, por oportuno, que a própria Lei n. 13.140/2015 estabelece no art. 3º que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (BRASIL, 2015).

## CONCLUSÃO

A pesquisa objetivou analisar a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública, no tocante ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, particularmente medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e medicamentos não registrados na ANVISA.

A Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III; e art. 3º, inciso III).

Sem adentrar na discussão quanto ao caráter absoluto ou relativo dos princípios constitucionais, parte-se da premissa que, embora a Lei Maior não contenha preceito constitucional expresso que positivado de forma autônoma o mínimo existencial, referido

princípio encontra-se implícito no texto constitucional, derivando, dentre outros preceitos, da dignidade da pessoa humana.

É certo que o exercício da competência discricionária decorre também de atribuição constitucional que impõe ao Poder Executivo a política estatal relativa à prestação da saúde (art. 196, da CF).

Entretanto, não pode o Poder Executivo, no exercício dessa discricionariedade, esvaziar ou limitar a dignidade da pessoa humana, escolhendo de maneira exclusiva e sem diálogo a forma pela qual deverá ser realizada a prestação do direito à saúde. Tal conduta não se coaduna com a dignidade da pessoa humana, cujo princípio fundamenta a República Federativa do Brasil.

O número elevado de demandas julgadas procedentes pelo Poder Judiciário envolvendo a prestação de assistência à saúde pelo Poder Público, dentre elas as relacionadas ao tratamento médico hospitalar e ao fornecimento de medicamentos, impactam substancialmente os orçamentos públicos, mas isso não constitui motivo suficiente para que o Estado deixe de cumprir suas funções previstas constitucionalmente, em especial a implementação do direito fundamental à saúde.

Sob essa ótica, a mediação identifica-se como método de tratamento adequado de controvérsias, que deve ser incentivado pelo Estado, com ativa participação da sociedade, como forma de acesso à justiça e a à ordem jurídica justa, visando a concretização do direito fundamental à saúde, inclusive como integrante do mínimo existencial, na construção de uma sociedade justa e solidária.

A Lei n. 13.140/2015, interpretada sistematicamente, permite a utilização da mediação extrajudicial na órbita da Administração Pública para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde.

No âmbito da consensualidade entre os entes solidariamente envolvidos na concretização do direito à saúde, podem as câmaras de mediação resolver a questão relativa ao reembolso ou aos custos suportados pelo ente que efetivamente fornecer o medicamento, independentemente da alocação do remédio para determinado ente federativo no RENAME.

Nesse cenário, diante da inércia constitucional do Poder Executivo em eleger e implementar adequadamente a política pública necessária para garantir o acesso à saúde e a concretização do mínimo existencial à efetivação desta prestação, encontra-se campo fértil para o desenvolvimento de uma Administração Pública consensual, que passa a compor os conflitos envolvendo o cidadão.



Tem-se, em síntese, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que é admissível a utilização da mediação extrajudicial no âmbito da Administração Pública nas questões afetas ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público ao particular, como instrumento para solução pacífica de conflitos envolvendo a prestação de serviços de saúde, em especial no que se refere a medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e a medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), inclusive por intermédio de Câmaras de Mediação instituídas em convênios entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizados*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm). Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 771.537-RJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília: *DJe*, 3 out. 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=579493&num\\_registro=200501283114&data=20051003&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=579493&num_registro=200501283114&data=20051003&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 811.608-RS. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 4 jun. 2007. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=691490&num\\_registro=200600123528&data=20070604&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=691490&num_registro=200600123528&data=20070604&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 4.556-DF. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: *DJe*, 21 ago 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601149>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 24.197-PR. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 24 ago. 2010a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857608&num\\_registro=200701125005&data=20100824&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857608&num_registro=200701125005&data=20100824&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 30.634-SP. Relator Ministro Castro Meira. Brasília: *DJe*, 28 jun. 2010b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=980107&num\\_registro=200901947090&data=20100628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=980107&num_registro=200901947090&data=20100628&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 872.733-SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília: *DJe*, 27 abr. 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1002281&num\\_registro=200601670689&data=20110427&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1002281&num_registro=200601670689&data=20110427&formato=PDF). Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337-SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *DJe*, 14 set. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 550.530-PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília: *DJe*, 15 ago. 2012. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(AI%24.SCLA.+E+550530.NUME.\)+OU+\(AI.ACMS.+ADJ2+550530.ACMS.\)&base=bas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(AI%24.SCLA.+E+550530.NUME.)+OU+(AI.ACMS.+ADJ2+550530.ACMS.)&base=bas). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.356.260-SC. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: *DJe*, 19 fev. 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207684&num\\_registro=201202525910&data=20130219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1207684&num_registro=201202525910&data=20130219&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.488.639-SE. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília: *DJe*, 16 dez. 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368625&num\\_registro=201402691190&data=20141216&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1368625&num_registro=201402691190&data=20141216&formato=PDF). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/leis-ordinarias-2015>. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855.178-SE. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: *DJe*, 13 mar. 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%24.SCLA.+E+85](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%24.SCLA.+E+85)

5178.NUME.)+OU+(RE.PRCR.+ADJ2+855178.PRCR.)&base=bas. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília: *Dje* 29, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>. Acesso em: 7 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.657.156-RJ. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília: *DJe*, 3 maio 2017a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=03/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=03/05/2017). Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501-DF. Relator Ministro Marco Aurélio. *DJe*, 1º ago. 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do STF. STF suspende eficácia da lei que autoriza o uso da fosfoetanolamina. Medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5501. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso em: 19 de jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. Recurso E 56.6471 e 657.718. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

FNPP. Fórum Nacional do Poder Público (FNPP) – 2016. Disponível em: <http://fnpp2016.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>. Acesso em: 30 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo de Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do*

*Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO>. Acesso em: 11 out. 2017.

REMEDIOS, José Antonio. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/pdf/SumulasEnunciados/SumulasDoTribunalDeJusticaDoEstadoDeSaoPaulo.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. *Novos números sobre a judicialização da saúde*. 24 out. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 12 jan. 2018.