

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

OS IMPACTOS E LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Vitória Parizzi Nogueira

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

OS IMPACTOS E LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Vitória Parizzi Nogueira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em direito, sob orientação do Professor João Victor Mendes de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2018

**REPENSANDO O SISTEMA REPRESENTATIVO: PARA UMA NOVA DINÂMICA
DEMOCRÁTICA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

João Victor Mendes de Oliveira
Orientador e Presidente da Banca Examinadora

Renata Aparecida Crema Botasso
Examinador

Examinador

Não tenho um caminho novo. O que eu tenho de novo é um jeito de caminhar.

Thiago de Melo

Dedico este trabalho aos meus familiares, amigos e a todos aqueles que fizeram parte desta minha jornada, por terem me apoiado e incentivado a trilhar novos e mais desafiadores caminhos.

AGRADECIMENTOS

A graduação é um caminho árduo, penoso, desafiador na maior parte do tempo e que por inúmeras vezes me fez duvidar de mim mesma. Eu não conseguiria trilhar este caminho sozinha.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus tios por me proporcionarem a oportunidade de seguir um curso tão prestigiado, pela confiança em mim depositada, por todo o auxílio e esforço para que eu pudesse concluir esta graduação.

Agradeço aos meus pais pelo apoio e incentivo, por acreditarem na minha capacidade e por todo amor e confiança que sempre depositaram em mim e nas minhas decisões. Por sempre estarem presentes nos momentos que precisei de auxílio.

A Deus por sempre me ouvir e me dar forças nos momentos de dificuldade.

Agradeço aos meus amigos por todo o apoio, todos os conselhos, pela presença nos momentos de alegria e tristeza, por me incentivarem mesmo quando eu deixei de acreditar em mim.

Agradeço ao meu namorado pela compreensão, pelo apoio e principalmente pela paciência durante todo o curso e especialmente nessa fase da minha vida.

Ao meu orientador Professor João Victor Mendes de Oliveira primeiramente por não permitir que eu abandonasse este projeto, pelos inúmeros incentivos, por toda compreensão e paciência.

Por fim, agradeço a todos os professores que contribuíram para a minha formação da primeira infância até os dias de hoje nesta graduação, por todo conhecimento, todo carinho e dedicação.

À todos que que participaram desta jornada.

Muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade analisar como os indivíduos tem se utilizado da judicialização para a efetivação do seu direito a saúde. Aborda-se fatores relevantes que contribuíram para um Judiciário mais ativo, bem como os fatores que levaram a uma maior amplitude dos princípios e garantias fundamentais. Explica-se a forma de exteriorização da judicialização no âmbito da saúde tanto no setor público quanto no setor privado e as consequências deste fenômeno para a coletividade e para as operadoras de serviços de saúde. Por fim, analisa-se possíveis limites para a judicialização, uma vez que é fato que a saúde no Brasil é extremamente falha e por isso se faz necessário tomar medidas que levem a concretização deste direito, contudo se faz necessário analisar o custo dessas medidas.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Judicialização. Saúde. Ativismo Judicial. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The aim of this work is to analyse how people have used the judicialization to effect their right to health. It's approached relevant factors that contributed to an active Judiciary, and also how these factors lead to a greater breadth of fundamental principles and guarantees. It's explained how the judicialization is exteriorized in scope of health both in the public and private sectors, but also the consequences for the community and for the health care providers. Lastly, possible limits to the judicialization are analyzed, given the fact that the Brazilian health system is extremely flawed which leads to the need to seek the judiciary to reach this right. However, it's also necessary to analyze the cost of the judicial decisions.

Keywords: Judicialization, Health, Health System, Health Judicialization, Neo-Constitutionalism, Judicial Activism.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	9
2	JUDICIALIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.1	A Tripartição de Poderes	11
2.1.1	Idade Média: O Poder Executivo	14
2.1.2	Revolução Francesa: Poder Legislativo	15
2.1.3	Pós Segunda Guerra Mundial: Poder Judiciário	16
2.2	Judicialização e Ativismo Judicial: A Ascensão Do Judiciário	18
2.3	Neoconstitucionalismo E Judicialização: O Juiz E Os Princípios	23
3	A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	29
3.1	Extensão Normativa de Proteção ao Direito à Saúde	31
3.2	O Sistema Único de Saúde	33
3.3	A Saúde Suplementar	35
4	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA ESFERA PÚBLICA	37
4.1	O Poder Discricionário da Administração Pública	37
4.2	O Custo da Judicialização para a Administração Pública	40
4.3	Teoria do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível	44
5	JUDICIALIZAÇÃO NA ESFERA PRIVADA	49
5.1	Os Contratos Anteriores e Posteriores à Lei 9.656/98	49
5.2	As Consequências da Judicialização para as Prestadoras de Serviço	52
5.3	Das Relações Contratuais	57
5.3.1	Princípio da autonomia da vontade	57
5.3.2	Função social do contrato	58
5.3.3	Princípio da obrigatoriedade do contrato	59
5.3.4	Princípio da boa fé	60
5.4	A Judicialização e o Equilíbrio Contratual	62
6	CONCLUSÃO	64
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho não tem a finalidade de por em dúvida o status de direito fundamental da saúde, uma vez que, mesmo com as divergências doutrinárias, já resta claro que trata-se sim de direito fundamental, tanto por sua previsão no Título de Direitos e Garantias Fundamentais da Magna Carta, quanto pelos entendimento doutrinário majoritário. A finalidade deste projeto é entender a saúde como um direito e como a população tem se utilizando do Poder Judiciário para a devida efetivação desse direito, por fenômeno hoje denominado de judicialização.

A questão da saúde, a principio, é um assunto de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, o primeiro sendo responsável pela criação de políticas públicas que atendam o direito à saúde e o segundo criando atos destinados a atender esse direito.

Contudo, a situação da saúde no Brasil é precária. Mesmo sendo um direito fundamental, nem todos tem acesso À saúde. Longas filas de espera, falta de profissionais especializados, falta de equipamentos, diversos problemas que levam as pessoas a buscarem o Judiciário, que atua como um meio para efetivar esse direito. Atuação essa que por vezes acaba usurpando a função dos demais poderes.

Para compreender essa atuação, num primeiro momento, aborda-se os fenômenos históricos e sociais que fomentaram uma postura pró ativa do poder Judiciário e como a evolução do direito e do pensamento jurista influenciaram na forma de interpretação das leis e princípios levando ao Neoconstitucionalismo, fator essencial para o surgimento da judicialização.

Ainda, é necessário diferenciar a judicialização de outro fenômeno, o chamado Ativismo Judicial, e entender como o Poder Judiciário se vale de princípios e postulados para atuar em questões que muitas vezes não seriam de sua competência.

Em um segundo momento, analisa-se a evolução da ideia de saúde até que se alcançasse o entendimento deste direito como um direito fundamental, e a forma que o estado brasileiro utiliza para implementá-lo, usando-se inclusive da iniciativa privada para tal.

No desenrolar da pesquisa, explana-se como a judicialização ocorre na esfera pública. É avaliada a questão da interferência do Judiciário em assuntos de

competência das demais esferas desrespeitando, por vezes, o poder discricionário da Administração Pública e as consequências que essa interferência causa para os cofres públicos e para a coletividade.

Outro fator de suma importância para o presente tema é o dilema entre o princípio do mínimo existencial, frequentemente utilizado como argumento por aqueles que se valem da judicialização para alcançar o direito pretendido, e a reserva do possível, utilizado como defesa pelo Estado.

Na sequência, a judicialização é apresentada na esfera privada, abordando de início os planos de saúde e apresentando a importância da diferenciação desses planos entre os regulamentados, firmados posteriormente à Lei 9.656/98, e não regulamentados, firmados anteriores à referida Lei.

Ainda abordando a saúde suplementar, há a exposição das consequências que a judicialização acarreta para as operadoras de plano de saúde e a necessidade do equilíbrio entre este fenômeno e as relações contratuais.

Por fim será avaliado o dilema entre a privação do indivíduo a um direito que lhe é garantido pela Constituição Federal, a possibilidade do acesso a esse direito por vias não convencionais e as consequências que a efetivação desse direito de forma desordenada pode causar à coletividade.

2 JUDICIALIZAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para entender o fenômeno da Judicialização, é de suma importância entendermos a evolução política governamental até a sociedade atual, de forma a analisar os principais períodos históricos e suas respectivas formas de governo.

Atualmente temos uma posição mais pró ativa do Poder Judiciário, mas nem sempre foi assim.

Desde as primeiras civilizações, Idade Antiga (400 a.C. a3500a.C.) até a Idade Moderna (1453 a 1789), todo poder era concentrado na mão de um soberano. Claro que cada período trazia consigo uma singularidade no regime de governo, mas todo esse período foi marcado pela presença de um soberano.

Posteriormente, com o advento da Revolução Francesa e demais movimentos que foram surgindo, a forma de governo começou a sofrer alterações que perduraram até chegarmos à Idade Contemporânea a qual vivemos hoje.

A questão da divisão dos poderes de um Estado foi vislumbrada já na Idade Antiga, e ao analisarmos a evolução histórica das sociedades, podemos identificar a ascensão de um determinado poder em determinados períodos, como estudaremos neste capítulo.

2.1 A Tripartição de Poderes

A tripartição dos poderes não é uma novidade nas Constituições brasileiras, todas as constituições que antecederam a de 1988 previam esse sistema de governo, com exceção à Constituição de 1824, que apresentava quatro poderes do Estado, Poder Moderador, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como nas demais constituições, a Carta Magna de 1988 consagrou o sistema pensado por Montesquieu, da chamada tripartição de poderes, de forma que Executivo, Legislativo e Judiciário devem atuar concomitantemente, de forma independente, sendo que um deve fiscalizar e limitar os poderes do outro para evitar um autoritarismo de qualquer parte.

Em nosso ordenamento, essa separação de poderes, além de ser tratada como um princípio está prevista no artigo 2º da Constituição Federal e, ainda, possui status de cláusula pétrea, o que impede a possibilidade de retirada

deste princípio do nosso ordenamento, conforme artigo 60, § 4, III da Constituição Federal:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - ...;

II - ...;

III - a separação dos Poderes;

Importante mencionar que o referido modelo, também chamado de Três Poderes, não tem sua origem em nossa Constituição de 1988, uma vez que o famoso filósofo Aristóteles já fizera ponderações acerca dessa forma de governo em sua obra “A Política”, na Grécia Antiga.

Mesmo vivendo numa época onde o regime de governo concentrava todo o poder nas mãos de um soberano, Aristóteles foi capaz de identificar três funções básicas de um estado, quais sejam: a) criar normas; b) aplicar as normas criadas à sociedade; c) aplicar as normas criadas em relação a um caso concreto, no caso de conflitos entre alguns indivíduos. E como podemos ver, essas supostas funções se assemelham com as funções estatais dos dias atuais.

Ainda sobre a obra de Aristóteles, podemos citar o presente trecho:

É de importância que o poder fique dependente, e não se deve suportar que os que dispõem dele ajam de acordo com duas veleidades, pois a possibilidade de fazer tudo o que se pretenda obsta a que possa resistir às más inclinações da natureza humana”. (2004, p.17)

Posteriormente, esse sistema de governo foi novamente visualizado, desta vez por John Locke, que diferenciou as três funções do Estado em função legislativa, de elaboração de normas, função executiva, que deve prezar pela ordem e aplicação do direito, e a função federativa, que deveria realizar políticas externas.

Esses filósofos visualizaram os primeiros contornos acerca de uma descentralização do poder, mas foi nos séculos XVII e XVIII que o movimento iluminista começou a ganhar força na Europa, levando essa ideia de que o poder

centralizado na mão de um soberano trazia mais prejuízo do que benefícios à sociedade.

Em 1748, o iluminista francês Charle Mostesquieu, ao elaborar sua obra “Do Espírito das Leis” visualizou uma nova forma de governo que levou ao que hoje chamamos de Estado Democrático de Direito.

Esta forma de governo pensada por Montesquieu é a que mais se assemelha à nossa forma de governo atual, uma vez que identifica um poder legislativo, um poder executivo e um poder judiciário, seguindo o entendimento (2000, p.167)

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Para este pensador iluminista, o Poder Legislativo detinha o poder de elaboração e modificação das leis, podendo ser exercido por tempo determinado ou indeterminado.

Ainda, o Poder Executivo possuiria uma competência material quanto as relações internacionais, celebrar a paz, por fim as guerras, tratar com outros Estados, além de eventuais competências legislativas.

Quanto ao Judiciário, nas palavras de Montesquieu, deveria julgar os crimes praticados e eventuais conflitos na sociedade, de forma apenas a aplicar a lei e não criá-la.

Ocorre que, demorou até que os Estados abrissem mão de um governo soberano, assim, se buscava justamente a descentralização do poder e, conseqüentemente, das funções do Estado para dar um fim aos abusos cometidos por aqueles que se encontravam no poder.

Para compreender tal modelo de Estado, devemos analisar as anteriores formas de governar e seus respectivos períodos, uma vez que podemos identificar a predominância de um determinado Poder em cada período da história.

2.1.1 Idade Média: O Poder Executivo

Durante a Baixa Idade Média, com a expansão demográfica, o desenvolvimento do comércio e da burguesia, foi ocorrendo uma centralização do poder, onde o Rei se tornou uma figura importantíssima, ao lado da burguesia e da Igreja. Com o fim do feudalismo, o Rei passou a ser responsável pela política e economia, fato impulsionado pelo apoio da burguesia, que apoiavam os reis em troca da segurança, unificação da moeda, organização do reinado, entre outros.

Posteriormente, também com o apoio da Igreja Católica, o Rei passou a ter sua pessoa confundida com Deus. Dessa forma, todas as suas vontades e ordens eram consideradas como a escolha direta do próprio Deus e, portanto, era indiscutível, sendo que quem contrariasse sua vontade estaria indo contra a vontade divina. Assim nasce a chamada teoria da origem divina dos reis, que muito fundamentou a existência de vários Estados europeus.

Devido a isso, os reis governavam se colocavam acima de tudo e todos, governando da forma que bem entendiam, período marcado pelo absolutismo monarca. O poder era tão concentrado nas mãos do monarca que Luís XIV, o “Rei Sol”, dizia “O Estado sou eu”.

Os abusos sofridos pelos súditos, como os impostos altíssimos, as dificuldades do dia a dia para manter o luxo e as regalias da nobreza, geraram um cenário apto para a reflexão do povo, foi quando começaram a surgir as rodas filosóficas, os foros íntimos, onde começou a crescer a ideia de que deveria existir um exercício regular dos direitos da população, bem como sua participação direta na política.

Com isso, foram surgindo os primeiros movimentos iluministas, contra esse sistema de governo até então predominante na idade Média, o absolutismo.

O iluminismo surgiu na Europa por volta do século XVIII, e buscava o fim dessa predominante executoriedade, o fim da centralização do poder, e uma maior liberdade, religiosa, econômica, dentre outros.

Esse movimento ganhou tanta força que alguns monarcas, com medo de perder o poder, começaram a “aderir” às ideias iluministas, eram os chamados Déspotas Esclarecidos, dentre os quais podemos mencionar Catarina II da Rússia e Frederico II, da Prússia.

No fim, o crescimento dos movimentos iluministas foi um dos grandes responsáveis pelo fim do Absolutismo.

2.1.2 Revolução Francesa: Poder Legislativo

No fim do período absolutista houve um grande crescimento das ideias iluministas, que buscavam o fim do até então modelo de governo e a liberdade econômica e religiosa. Dentre os principais autores iluministas podemos citar Voltaire, Rousseau, Montesquieu, entre outros.

Diante dos problemas existentes no cenário absolutista, surgiram muitos movimentos a fim de acabar com tal forma de governo, um desses movimentos mais marcantes foi a chamada Revolução Francesa.

Na época, a sociedade francesa se dividia em Primeiro Estado, composto pelo clero, Segundo Estado, composto pela nobreza, e pelo Terceiro Estado, composto pelo restante da população que bancava as regalias do Primeiro e Segundo Estado. Nesse período o voto era realizado por Estado, sendo assim, o Terceiro Estado sempre se via em posição desfavorável, pois o Primeiro e o Segundo Estado sempre se favoreciam.

A burguesia, que pertencia ao Terceiro Estado, se via limitada para desenvolver a economia, e logo a situação econômica foi entrando em crise, falências, desemprego, tudo contribuindo para a instabilidade do país.

O Terceiro Estado, tendo sua proposta de votação por cabeça recusada por parte do clero e pela nobreza, formou a Assembleia Nacional Constituinte, exigindo uma Constituição. Em 26 de agosto de 1789 foi aprovada a Monarquia Constitucional, a qual estabelecia, dentre outras coisas, o voto censitário e a limitação do poder do Rei, que seria apenas executivo, limitado pelo poder legislativo, constituído pela Assembleia.

Dessa forma, a Revolução Francesa foi um marco do poder legislativo, uma vez que foi o início de um novo modelo político, limitando os poderes do Rei, que até então eram absolutos, e garantindo a expressão da vontade do povo.

Importante destacar que a Revolução Francesa ascendeu o Poder Legislativo e calou o Judiciário, colocando esses poderes em polos opostos. Isso porque, até então, os juízes eram fiéis escudeiros dos governantes.

A Revolução transferiu os poderes do monarca para um Parlamento, um Diretório, composto por duas câmaras, o Conselho dos Anciãos e o Conselho dos Quinhentos, representando o poder legislativo, e cinco membros representando o poder executivo. Esse Parlamento acabou levando ao poder absoluto no Legislativo e a supressão do Judiciário.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam confiança, a supremacia do Parlamento ai foi vista como sujeição do juiz á lei, proibido que foi, inclusive, de interpreta-la para não distorce-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime. (2009, p. 187)

Com os adventos das Guerras mundiais, especialmente o período pós Segunda Guerra, o cenário começou a ser alterado novamente.

2.1.3 Pós Segunda Guerra Mundial: Poder Judiciário

Após a Segunda Guerra Mundial, o foco do poder começa a sofrer novas mudanças. Isso porque começou a se debater quanto aos limites de uma Constituição, uma vez que as diversas atrocidades praticadas na Alemanha Nazista estavam autorizadas por sua Constituição.

Um dos primeiros pensamentos sobre o assunto foi o de Ferdinand Lassale, que entendia que uma sociedade era formada por poderes, sendo eles militar, econômico, social e intelectual. Desta forma a Constituição nada mais seria do que uma forma de legitimar as ações do poder dominante. Para ele, havia uma diferença entre Constituição Real e Constituição Jurídica, na qual a última servia apenas para adequar e regular as relações de poder dominantes em um determinado país.

Em contrapartida, Konrad Hesse entendia que a Constituição possuía o que ele denominou “força normativa”, ou seja, possuía força própria, independente das questões políticas de seu país. Além disso, apesar de tal independência, Hesse ainda entendia que não bastava a Constituição vislumbrar uma sociedade utópica, mas se adequar à situação fática, sob pena de não ter eficácia. Em suas palavras:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas[...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas[...]. A “Constituição real” e a “Constituição Jurídica” se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. (1991, p. 19-20).

Desta forma, ele entendia que não bastava apenas a interpretação seca das regras positivadas, era preciso levar em conta a realidade do Estado, analisando conjuntamente os chamados princípios. Para ele, ao se analisar uma Constituição era necessário levar em conta 3 princípios, quais sejam: 1) Condicionamento recíproco existente entre essa Constituição e a realidade político-social; 2) Limites e possibilidades da atuação da Constituição; e 3) Pressupostos de eficácia da Constituição.

A partir daí, começaram a surgir entendimentos acerca da necessidade de uma análise conjunta entre regras e princípios. Um dos principais marcos foi a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

A teoria supramencionada seguia o raciocínio de Kant, de forma que considerava as regras como parte do “dever ser”. Para Kelsen, as regras positivadas estipulavam uma conduta que o indivíduo deveria ou não fazer, enquanto os princípios apontavam para um Estado ideal a ser atingido, contudo não apresentavam os meios para atingi-lo.

Os princípios, portanto, ao contrário nas regras, eram algo muito mais abstrato, como exemplo poderíamos citar o Princípio do Devido Processo Legal, que aponta para um processo justo, correto, mas de forma ampla, sem ditar o caminho a ser seguido para alcançar tal processo.

Por sua vez, as regras, ao imporem uma conduta a ser seguida nos dão uma certeza do que deve ou não ser feito, como o artigo 335 do Código de Processo Civil, que determina que o réu possui 15 dias para apresentar sua contestação.

Na época, quem também compartilhava do entendimento era o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, um dos responsáveis pela Constituição portuguesa de 1976. Em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* de 1982, ele desenvolve a chamada Teoria da Constituição, que concluía que as normas programáticas serviam para vincular o legislador, obrigá-lo a acrescentar ao texto normativo, políticas públicas que gerassem prestações positivas, observando e atendendo as necessidades do povo.

A referida obra de Canotilho teve extrema influência no direito Constitucional Brasileiro, assim como a Constituição portuguesa de 1976 é tida como uma influenciadora para a Constituição brasileira de 1988. Nas palavras de Gilmar Mendes, há uma relação “notada e manifesta” quanto aos direitos fundamentais. “E também no que diz respeito ao modelo de controle de constitucionalidade, especialmente no que concerne às ações diretas, a ação direta por omissão veio do modelo português”.

Não restam dúvidas que durante a elaboração da atual Constituição, Ulysses Guimarães pautou-se fortemente pelas ideias de Canotilho quanto a uma Constituição dirigente, que estabelece os objetivos a serem atingidos pelo Estado. Como exemplo, podemos mencionar o artigo 3º da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Com isso, nossa Constituição vigente, bem como a legislação infraconstitucional, é dotada de diversos princípios, tratando-se inclusive de cláusulas pétreas. Dessa forma, é necessário que o Judiciário, em sua atuação, vá além da estrita leitura do texto normativo, mas realize uma interpretação maior, pautando-se muitas vezes nos princípios.

Como consequência, nosso Judiciário foi se tornando muito mais ativo, uma vez que se fazia necessária a interpretação do texto normativo para que fosse possível expandir seu sentido e alcance. A partir disso foi surgindo o que atualmente podemos chamar de “Ativismo Judiciário”.

2.2 Judicialização e Ativismo Judicial: A Ascensão Do Judiciário

Ao falarmos de judicialização, é preciso falar de ativismo judicial.

Quando abordamos o ativismo judicial devemos levar em conta que se trata de uma postura proativa do poder judiciário, que busca dar para a sociedade

respostas advindas da interpretação cumulada à aplicação da lei, solucionando problemas, cujos demais poderes não conseguiram solucionar e, geralmente, essa tal postura ativa do judiciário ocorre ante a inércia dos outros poderes.

Atualmente, podemos caracterizar o ativismo judicial pela atuação do Poder Judiciário em questões que na verdade são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, trata-se de um poder contramajoritário, uma vez que interfere em um assunto o qual não foi eleito para atuar.

Por estarmos acostumados em ver o judiciário sempre solucionando problemas, esquecemos do dever dos outros poderes, da sua inércia quanto ao exercício de suas funções e deixando de nos atentarmos que o judiciário atropela a própria separação dos poderes.

O prejuízo social que encontramos no ativismo judicial está na modificação à tripartição de poderes, a qual se fundamenta no sistema de freios e contrapesos onde a função de cada um é expressa. Não deveria assim, um poder tomar a função do outro, vez que torna o sistema desproporcional e desarmônico. Ainda que seja meio legal o efeito vinculante e erga omnes da decisão, seu uso desenfreado é abusivo, eis a posição que se defende.

Outrossim, é o ativismo judicial na grande maioria das vezes motivado pela posição política, bem como pessoais do julgador, ficando expresso o risco de tal medida quando utilizada de maneira desenfreadamente, como vem ocorrendo no cenário pátrio, isso porque torna a típica “legislação judicial” a vontade do julgador e não a vontade do povo, devidamente representado como deveria ocorrer se o tema fosse pautado e tivesse origem no congresso.

Esta articulação política no judiciário engaja uma tormenta, ora, assumem os ministros a figura de legisladores e passam a satisfazer os interesses de poucos e não da população.

Basta realizar uma breve análise na lei e doutrina onde nota-se que não cabe ao judiciário legislar, sendo esta função própria do órgão legislativo, entretanto, tem-se mais presente, a cada vez, as súmulas de efeito vinculante, vinculando todos os órgãos da administração pública de forma direta e indireta.

Vejamos que, ativismo judicial é a atuação do judiciário que, com suas decisões, age buscando e consegue modificar a realidade de problemas que o estado, quanto ao ente legislativo omisso.

Na visão de Luís Roberto Barroso, vemos que o ativismo judicial seria:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situação não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinários; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (2009, p.06)

Com fulcro nas palavras do referido doutrinador, temos ativismo judicial com uma razão existencial para a atuação do judiciário com mais força nos casos em que há na constituição obscuridade, ou aqueles em que carece de interpretação específica quando ocorrem* interpretações diversas e inúmeras.

Temos, portanto, forma possível de dar maior lucidez e segurança jurídica aos casos controversos, bem como celeridade em situações onde o poder público manteve-se inerte diante do problema.

Ocorre que, no Brasil, com o advento do ativismo judiciário, vem ocorrendo o intitulado fenômeno dos juízes administrativos, os quais não julgam realmente a causa e cada vez mais pautam suas decisões nas súmulas e acórdãos de instâncias superiores.

Ao verificarmos os panoramas sobre o ativismo judicial é importante fazermos um breve resumo sobre o sentimento do juiz, abordando o papel fundamental afim de entendermos o prejuízo criado nos julgamentos “mecânicos”, ou seja, o atual juiz que se tornou gestor administrativo de unidade e não mais de julgador, como ensina Alberto Spotta (1985, p. 56) quando menciona que exercer uma função jurígena que trata de preencher a lacuna entre a norma e a vida do direito como a função do julgador.

A máxima do ativismo judicial golpeia de maneira direta a instituição do Conselho Nacional de Justiça, por criar demasiadas metas para os magistrados, nascendo assim o juiz administrador, que navega totalmente contra a maré do princípio do livre convencimento motivado, o qual prevê que as provas devem levar

a motivação e convencimento do juiz, nos autos em que a prova se produz ao juiz e não para as partes.

Com o fim de exemplificar a citadas metas, temos duas primeiras do ano de 2016, onde é possível ver que o CNJ pouco se importa com a qualidade mas sim com a quantidade.

Meta 1 de 2016 – Julgar mais processos que os distribuídos Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente. [...] Critério de Cumprimento A meta estará cumprida se, ao final do ano, o percentual de cumprimento for igual ou maior que 100%, ou seja, se os julgamentos corresponderem à quantidade de processos distribuídos até 31/12/2016 e, no mínimo, mais 1 para os tribunais que tenham estoque processual. Meta 2 de 2016 – Julgar processos mais antigos Identificar e julgar, até 31/12/2016: o No 1º grau, pelo menos 80% dos processos distribuídos até 31/12/2012; o No 2º grau, pelo menos 80% dos distribuídos até 31/12/2013 e; o Nos Juizados Especiais e nas Turmas Recursais, 100% dos processos distribuídos até 31/12/2013.

Os juízes administradores valem-se de decisões modelo e, buscando cumprirem as metas, vem deixando de lado seu sentimento, não aferindo de fato o processo, algo que é de extrema importância na sentença, até mesmo pela análise etimológica, do latim *sententia*, de *sentire*, significando que o juiz deveria sentir-se convencido ao proferir a sentença no processo.

Outro problema, além das excessivas metas e o surgimento de juízes administradores, são as súmulas e jurisprudências vinculadas, as quais massificam as decisões elaboradas de acordo com os entendimentos dos Tribunais Superiores.

Como exemplo, podemos citar a ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, que reconheceu a união estável homoafetiva. Tal decisão trouxe à tona novamente a discussão acerca do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal que, em tese, teria afrontado o princípio da separação de poderes, usurpando o papel do poder Legislativo.

Gilvan Nogueira Carvalho sobre a referida decisão:

Segundo se verifica da doutrina, trata-se de um comportamento das cortes constitucionais, que, utilizando-se de instrumentos de **controle de constitucionalidade** imiscui-se em competências reservadas aos outros poderes do Estado. É assim que se diz que há evidente ativismo judicial quando esse órgão, a despeito de proferir julgamentos nas demandas que lhe são submetidas, acaba por criar verdadeiras normas de conduta,

definidoras de direitos e obrigações, em clara usurpação do princípio da reserva legal ou da atuação legislativa (2012, s/p).

Para Gilvan Nogueira Carvalho, o Brasil assume frequentemente o posicionamento ativista, seja para criar regras que, a princípio, seriam de competência do Legislativo, seja para corrigir ou inovar decisões políticas do Executivo. Ainda sobre o reconhecimento da união homoafetiva, ele declara:

A decisão na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, o que se verificou foi que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma técnica de controle de constitucionalidade denominado interpretação conforme a constituição. No controle concentrado de constitucionalidade, o STF tanto pode declarar a inconstitucionalidade total da norma impugnada, expurgando a mesma do ordenamento jurídico, pode declarar a nulidade parcial sem redução de texto, como pode fixar a interpretação da norma conforme a vontade do texto constitucional. Nesse caso, o Supremo não declara a inconstitucionalidade da norma impugnada, mas elimina determinadas interpretações a ela conferidas, que, segundo o entendimento da Corte, estariam em desacordo com o comando constitucional (2012, s/p).

No caso em questão, o Supremo teve que decidir quanto a interpretação seca da lei ou a observância de princípios como a isonomia, dignidade humana, vedação a discriminação sexual, inviolabilidade da intimidade e vida privada, entre outros, sendo que estes prevaleceram.

Outro exemplo que gerou enorme polêmica quanto ao ativismo do Supremo Tribunal Federal, foi a decisão de improcedência da ADI 3510, ajuizada com o objetivo de impedir a realização de estudos e pesquisas com células tronco. Nesse caso, houve intenso debate quanto os limites dos avanços tecnológicos e o ordenamento jurídico, principalmente quanto à inviolabilidade do direito à vida.

Diferentemente do ativismo judicial, a judicialização não decorre de uma nova interpretação de um direito, o judiciário não atua além da legislação, muito pelo contrário. A judicialização ocorre porque este atua além de suas competências, porém se pautando em lei.

É de suma importância diferenciarmos tais institutos, para isso, podemos utilizar os conceitos trazidos por Luiz Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

(...)

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (2008, s/p).

Sendo assim, a judicialização também trata de questões de grande repercussão social ou política, que decorrem da inércia dos demais poderes, contudo, o Judiciário é provocado para se manifestar nos limites dos pedidos que lhe foram formulados.

2.3 Neoconstitucionalismo E Judicialização: O Juiz E Os Princípios

Como exposto nos capítulos anteriores, o exercício do Poder Judiciários sofreu grandes modificações ao longo dos anos, saindo de uma posição quase omissa, para o centro das atenções e discussões políticas como vemos atualmente.

Um fator importantíssimo que colaborou para essas mudanças é o chamado neoconstitucionalismo.

Também chamado de novo direito constitucional ou direito constitucional moderno, o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma nova forma de ver a Constituição. Trata-se de um modelo de direito constitucional que

coloca a Constituição no centro do ordenamento jurídico, redefinindo seu papel em relação às demais normas.

Essa perspectiva jurídica se deu no período pós Segunda Guerra Mundial, onde deixamos de prezar por um Estado estritamente Legislativo, e passamos a nos preocupar com um Estado Constitucional de Direito.

Podemos, ainda, dizer que tal sistema pauta-se em uma revalorização do direito constitucional, uma nova forma de abordagem da função da constituição no sistema jurídico, cujo início se deu por volta da metade do século XX com a reconstitucionalização da Alemanha e da Itália, mas no Brasil foi definitivamente inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

O neoconstitucionalismo busca reinstaurar novos argumentos ao direito constitucional, dentre eles a difusão e aplicação dos direitos fundamentais e a força normativa da Constituição, visando transformar um estado legal em estado constitucional.

Como fora explicado, a Constituição Brasileira de 1988 possui um novo perfil, nossa Constituição conta com diversos princípios e observa a busca pela igualdade e a efetivação dos direitos fundamentais tanto do indivíduo quanto da coletividade.

Desta forma, fica claro que nosso texto constitucional sofreu uma grande mudança de paradigma.

Para Eduardo Cambi, podemos atribuir essa mudança a três aspectos distintos: 1) Histórico; 2) Filosófico e; 3) Teórico.

Como já vimos previamente, o fato histórico nos remete ao período de pós Segunda Guerra, onde verificou-se a necessidade de uma maior observância das garantias e direitos fundamentais frente aos eventuais abusos que poderiam ocorrer por parte do Estado, foi onde constatou-se que não basta cumprir estritamente o que diz o ordenamento jurídico, mas observar que este precisa de limites para que não viole os direitos do povo.

O aspecto filosófico se deu com o entendimento de que era preciso diferenciar os princípios das regras, para que aqueles deixassem de ser uma mera forma de preenchimento de lacunas, mas que fossem observados com a devida força legal para que tivessem aplicação imediata. Foi o que se chamou de pós-positivismo, a passagem dos princípios de normas meramente secundárias para uma aplicação direta na efetivação dos direitos fundamentais.

No que tange ao aspecto teórico, na visão de Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo caracteriza-se por três vertentes: 1) o reconhecimento de força normativa à Constituição, ou seja, reconhecer que a Constituição possui caráter imperativo sobre as demais normas; 2) a expansão da jurisdição constitucional; 3) o desenvolvimento de novos horizontes da interpretação constitucional.

Nas palavras do mencionado autor:

O marco *filosófico* do novo direito constitucional foi o desenvolvimento de uma cultura jurídica pós-positivista, principialista, em cujo âmbito se destacam princípios como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade. Por fim, três mudanças de paradigma assinalam o marco *teórico* contemporâneo: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de novos horizontes na interpretação constitucional (2009, p. 398).

Nesse sentido, reconhecer a força normativa da Constituição, se refere à possibilidade de aplicar de forma direta os princípios e regras constitucionais e não apenas de forma subsidiária, e reconhecer que a constituição possui um caráter soberano perante as demais normas.

Ao falar em “novos horizontes” o autor se refere a uma nova dogmática, que decorre dessa nova forma de constitucionalismo, que visa não somente seguir o que está nas leis, mas sim, tratar questões mais complexas visando esse Estado Democrático de Direito.

Com isso, não restam dúvidas quanto à mudança sofrida pelo direito constitucional, que abandonou a ideia de que os princípios e valores eram meras diretrizes de caráter subsidiário e passou a enxergá-los como possuidores de força normativa e até vinculante, o que impulsionou o crescimento do Poder Judiciário.

Diante deste cenário, podemos identificar o chamado Ativismo Judicial e o fenômeno da Judicialização que mencionamos anteriormente.

Como exemplo dessa postura proativa do Judiciário, podemos citar a Súmula vinculante nº 13, que veio para acabar com o nepotismo que até então era muito comum. Vejamos:

Sum. Vinculante nº 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em

cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Com isso, é simples o entendimento que o neoconstitucionalismo trouxe diversas mudanças para o nosso ordenamento, englobando novos valores, direitos, concepções, interpretações e o surgimento de matérias com caráter econômico e sociais.

Atualmente, nosso ordenamento jurídico tem como um dos principais preceitos a dignidade da pessoa humana, direito esse que até o século anterior era facilmente ignorado.

Segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é o eixo legitimador basilar do ordenamento jurídico, bem como confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, somente assim se pode realizar no Brasil o Estado Democrático de Direito. Trata-se, enfim, do derradeiro valor supremo e absoluto, que se constitui no cerne do Estado de Direito Contemporâneo. (2011, p. 278).

Não podemos negar que essa nova visão sobre a Constituição e as mudanças que ela propiciou, tiveram boas consequências. Contudo, apesar dessa ascensão do Judiciário proporcionar diversas mudanças positivas, como o fim do nepotismo, a possibilidade de pesquisas com células tronco, o casamento homoafetivo, etc, devem ser observados os aspectos negativos desse crescimento desenfreado.

Nosso sistema é pautado na divisão dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que um possa fiscalizar o outro e evitar eventuais abusos. Muito tem se discutido quanto ao ativismo judicial e a judicialização sobre a questão de que o Judiciário estaria usurpando o papel dos demais poderes.

Barroso diferencia ativismo judicial e judicialização explicando que ativismo judicial é atitude e judicialização é fato. Enquanto o ativismo judicial decorre do déficit dos outros poderes para resolver questões relevantes, a judicialização decorre justamente da redemocratização que levou as pessoas a procurarem o

judiciário com mais frequência, a constitucionalização e o sistema de controle de inconstitucionalidade.

Contudo, Barroso ainda aponta sobre a necessidade de cautela. Em seu entendimento:

No contexto de judicialização, em que o Judiciário pode muito, às vezes é preciso uma gota de humildade para saber se, embora podendo, deve. Porque pode ser que aquela decisão tenha como autoridade competente mais qualificada outra que não o juiz. (2009, s/p)

Ou seja, muitas vezes os juízes, se pautando em princípios, julgam ações que tratam de questões que vão além do seu entendimento, “tampando um buraco, mas abrindo outro”.

Ainda, devemos lembrar que os princípios, regras e normas se diferem.

As normas são o conjunto que definem nosso ordenamento jurídico, tendo como função a regulamentação da conduta dos indivíduos, se materializando por meio das regras e princípios. Trata-se do gênero, do qual as regras e os princípios são espécies.

Ao falarmos em regras, devemos ter em mente algo mais concreto, podemos dizer que se trata dos dispositivos legais ou constitucionais. Aqui, devemos ter em mente a lógica do “tudo ou nada” de Dworkin, uma vez que se houver o conflito entre duas regras, uma prevalecerá à outra, devendo ser aplicada a interpretação entre regras especiais, gerais, posterior, etc.

Quanto aos Princípios, trata-se de algo mais abstrato, diretrizes gerais que mostram o objetivo a ser alcançado, mas não mostram qual o caminho para alcançá-lo, função esta das regras. No caso dos princípios podemos falar numa colisão sem que haja necessariamente um conflito, uma vez que um princípio não exclui o outro, é possível fazer um juízo de ponderação.

Há ainda uma terceira figura, os chamados postulados normativos, também chamado de “metanorma”, que caracterizam certas premissas entendidas ora como regras, ora como princípios, sendo as mais conhecidas a proporcionalidade, igualdade e razoabilidade.

Humberto Ávila identifica esses postulados como normas de segundo grau, que estruturam a aplicação das demais normas. Em suas palavras:

[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados (2005, p. 135).

Tais diferenciações são essenciais para que se entenda como os juízes se valem dos princípios e postulados normativos para tomar a frente dos poderes executivo e legislativo levando ao que hoje chamamos de judicialização.

No contexto atual do Brasil, esse fenômeno tem ganhado força em diversos aspectos, com destaque para o setor da saúde o qual abordaremos nos capítulos posteriores.

3 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Primeiramente, para adentrar ao assunto, é necessário estipular o conceito de saúde, que não é apenas um direito de receber medicamento e tratamentos do Estado, mas sim algo muito mais amplo.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), no preambulo de sua Constituição, "Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". Desta forma, a saúde inclui não somente o aspecto individual, mas o coletivo também, incluindo medidas de prevenção, tratamento de epidemias, fornecimento de medicamentos, atendimento médico, entre outras medidas públicas.

A Constituição Federal traz a saúde como um direito social em seu artigo 6º e posteriormente, de forma mais detalhada, no artigo 196, que inicia o capítulo intitulado "Saúde". Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)**

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta forma, ao mesmo tempo em que a Constituição prevê a saúde dentro do título de Direitos e Garantias Fundamentais, ainda a especifica como um dever do Estado.

Segundo Bonavides "são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social...".

Os direitos sociais se caracterizam pela prestação material por parte do Estado, ou seja, exige dele atividades, serviços e políticas públicas para que se

exteriorize e possa assim dar melhores condições de vida ao cidadão. Por este motivo, o direito à saúde é visto como um direito fundamental de segunda geração, que buscam uma maior igualdade.

O Brasil, assim como a maioria dos Estados civilizados, se caracteriza juridicamente como Estado Social Democrático de Direito o qual é intimamente ligado aos direitos fundamentais, e segundo o Professor Maliska “Um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direta, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda no tocante à prestação direta dos serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social”.

Nossa Constituição Federal, logo de início, pauta a dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do Estado, diferentemente das outras Constituições. Logo em seguida, em seu artigo 3º, a Constituição de 1988 volta a tratar da dignidade da pessoa humana, dessa vez como um dos objetivos do Estado.

Insta salientar, ainda sobre a Constituição Federal, que o artigo 5º em seu parágrafo primeiro, determina que as normas que definem as garantias e direitos fundamentais são de aplicação imediata. Tal imposição é extremamente importante para nossa análise, uma vez que o direito à saúde, apesar de ser um direito social, está entre os direitos e garantias fundamentais, como mencionado anteriormente.

Ainda há discussão doutrinária quanto à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais que versam sobre os direitos sociais, sendo a saúde um desses direitos.

Há quem entenda que essas normas constitucionais que tratam sobre os direitos sociais não possuem força vinculante, sendo necessária uma legislação específica, infraconstitucional, para disciplinar devidamente essas matérias, entretanto, trata-se de uma corrente minoritária.

Segundo a doutrina predominante, as normas constitucionais por serem hierarquicamente superiores às demais normas do nosso ordenamento jurídico, possuem sim força jurídica vinculante, e, a omissão decorrente de sua inobservância pode ser suprimida com o cumprimento forçado da obrigação constitucional.

Sobre o posicionamento majoritário, podemos citar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficácias distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra (2010, p.56).

Desta forma, para a doutrina majoritária, ao incluir em seu título II o capítulo dos Direitos Sociais, a Constituição conferiu a esses direitos o caráter de direito fundamental, e por ser a saúde um direito social, ela deve ser assegurada como um direito fundamental e, portanto, devem ser aplicados a elas todos os princípios protetores, inclusive a aplicação imediata.

Entretanto, vale lembrar que em nosso ordenamento jurídico não há direitos absolutos, uma característica do princípio da limitabilidade, de maneira que, em caso de conflito entre direitos fundamentais, um sempre será afastado.

Com o fim de efetivar o direito à saúde aos cidadãos, a Constituição ainda prevê um Sistema de Saúde Único, o qual estudaremos nos demais tópicos deste capítulo.

3.1 Extensão Normativa de Proteção ao Direito à Saúde

Como já fora mencionado, o direito à saúde tem previsão constitucional, no título de Direitos Sociais, e é reconhecido majoritariamente como um direito fundamental.

Atualmente, esse o direito a saúde é um dos principais objetos de um ramo específico do direito o qual, geralmente, denominamos de Direito Sanitário, que visa proteger esse direito fundamental de caráter coletivo, que é um dever do Estado.

Para Júlio César de Sá da Rocha, podemos definir o Direito Sanitário da seguinte maneira:

O Direito Sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o

funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito (1999, p.49).

Devemos mencionar que essa questão da saúde é uma preocupação de todos os países, sendo assim, há diversas Convenções e Tratados Internacionais que abordam o tema saúde como um direito fundamental, básico para a existência da dignidade humana, e o Brasil é signatário de muitos destes Tratados.

Dentre os documentos internacionais que tratam do referido assunto, o Brasil é signatário: a) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1959); b) Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação contra a Discriminação Racial (1966); c) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); d) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); e) Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989); entre outros.

Como mencionado anteriormente, o artigo 196 da Constituição Federal disciplina o direito À saúde como um dever do Estado. Já os artigos seguintes descrevem as medidas para efetivação desse direito.

Além da Constituição e documentos internacionais, a saúde é abordada em outras leis infraconstitucionais, das quais devemos citar primordialmente a Lei nº 8080/90, responsável pela instituição do Sistema Único de Saúde mencionado pela Constituição, a qual abordaremos posteriormente de forma mais detalhada.

Posteriormente, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, garantindo um atendimento médico universal e igualitário por meio de um sistema gratuito de saúde.

Outra Lei marcante foi a Lei nº 9313/96 que garante aos portadores do vírus HIV a distribuição gratuita de medicamentos.

Em 2002, a Lei 10.424/02 acrescentou a assistência domiciliar no SUS.

Em 2004, a Lei 10.854/04 autorizou a disponibilização de medicamentos aos usuários do SUS, pela Fundação Oswaldo Cruz.

Podemos citar, ainda, a Lei 11.108/05, que alterou a Lei 8080/90 e garantiu à parturiente o direito a um acompanhante durante e após o trabalho de parto.

Ainda em 2005, a Lei 11.255/05 dispôs sobre a política de prevenção e atenção à saúde dos portadores de hepatite, no âmbito do SUS.

A Lei 11.47/2006 disciplinou sobre a distribuição de medicamentos e materiais necessários à aplicação e monitoração da glicemia, de forma gratuita para os portadores de diabetes.

Vale mencionar ainda, a Lei 11.664/08, que disciplina ações para prevenção e tratamento dos cânceres de mama e colo uterino no âmbito do SUS.

Essas são apenas algumas das Leis infraconstitucionais que tratam sobre o quesito saúde, o que ressalta a sua importância e a preocupação do legislador sua efetivação.

Conforme mencionado, a Lei 8.080/90 foi a responsável por implementar o sistema de saúde utilizado hoje no Brasil, o Sistema Único de Saúde, o qual estudaremos a seguir.

3.2 O Sistema Único de Saúde

O artigo 197 da Magna Carta, institui ao Poder Público, a obrigação de regulamentar, fiscalizar e controlar em lei as ações e serviços relativos à saúde. Sendo assim, é a Lei 8.080/90 que atualmente exterioriza esse dever do Estado, regulamentando o SUS – Sistema Único de Saúde.

Em seu artigo 4º, a Lei 8080/90 deixa evidente a ligação da Administração Pública com o acesso ao direito à saúde ao estabelecer que as ações e serviços de saúde prestados pelos órgãos e instituições federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, e das fundações mantidas pelo Poder Público, constituem o SUS, o qual tem como finalidade a prestação de saúde de forma plena e gratuita para aqueles que necessitarem.

O SUS foi criado com o fim de efetivar o mandamento constitucional, visando disponibilizar a toda a população o acesso às políticas sociais e econômicas relacionadas à saúde.

Sobre o assunto, aduz Vanessa de Medeiros Neves:

Este novo conceito assegurou o abandono de um sistema que considerava como obrigação do Estado, quanto à saúde pública, apenas evitar ou controlar a propagação de doenças. A proposta presente no texto constitucional é a de que o Estado deve formular e executar políticas econômicas e sociais e promover o acesso igualitário a ações que visem

promover, proteger e recuperar a saúde. Esta perspectiva redireciona completamente as práticas sanitárias implementadas até então no Brasil (2012, p.3).

O artigo 198 da Constituição determina as diretrizes do SUS, quais sejam: a) descentralização; b) atendimento integral; c) participação da comunidade.

A descentralização trata da distribuição da responsabilidade entre os níveis de governo quanto às ações e serviços públicos, de forma que União, Estado e Municípios possuem uma parcela de responsabilidade para a devida efetivação do direito À saúde. Uma das principais consequências é a hierarquização e a regionalização da rede de serviços de saúde, de forma que os municípios, muitas vezes, acabam tomando um papel de destaque na organização e gerenciamento destes serviços.

O atendimento integral diz respeito às ações de promoção, proteção e reabilitação da saúde, que devem atender os diversos graus de complexidade, ou seja, essas ações não podem se limitar a um ramo da área, pois o indivíduo é tido como um todo indivisível e assim devem ser as ações referentes À saúde, de forma a atender as eventuais necessidades da população.

Quanto à participação da comunidade, se refere ao direito que os cidadãos tem de, por meio das entidades representativas, participar dos processos de elaboração e avaliação das políticas de saúde, bem como fiscalizar sua execução.

Por se tratar de um sistema, o SUS nada mais é do que os três níveis de governo, instituições públicas e privadas que se integram para atingir o mesmo fim, promover o acesso à saúde. Sendo assim, como o próprio nome diz, é único, seguem as mesmas diretrizes e preceitos.

No âmbito Federal, a gestão do SUS é feita pelo Ministério da Saúde, que deverá formular e planejar eventuais políticas de ação, avaliar o desempenho dessas políticas em nível nacional e distribuir recursos para o financiamento do Sistema único de Saúde.

Na esfera estadual, cabe à Secretaria Estadual de Saúde planejar e sistematizar o SUS no nível estadual, criando políticas estaduais e colaborando para o financiamento deste sistema.

Quanto aos municípios, a administração fica por conta das Secretarias Municipais de Saúde que, como consequência da descentralização, serão responsáveis por aplicar os recursos recebidos e próprios no setor da saúde.

Entretanto, apesar de parecer muito bom na teoria, a realidade do atendimento realizado no SUS está longe de atender as necessidades de toda a população brasileira.

Dentre os principais problemas enfrentados na saúde pública estão o longo tempo de espera, alto número de mortes, falta de profissionais qualificados, falta de medicamentos, entre outros.

Estes e muitos outros motivos levam aqueles com melhores condições econômicas a buscarem, na maioria das vezes, a chamada saúde suplementar. Contudo, aqueles que não dispõem de recursos financeiros, acabam buscando o Judiciário para satisfazer suas necessidades.

3.3 A Saúde Suplementar

Apesar da Constituição expressar em seu texto que o direito a saúde é um dever do Estado, o legislador, em um provável momento de lucidez, facultou a assistência à saúde pela iniciativa privada. Vejamos: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Desta forma, nosso ordenamento jurídico permite a existência de uma rede pública de saúde e uma rede privada ao mesmo tempo. A própria Lei 8080/90, responsável pela institucionalização do SUS, em seu artigo 4º, § 2º, também prevê essa possibilidade:

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

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar;

Entretanto, apenas em 1998, foi editada a Lei 9.656/98, que disciplina a relação jurídica de direito privado entre a operadora do plano de saúde e o contratante e mais, disciplina também a relação jurídica de direito público entre o Estado e a referida operadora.

Em 2001, com a Lei 9.961/2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), uma autarquia de regime especial, que tem como função a criação, regulamentação e implementação de normas pertinentes ao assunto, bem como a fiscalização da atividade.

Na prática, a saúde suplementar nada mais é do que a existência de planos ou seguros de saúde oferecidos por empresas particulares, e é importante destacar que, como o próprio nome diz, trata-se de um sistema suplementar, complementar, ou seja, o cidadão que firmar um contrato com uma operadora de planos de assistência à saúde não perderá seu direito de ser atendido no SUS.

Outro aspecto importante sobre o assunto é a diferenciação entre plano de saúde e seguro saúde.

O Plano de Saúde é um contrato de serviço oferecido pela operadora no qual o contratante, mediante pagamento, poderá usufruir de uma assistência médica, atendimentos, realização de exames, tratamentos, dentre outros.

Normalmente, os planos de saúde possuem profissionais credenciados dentre os quais o contratante poderá escolher para ser atendido, mas fica limitado aos profissionais credenciados na empresa contratada. Além disso, o plano pode ou não oferecer garantia de cobertura mediante reembolso, todos esses fatores dependerão da modalidade e do tipo de plano contratado.

O Seguro Saúde é um contrato de seguro, tem como objeto a cobertura por reembolso, de forma que o contratante é livre para escolher onde e por quem será atendido. Os consumidores, no caso do seguro saúde, pagam uma mensalidade que garante a assistência uns dos outros, ou seja, equivalem ao risco do custo do tratamento de cada um, de forma semelhante a uma cooperativa.

Devido Às grandes falhas do sistema público de saúde, há uma grande procura por parte da população que possui condições financeiras, pelo serviço de saúde da rede privada.

Em regra, por se tratar de uma relação de direito privado, um contrato propriamente dito, somos levados pela ideia de que sempre prevalecerá o estabelecido entre as partes. Contudo, mesmo na esfera privada, muitas vezes há a procura do Judiciário por parte do particular para a satisfação de um desejo que não fora previsto no contrato, como estudaremos de forma mais aprofundada posteriormente.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA ESFERA PÚBLICA

Conforme estudamos, é função dos Poderes Executivo e Legislativo a concretização do direito à saúde, de forma que cabe ao Executivo a criação e implementação de políticas públicas que possam satisfazer esse direito e ao Legislativo a criação de atos destinados a esse direito.

Sendo assim, seria função do Judiciário apenas exigir o cumprimento dessas políticas criadas pelos demais poderes.

Contudo, diante da incapacidade da Administração Pública de fornecer um sistema de saúde digno à população, que atenda integralmente suas necessidades e efetive seu direito fundamental, começou a surgir a busca pela efetivação de tal direito através do Judiciário.

Essa possibilidade de se pleitear em juízo uma pretensão relacionada ao direito à saúde é a chamada Judicialização da Saúde.

Ocorre que, o Poder Judiciário, ao tentar impor ao Estado a obrigação de efetivar um direito a um particular, acaba, por vezes, prejudicando uma coletividade por não ter conhecimento de um cenário fático muito mais amplo.

Neste capítulo, estudaremos as prerrogativas da Administração Pública quanto à aplicação de seus recursos dentro dos limites estabelecidos em lei, as consequências e o custo que a Judicialização desenfreada pode causar aos cofres públicos.

4.1 O Poder Discricionário da Administração Pública

A Constituição Federal, em seu artigo 37, traz um dos princípios básicos da Administração Pública, o Princípio da Legalidade, o qual especifica que a Administração, em sua atividade funcional, está sujeita aos limites da lei, ou seja, só pode fazer o que a lei lhe permite fazer. Diferentemente do particular, que pode fazer tudo o que não for proibido pela lei.

Entretanto, há para a Administração o chamado poder discricionário, que permite, dentro dos limites legais, que ela faça um juízo de conveniência e oportunidade para tomar uma decisão que melhor atenda os interesses públicos.

Sendo assim, esse poder discricionário possui dois requisitos: a conveniência, que estará presente quando o ato satisfaz ou convém ao interesse da

Administração; e a oportunidade, que diz respeito ao motivo, ao momento em que o ato será praticado.

Essa discricionariedade não é absoluta, ela depende da lei que a autoriza e deve sempre ser norteada aos demais princípios administrativos, quais sejam: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Segundo artigo 165, incisos I, II e III da Constituição Federal, as Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

Sendo assim, todo ano é editada, pelo Poder Executivo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que estabelece metas do governo, estipulando como deverá ser realizado o orçamento anual e quais os gastos mais importantes. Posteriormente o projeto irá para o Congresso Nacional para aprovação.

Ainda, a Emenda 86 de 2015 incluiu o § 2º ao artigo 198 da Constituição Federal, o qual estabelece um teto mínimo de recursos da União para ações e programas relacionados à saúde, vejamos:

Art. 198, § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)**

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)**

Pois bem, dentro do percentual previsto a ser investido no setor da saúde, há diversas possibilidades de aplicação e há situações em que a administração poderá agir com a discricionariedade para decidir no que exatamente será aplicada determinada quantia.

O investimento na saúde ocorre visando beneficiar a coletividade, e não um particular, uma vez que o Estado Brasileiro, e nenhum outro, possui capital suficiente para atender individualmente as necessidades de cada um dos seus cidadãos.

A forma como o capital será aplicado é decidida por meio de decisões políticas que visam alcançar um maior número de pessoas, e atender o maior número de interesses.

Corroborando para o entendimento, Capeller e Arnaud aduzem que:

A competência para desenvolver políticas públicas cabe ao Poder Executivo, por meio da definição e prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração das leis, inclusive orçamentárias [...] o sistema normativo emitido pelo legislativo é que regula a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde (2009, p.107).

As decisões políticas tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo levam em consideração os preceitos da Constituição Federal, mas não só isso, obedecem as condições orçamentárias do país, algo indispensável para a devida continuidade do Estado Democrático. O Judiciário, ao interferir nessas escolhas, observa somente o caso concreto do particular, mas, na maioria das vezes, não tem conhecimento acerca das possibilidades financeiras do Estado.

O Judiciário, ao impor uma condenação ao Poder Público no sentido de satisfazer a pretensão de um particular, além de interferir na autonomia da Administração, acaba atuando de forma oposta à ideia dos direitos sociais para a coletividade.

Segundo Fernando Facury Scaff:

O Poder Judiciário não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo. A tônica das decisões judiciais no Brasil é a implementação dos *direitos sociais*, mas na verdade atribuem *direitos individuais*, fazendo com que verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privada (2008, p.157).

Desta forma, o deferimento desenfreado de demandas particulares, por parte do Judiciário, está gerando um grande prejuízo aos cofres públicos, uma vez que a Administração terá que dispor de uma determinada quantia para atender os interesses individuais dos particulares.

De acordo com Antônio José Avelãs Nunes, o fato de um indivíduo não encontrar um tratamento ou medicamento na rede de saúde pública não necessariamente implica numa desobservância da Constituição. Segundo este autor, a própria Constituição prevê que o direito à saúde e outros direitos sociais estão intimamente ligados às condições financeiras do Estado, que serão levadas em consideração para as decisões políticas acerca dos investimentos de seus recursos.

Outro fator a ser destacado é que a saúde não é o único direito de cunho social. Dentre esses direitos ainda podemos citar o direito a habitação, educação, trabalho, e não se observa, em relação a esses direitos, o mesmo afinco por parte do Judiciário em efetivá-los como na área da saúde.

Ora, se o Judiciário puder intervir nas decisões políticas da Administração em relação à saúde, o que impede que também o faça em relação aos demais direitos? E isso leva a um problema ainda maior.

Se analisarmos o setor do trabalho, segundo IBGE, encerrado o primeiro trimestre de 2018, a taxa de desocupação era de 13,1%, o que significa que 13,7 milhões de pessoas desocupadas, poderiam essas pessoas buscar o Judiciário para pleitear seu direito ao trabalho? O Judiciário poderia obrigar o Estado a conceder emprego a todas essas pessoas? É evidente que não.

Da mesma forma, se mencionarmos a situação da educação pública no Brasil, não há dúvidas que é de má qualidade, mas não vemos “enxurradas” de ações sobre o assunto, nem sequer o Judiciário tomando a frente da Administração, então questiona-se, porque o faz no âmbito da saúde?

Da mesma forma que supostas ações nas áreas mencionadas a título exemplificativo seriam inviáveis para os cofres públicos, as ações referentes a saúde também são prejudiciais quando concedidas de forma descontrolada, como vem acontecendo atualmente.

Ademais, devido a esse status de Estado Democrático de Direito e todas as mudanças já mencionadas anteriormente, para essa concessão dos pedidos pleiteados pelos particulares que não tem acesso aos atendimentos, medicamentos ou tratamentos, na maioria das vezes os juízes decidem com base nos mencionados princípios.

A questão é que, na maioria das vezes, o Judiciário invade a competência dos demais poderes pautando-se nos princípios, frequentemente o da proporcionalidade, como se fosse uma espécie de “trunfo”.

4.2 O Custo da Judicialização para a Administração Pública

Não é novidade que o sistema de saúde pública é quase totalmente falho, e sim, podemos atribuir isso também à má administração, e principalmente aos desvios de recursos, mas não só isso, o número de usuários também é

relevante bem como o fato de que hoje, com o avanço da medicina, a saúde não se limita apenas a curar algo, há doenças degenerativas, doenças crônicas, que necessitam de um tratamento contínuo e permanente.

Os primeiros processos judiciais que tinham como objeto a reivindicação por medicamentos e procedimentos médicos, por parte do Poder Público, se deram pela década de 90, em relação a medicamentos antirretrovirais para a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, a AID's (Ventura, ET. AL., 2010). Com o tempo, o número de ações referente a medicamentos e tratamentos foi crescendo e os pedidos foram se ampliando.

Na década de 70 a OMS identificou como medicamentos essenciais “aqueles que satisfazem às necessidades de saúde da maioria da população a um preço que eles e a comunidade possam pagar”.

Por sua vez, o Brasil em 1988 elaborou e aprovou a Política Nacional de Medicamentos (PNM), cujo principal objetivo é “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população a aqueles considerados essenciais”.

Sendo assim, com base na lista de medicamentos essenciais da OMS, foi elaborada a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), uma lista de medicamentos básicos para atender as necessidades essenciais da população. É essa lista que norteia o Sistema Único de Saúde no quesito farmacológico, serve como parâmetro para o fornecimento de medicamentos pela rede pública.

Importante mencionar que os medicamentos listados na RENAME devem ser fornecidos pela rede de saúde pública ou, pelo menos, ser de custo acessível.

Ocorre que, a busca pelo Judiciário para satisfação de pretensões ligadas à saúde nem sempre trata de remédios essenciais à maioria dos indivíduos. Muitas vezes as ações pleiteiam medicamentos ou tratamentos específicos para doenças raras e, frequentemente, possuem custo elevado.

Segundo o Acórdão 1787/2017 do TCU, a maioria dos gastos do Ministério da Saúde com medicamentos judicializados se refere a produtos que não fazem parte do Sistema Único de Saúde.

Ainda de acordo com o Acórdão, os Tribunais dos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, são os que apresentam maior número de processos relativos à judicialização da saúde. Ademais, os Estados de Minas

Gerais, Santa Catarina e São Paulo, juntos, tiveram um gasto de R\$ 772 milhões no período entre 2013 e 2014, valor esse superior ao gasto da União.

De acordo com o próprio Ministério da Saúde, entre 2010 e 2015 foram destinados mais de R\$ 2,7 bilhões de reais para compras determinadas pelo judiciário, sendo que, deste valor, cerca de 54%, R\$ 1,4 bilhão de reais, são destinados a três medicamentos: Naglazyme, Elaprase e Soliris.

Algo que chama a atenção é o fato de que o medicamento Soliris é utilizado para tratar duas doenças raras do sangue, Síndrome Hemolítico Urémico Atípico (SHUa) e Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), e apenas foi registrado na Anvisa recentemente.

Segundo Marcelo André Barboza da Rocha Chaves, secretário de controle externo da Saúde do Tribunal de Contas da União, se esse registro tivesse sido realizado desde o início dos pedidos judiciais, o gasto não seria de R\$ 21,7 mil reais, mas sim R\$11,942 mil reais, o que significa uma economia de R\$ 300 milhões de reais por ano.

Outro remédio que foi recentemente incluído ao Sistema Único de Saúde foi o Transtuzumabe 440mg, utilizado no tratamento de câncer. Com a incorporação, o custo foi reduzido de R\$ 7,8 mil reais para R\$ 4 mil reais.

Em audiência pública sobre a judicialização da saúde, que ocorreu no Conselho Nacional de Justiça em 11 de dezembro de 2017, o secretário de Saúde do Distrito Federal, Humberto Lucena Pereira Fonseca, mencionou o caso do medicamento Fator IX recombinante de coagulação, o qual teve o fornecimento negado pelo Ministério da Saúde. Contudo, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal houve uma jurisprudência favorável, o que levou pacientes de diversos Estados a pleitearem no Distrito Federal a concessão do medicamento, gerando um gasto de R\$ 1 milhão de reais por paciente.

Não restam dúvidas que a judicialização tem um custo para o orçamento público, custo esse que prejudica a coletividade e que parece ser ignorado pelo Judiciário.

Segundo Fabíola Sulpino Vieira:

A utilização de mecanismos diversos daqueles do SUS para viabilizar acesso aos medicamentos tem gerado prejuízos à equidade na saúde. O atendimento dessas demandas é outro problema. A grande quantidade

causa transtornos para as finanças públicas porque o Estado acaba sendo ineficiente, perdendo seu poder de compra.” (2008, p.4)

Seguindo o mesmo raciocínio, ao analisarem as demandas judiciais pertinentes a medicamentos de alto custo destinados à um grupo específico de doenças genéticas raras, no período de 2006 a 2010, Marcelo Medeiros, Debora Diniz e Ida Vanessa Doerlein Schwartz, concluíram que:

(...) a judicialização resume a política de saúde à dispensação do medicamento de alto custo. Mesmo nos casos de demandas justas, a judicialização traz consequências econômicas para a organização da política. [...], o fluxo das ações judiciais é espontâneo, o que dificulta o controle de estoque da política (2013, p. 487).

É fato que o indivíduo tem o direito ao acesso à justiça para buscar a satisfação de seus direitos, sendo a saúde um exemplo, entretanto, o ajuizamento de demandas individuais em larga escala acaba interferindo no orçamento público e conseqüentemente, prejudicando ainda mais a coletividade.

É muito fácil para o magistrado determinar uma internação em UTI, por exemplo, sem conhecer a devida realidade de um hospital público, onde todos os leitos estão ocupados e para que tal determinação seja cumprida será necessário tomar o leito de outra pessoa, da mesma forma que é muito fácil conceder um tratamento ou medicamento sem sequer ter conhecimento se se trata da medida mais adequada.

Essa premissa é tão verídica que em 23 de agosto de 2017 o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde assinaram um termo de cooperação técnica para a criação de um banco de dados que deverá subsidiar o Judiciário em ações relacionadas à área da saúde.

Segundo o Ministério da Saúde, de 2010 a julho de 2016 a União dispendeu de R\$ 3,9 bilhões para atender as determinações judiciais que versam sobre tratamentos, insumos, cirurgias, medicamentos, até produtos como álcool em gel, shampoo anticaspa e fita crepe entraram na lista, o que corrobora para a afirmação de que os magistrados muitas vezes julgam sem o devido conhecimento.

Essa postura do Judiciário é evidenciada pela declaração da Ministra Carmem Lúcia, Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal

Federal, na abertura da primeira oficina dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia de Saúde e dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário, no hospital Sírio Libanês:

Eu sou juíza, não sou ministra da Fazenda. Não desconheço a responsabilidade dele. Eu não sou ministra da Saúde. Eu sou juíza, eu tenho a Constituição, que diz que é garantido o direito à saúde. Eu estudo que a medicina pode oferecer uma alternativa para essa pessoa viver com dignidade. Convenhamos, a dor tem pressa. Eu lido com o humano, eu não lido com o cofre (2016, s/p).

E a própria Ministra reconhece o fato de que os juízes muitas vezes julgam sem o necessário conhecimento sobre a matéria:

Os juízes, muitas vezes, decidem sem saber exatamente se aquele era o medicamento que era necessário, se não tinha outro tratamento. Porque a nossa especialidade não é essa (2016, s/p)

Ora, se a própria presidente do STF reconhece que os magistrados não têm conhecimento adequado e que os cofres não são uma preocupação dos mesmos, não restam dúvidas quanto à necessidade de limites para a judicialização, sendo o termo de cooperação técnica para a criação do banco de dados a ser utilizado pelo Judiciário um bom começo.

É claro que podemos atribuir o fenômeno da Judicialização da Saúde a uma má gerência dos recursos por parte da Administração Pública, contudo, o que devemos ter em mente é que este não é o único fator significativo, pois mesmo num Estado com boa gestão, não há um sistema perfeito de saúde gratuita.

Sendo assim, é preciso reconhecer que da mesma forma que a judicialização tem um lado positivo, por efetivar direitos básicos, como medicamentos e tratamentos que já são reconhecidos pelo próprio Estado como essenciais, é preciso reconhecer os limites do Estado para que esse fenômeno não ocorra de forma desenfreada levando ao prejuízo da coletividade.

4.3 Teoria do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

Conforme estudado, a judicialização da saúde é a possibilidade que o indivíduo tem de buscar a satisfação de uma pretensão relacionada ao seu direito à saúde por meio do judiciário, uma vez que, tratando-se de direito fundamental, deveria ter aplicação imediata.

Corroborando para o entendimento, Vidal Serrano Junior:

Um dos mecanismos do qual o constituinte parece ter lançado mão para a concretização desta ideia de intransigente respeito ao mínimo vital foi o de transformar ao menos parte dos direitos que a eles se integram – como educação básica e assistência à saúde – em direitos públicos subjetivos, cuja realização, garantida em patamar constitucional, se não levada a efeito espontaneamente pelos órgãos executivos, podem e devem ser demandadas judicialmente, quer por instância do interessado, que por instância do Ministério Público ou de associação constituída para esse fim (2009, p. 132).

Sendo assim, a princípio, concluímos que essa busca pelo direito à saúde pode ser pleiteada perante o Estado por se tratar de um direito subjetivo público, o cidadão exigindo do Estado e não de um particular, pois nesse caso seria uma relação de direito privado.

É fácil vislumbrar que o titular da ação se baseia nessa premissa e no artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição Federal, uma vez que reconhecendo a saúde como direito fundamental, reconhece também sua aplicabilidade imediata.

Entretanto outra tese que se faz presente nessas ações é a do mínimo existencial, teoria que se originou na Alemanha no início da década de 50, por meio do Tribunal Federal Administrativo alemão.

Rafael José Nadim de Lazari (2012,p.92) define o mínimo existencial, de forma simples, como “o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.

Desta forma, frequentemente o particular se pauta na tese do mínimo existencial relacionando-o ao princípio da dignidade humana. Contudo, não é suficiente a mera alegação do mínimo existencial, mas sim, se faz necessário demonstrar a correspondência entre a pretensão pleiteada e o “mínimo”.

Já fora discutido pela doutrina a possibilidade Estado utilizar-se do do mínimo existencial como tese de defesa, alegando, por exemplo, que não é sua obrigação efetivar determinado direito por entender que o referido direito excede o conceito do mínimo, entretanto essa discussão não prosperou.

Apesar do Mínimo Existencial não possuir uma previsão expressa no texto constitucional, a própria doutrina entende que ele está contido do princípio da dignidade da pessoa humana como postulado normativo, do princípio da igualdade e do Estado Democrático De Direito.

Desta forma, o Mínimo Existencial visa garantir, como o próprio nome do instituto aduz, um mínimo de direitos que todo cidadão deve usufruir sem excluir os demais direitos que o excedem. Em outras palavras, o orçamento público deve obrigatoriamente observar o mínimo existencial, mas não deve se limitar a ele.

Por outro lado, o Estado utiliza como tese de defesa outro princípio o qual denominamos de Reserva do Possível, que também tem origem alemã, sendo divulgada pela primeira vez em 1972, também no Tribunal Constitucional Federal alemão, por meio de um controle de constitucionalidade.

Este princípio está intimamente ligado à questão econômica, sendo utilizado para afastar a efetivação de determinados direitos fundando-se na alegação de uma deficiência orçamentária.

Em países como o Brasil, que ainda estão num processo de desenvolvimento econômico e democrático, é comum identificarmos uma Constituição tomada por direitos fundamentais sociais que visam garantir a efetivação e preservação dessa democracia. Este fator somado ao novo perfil da Constituição, de caráter mais interpretativo, jurídico, observador dos princípios e direitos fundamentais, colaboram para essa crescente demanda de ações que visam a implementação de tais direitos, uma vez que, na maioria das vezes, a realidade fática econômica desses países não é compatível com tais propostas.

Diante desse cenário, o Estado se vale da Reserva do Possível para se defender dessas demandas.

Importante destacar que se trata de matéria de defesa exclusiva do Estado, uma vez que é dever da Administração implementar e efetivar os direitos e garantias previstos em seu ordenamento jurídico, sendo assim, também incumbe a Administração contraditar esse dever.

Outro fator relevante é que, por se tratar de matéria de defesa exclusiva do Estado, não há a possibilidade de se inverter o ônus da prova. Ora, se o Estado está contradizendo uma alegação de um direito com base na sua precariedade orçamentária, cabe a ele provar seu argumento, uma vez que o particular não o poder de comprovar que a condição econômica do Estado.

Ainda, devemos salientar que essa matéria de defesa possui um caráter excepcional, ou seja, não pode ser utilizada genericamente de forma a contestar toda e qualquer ação. Para alegar este princípio, a Administração deverá comprovar sua alegação e demonstrar que a ação em questão pleiteia algo que, se concedida, gerará um prejuízo maior a coletividade em razão do seu déficit orçamentário.

Para Lazari, a Reserva do Possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange a disponibilidade de recursos, disponibilidade jurídica de recursos materiais humanos e proporcionalidade. Em suas palavras:

“...há uma dimensão tríplice a ser observada pela Reserva do Possível, que engloba a disponibilidade dos recursos (questão orçamentária propriamente dita), a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, e, sob a perspectiva de um titular de direito a prestações sociais, a “reserva” envolve a proporcionalidade, em especial no seu prisma de adequação [...]. Enfim, da junção destes quatro elementos se permite formular um conceito mais bem-elaborado da Reserva do Possível: trata-se de uma matéria a ser não só alegada, mas também devidamente argumentada pelo Estado. Ademais, o argumento da “reserva” tem caráter excepcional respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade, mais especificamente, no caso dessa última quanto ao subpostulado da adequação (2012. p. 61-62).

Como mencionamos anteriormente, devido com o período Pós Segunda Guerra Mundial, o neoconstitucionalismo e esse novo enfoque da Constituição sobre os princípios, houve a necessidade de distinguir as espécies de normas as quais já definimos como princípios e regras.

Contudo, no quesito da proporcionalidade, devemos lembrar que não se trata de mero princípio, mas dentro de um caso concreto pode também ser definido como um postulado normativo, norma de segundo grau, segundo Humberto Ávila.

Como postulado normativo a proporcionalidade se compõe através de três subpostulados: a) proporcionalidade em sentido estrito; b) necessidade; c) adequação.

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito podemos dizer que se trata da relação entre meio e fim, ou seja, buscar o resultado esperado pelo meio adequado sem praticar excessos.

Quanto à necessidade, nesse sentido, faz uma relação entre o nível de desrespeito ao direito pleiteado e a efetividade da medida utilizada, porque em uma ação jurídica, sempre haverá comparações, mas nesse caso falamos da medida necessária para alcançar o direito.

Por fim, a adequação nada mais é do que a conexão dos outros dois subpostulados, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desta forma, para que exista a proporcionalidade como um postulado, é necessário que a medida aplicada seja necessária e a mais adequada para o fim almejado, sem que ocorra excessos, prejuízos. Por este motivo a Lazari considera que a proporcionalidade, no sentido da adequação, é parte fundamental para a aplicação do princípio da Reserva do Possível, porque uma vez que um particular pleiteia um direito social pelas vias judiciais, é necessário analisar se o valor que será despendido para atender o direito social pleiteado será prejudicial para a coletividade, e vice e versa.

Sendo assim, a judicialização da saúde acaba por ser um embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

De um lado o particular pleiteia um direito social, a saúde, que supostamente é vista como direito fundamental e de aplicação imediata alegando que a saúde é elemento essencial para a dignidade humana, antagonicamente, o Estado e, conseqüentemente, a coletividade, alega que para atender a demanda de um particular terá que deixar de investir nessa coletividade, tendo em vista que não se trata de uma demanda de um particular, mas milhares, em sua grande maioria de custo elevado.

5 JUDICIALIZAÇÃO NA ESFERA PRIVADA

Não bastando o Judiciário começar a atuar em questões de competência dos demais poderes em relação à área da saúde, presenciemos também o fenômeno da Judicialização na esfera privada.

Vimos brevemente do que se trata a saúde suplementar, que nada mais é do que a iniciativa privada atuando no setor de saúde, podendo ser de forma a auxiliar o governo com algum tipo de convênio, ou em uma relação puramente particular.

Nosso objeto de estudo, no caso, será a relação entre o consumidor e a empresa prestadora de serviços de saúde, ou seja, a relação jurídica de natureza patrimonial, um contrato de prestação de serviços, conforme artigo 1º, inciso I da Lei 9.656/1998, bem como as consequências da judicialização nessa relação.

Para isso é preciso entender a importância da Lei 9.656/98 e as principais mudanças geradas por ela.

5.1 Os Contratos Anteriores e Posteriores à Lei 9.656/98

Importante ter em mente que mesmo antes da década de 90 já haviam algumas organizações destinadas à prestação de serviços relacionados à saúde, contudo, foi nessa época que esse tipo de serviço começou a se intensificar, levando à sua regulamentação pela Lei 9.656/98.

Pelo fato da saúde ser um assunto de interesse da coletividade, a Lei dos Planos de Saúde foi de suma importância para garantir uma prestação de serviço adequada, sem abusos e que primasse pela competitividade.

Dentre alguns assuntos abordados pela Lei, podemos mencionar o registro das operadoras de serviço, comprovação de estado de solvência, serviços cobertos pelos planos, ressarcimento ao SUS, dentre outras questões. Posteriormente, a Lei ainda passou a tratar de autorizações prévias, franquias, exceções como a não cobertura de procedimentos estéticos ou tratamentos e medicamentos experimentais, etc.

Ainda devido ao aumento na procura pelos serviços de saúde privada, fora criada a Agência Nacional de Saúde (ANS), implementada pela Lei 9.961/90 como uma autarquia de regime especial, ligada ao Ministério da Saúde, com a

finalidade de regulamentar, controlar e fiscalizar as atividades das operadoras de serviços de saúde.

Mesmo com esse regime especial, não se pode esquecer que a Agência Nacional de Saúde está sujeita ao controle do Congresso Nacional, artigo 49, X, Constituição Federal, e ainda o Controle do Poder Legislativo em conjunto com o Tribunal de Contas, artigo 70 e seguintes da Constituição Federal, devido a questões financeiras e orçamentárias.

A ANS regula as modalidades e planos, coberturas, exclusões, decide quais produtos podem ser comercializados pelas operadoras, e ainda diferencia os planos de saúde em “planos antigos”, “planos novos” e “planos adaptados”.

Os planos antigos, ou contratos antigos, são aqueles firmados até 31 de dezembro de 1998, tendo em vista que a Lei dos Planos de Saúde foi publicada em junho de 1998 e passou a ter vigência em 02 de janeiro de 1999. Por outro lado, os planos novos, ou contratos novos, são aqueles que foram firmados a partir de 02 de janeiro de 1999. Já os planos adaptados, são aqueles que, apesar de firmados antes de 02 de janeiro de 1999, foram adaptados às normas da Lei 9.656/98.

É importante diferenciar os contratos firmados com as agências prestadoras de serviços de saúde antes e depois da Lei para saber quais normas regem determinado contrato e os limites de fiscalização da ANS.

Isso se dá devido ao fato de que, pelo princípio da irretroatividade, os contratos firmados anteriormente à Lei 9.656/98, são regidos pelo próprio texto do contrato, o que pode ter algumas vantagens.

As limitações impostas pela ANS, por exemplo, em regra não se aplicam aos contratos antigos, enquanto os contratos novos cobrem apenas os procedimentos previstos no Rol de Procedimentos da ANS.

Devido a essas diferenças, a ANS publicou em 2004 a RN nº 64 que criou o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, que proporcionava aos beneficiários dos planos antigos, a adaptação, a migração ou um ajuste técnico dos contratos. Posteriormente a NR 64 foi revogada pela NR 254/11, mas as adaptações e migrações realizadas permanecem válidas.

A adaptação trata da possibilidade do beneficiário aditar seu contrato de forma a abranger as coberturas, direitos e obrigações estabelecidas pela Lei 9.656/98, mas cabe ao consumidor aceitar ou não.

A migração também é uma possibilidade do consumidor que já tem um plano antigo, de encerrar esse plano e migrar para um novo plano, nos moldes estabelecidos pela Lei dos Planos de Saúde sem perder alguns benefícios. Por exemplo, não será necessário cumprir novamente o período de carência para as doenças que já eram asseguradas no plano antigo, será necessário apenas para as novas coberturas.

Quanto ao ajuste técnico, é destinado às empresas que possuem menos de 10 mil usuários sem contratos firmados após a Lei, proporcionando a essas operadoras a possibilidade de incluir, nesses contratos antigos, alguns direitos, mas não se trata de adaptação.

Ainda, importante mencionar que com o advento da Lei dos Planos de saúde, os contratos de plano de saúde oferecidos pelas empresas deverão ser analisados e aprovados pela ASN e só após essa aprovação poderão ser oferecidos aos consumidores, o que garante uma maior segurança.

Quanto à questão das vantagens e benefícios de planos antigos e novos vai depender de cada caso específico, uma vez que os contratos firmados antes da Lei eram muito individuais e se diferenciam uns dos outros, mas num aspecto geral, os planos novos são obrigados a cobrir cirurgias cardíacas, tratamento de AIDs, transplante de rim, quimioterapia, entre outros.

A cada dois anos a ANS publica uma Resolução Normativa de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, sendo este rol obrigatório para todos os planos de saúde regulamentados. Essa atualização se dá para possibilitar melhores diagnósticos, tratamentos, medicamentos, e técnicas mais adequadas dos cuidados à saúde. Contudo, nem sempre os planos antigos abrangem esses benefícios.

O STF (ADI 1931/DF) entendeu que os artigos 10, § 2º, e 35E da Lei 9.656/98, e artigo 2º da Medida Provisória 2.177-44/2001, afrontam o artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal por preverem a aplicação das regras da Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados anteriores à lei.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. ACÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA

AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, parágrafos 1o e 2o, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1o, incisos I a V, e 2o, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5o, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2o do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3o da Medida Provisória 1908-18/99.

(STF - ADI: 1931 DF, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 21/08/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

Sendo assim, segue o entendimento que os contratos novos regem-se pela lei 9.656/98 enquanto os contratos antigos seguem o próprio texto do contrato firmado.

5.2 As Consequências da Judicialização para as Prestadoras de Serviço

A princípio, para se analisar os impactos que a judicialização causa na saúde suplementar, é necessário ter em mente alguns requisitos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde que as operadoras de serviços de saúde precisam cumprir para poder atuar.

Primeiramente, para que essas empresas possam atuar, é preciso que elas possuam um registro junto à ANS para seu funcionamento e para cada plano de saúde que a empresa pretende comercializar.

Além disso, os credores dessas operadoras não podem solicitar sua falência, apenas a própria ANS pode solicitar sua liquidação, sendo que para seu funcionamento é exigido capital mínimo ou uma provisão de risco, ou seja, apenas as empresas estáveis financeiramente permanecem em atividade.

Como toda e qualquer empresa, as operadoras de saúde dependem do giro de capital para permanecerem atuando no mercado, é preciso um controle entre as receitas, que são as mensalidades pagas pelos beneficiários e as despesas, com tratamentos, pagamento de funcionários, colaboradores, investimentos em equipamentos, etc, e o que sobra é o lucro.

As operadoras de planos de saúde estão no mercado visando o lucro, obviamente que devem seguir as leis, não agir de forma abusiva, mas não se pode exigir que essas empresas não tenham o objetivo de lucro. Lucro esse que será gerado da relação com os consumidores. Bottesini explica:

Liberada a atividade de assistência à saúde para a iniciativa privada, é evidente que está autorizada a exploração do lucro, ou com prejuízo das sociedades empresariais, mas com enriquecimento dos empresários, como, ordinariamente se tem visto no país, embora isto não seja a regra. Essa atividade se desenvolve mediante negócios jurídicos em forma de contratos, cujos princípios englobam tanto aqueles gerais, comuns a todos os contratos de Direito Privado, como algumas normas próprias dos contratos de Direito Público (2012, p. 48).

Conforme a Lei dos Planos de saúde, todos os planos a serem comercializados precisam de prévia aprovação da própria ANS, sendo assim, conclui-se que os planos oferecidos pelas operadoras estão dentro dos ditames necessários e cumprem os devidos requisitos.

Desta forma, quando alguém firma um contrato com uma operadora de saúde, o contratante e a empresa estão vinculados pelo contrato, de forma que o particular paga pelos serviços estipulados em seu plano e a operadora deve cumprir seu papel fornecendo ao particular tudo o que seu contrato lhe garante.

Ocorre que nem sempre o particular se contenta com o contratado.

É óbvio que ninguém espera ser acometido de doença grave, precisar de determinado tratamento, claro que se trata de fatores inesperados. Contudo,

como o próprio aduz, trata-se de saúde suplementar, um complemento, que apenas contrata quem tiver interesse e condições de contratar.

Há diversos tipos de planos de saúde, o consumidor deve analisar qual se encaixa em suas condições, se o plano contratado possui restrições o consumidor está ciente dos riscos, não é razoável exigir que a seguradora custeie a mais do que consta no contrato firmado.

Um fator que propicia essa situação é o fato de que a maioria dos contratos de planos de saúde são contratos de adesão, que limitam o poder de escolha do contratante. Contudo, a ANS, por meio da Instrução Normativa 28/2010, prevê as informações obrigatórias para estes contratos de adesão. Ademais, por se tratar de uma relação de consumo, aplicam-se ainda as regras do Código do Consumidor a essas relações.

Ainda, não se pode esquecer que a Lei dos Planos de Saúde e a implementação da ANS levaram a elaboração de um rol de procedimentos e eventos de saúde, rol esse que é atualizado a cada dois anos, conforme artigo 27 da RN 338/2013 da ANS. E essa atualização é benéfica aos consumidores, uma vez que a saúde evolui trazendo novos tratamentos, medicamentos, etc.

Segundo o Conass:

Os contratos passam a ter sua cobertura determinada pelo poder público: o que garante ao consumidor que sua assistência manterá o padrão ao longo do tempo, encerrando o período em que uma operadora fazia um contrato vinculado a uma determinada lista de procedimentos, criada, na maioria das vezes pelas associações médicas. Como tais listas sofriam mudanças, os contratos tendiam a ficar com suas cláusulas de cobertura ultrapassadas, permitindo que uma operadora cobrisse, ou não, um determinado exame ou tratamento. Ou selecionasse, por consumidor e/ou procedimento, o que seria coberto". (2011, p. 41).

Desta forma, entende-se que as operadoras não têm autonomia para elaborar um contrato que, mesmo sendo de adesão, vise apenas seus interesses. Ocorre, porém, que este rol é exemplificativo, e com isso leva o particular a pleitear coisas que, às vezes, além de não constarem em seu contrato, sequer constam no rol.

Da mesma forma que ocorre no setor público, quando um juiz determina que a operadora dispenda de um gasto exorbitante, que não era previsto, para atender um particular, há um desequilíbrio econômico, há um abalo no que alguns entendem como um "mutualismo" dessa relação contratual.

Explicando este conceito de forma mais clara, Aurisvaldo Sampaio:

A grande nota caracterizadora dos planos de saúde, qualquer que seja sua modalidade, é o mutualismo, que permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos.”. (2010, p. 197)

Seguindo a premissa do que o Judiciário se utiliza para interferir em matérias de competência dos outros poderes no setor da saúde pública, no caso da saúde suplementar se utiliza de argumentos como a proporcionalidade, direito a vida, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Um exemplo clássico da situação, a apelação 20130110307818, da 5ª Turma Cível, onde a apelante Fundação Assistencial dos Servidores do Ministerio da Fazenda Assefaz, nega um procedimento cirúrgico à apelada Maria de Fátima Diniz Seixas, com base no próprio rol da ANS, mas o Judiciário entende pela realização do procedimento pelo fato do rol ser exemplificativo:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA - NECESSIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE - CLÁUSULA ABUSIVA - RECONHECIMENTO - ROL DA ANS - SENTENÇA MANTIDA. 1) - A RELAÇÃO JURÍDICO-MATERIAL ENTRE AS PARTES, QUANDO DIZ RESPEITO A CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE, SUBMETE-SE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 2) - SENDO O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA, NÃO CABE À OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE ESCOLHER QUAL O PROCEDIMENTO MAIS ADEQUADO PARA ALCANÇAR A CURA DO SEGURADO, POIS, NÃO OBSTANTE A FINALIDADE ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE, AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELA SEGURADORA DEVEM SER INTERPRETADAS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA MÁXIMA PROTEÇÃO À SAÚDE DO BENEFICIÁRIO. 3) - VERIFICADA A EXISTÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO NA POSIÇÃO DAS PARTES NO CONTRATO DE CONSUMO, É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO E A DECLARAÇÃO DE ABUSIVIDADE EM DETERMINADA CLÁUSULA, ATENDIDOS OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. 4) - O FATO DE O PROCEDIMENTO MÉDICO INDICADO NO TRATAMENTO NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS NÃO SIGNIFICA UMA PROIBIÇÃO OU ÓBICE PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, SENDO A LISTA UMA REFERÊNCIA DE COBERTURA MÍNIMA OBRIGATÓRIA PARA CADA SEGMENTAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE, NÃO SENDO UM ROL TAXATIVO, APENAS ELUCIDATIVO. 5) - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(TJ-DF - APC: 20130110307818 DF 0008573-04.2013.8.07.0001, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Data de Julgamento: 19/03/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/03/2014 . Pág.: 312)

Outro exemplo, é o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou o recurso de nº 71004136578 de recorrente UNIMED PORTO ALEGRE – SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA, em face da recorrida Odete Guimaraes da Silveira, alegando que a ANS só deve intervir em favor do consumidor e não da operadora do plano de saúde.

PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DO PROCEDIMENTO DE ESTUDO DO INTESTINO DELGADO COM CÁPSULA ENDOSCÓPICA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA EXCLUINDO A COBERTURA DO REFERIDO MÉTODO. INTERVENÇÃO DA ANS – INTERPRETAÇÃO DE QUE DEVE SE DAR NO SENTIDO DE PROTEGER O CONSUMIDOR E NÃO O CONTRÁRIO. A jurisprudência já se encontra assentada no sentido da legitimidade de beneficiário de plano empresarial postular cumprimento do contrato. Busca de interpretação quanto ao alcance das cláusulas contratuais, não retira a legitimidade da beneficiária do plano nesse sentido. O fato do exame prescrito não constar no rol que prevê a cobertura dos procedimentos do contrato do plano de saúde firmado entre as partes, não elide a pretensão autoral, uma vez que se trata de técnica médica atual e, por tal motivo, não restou listada. Ademais, a orientação jurisprudencial tem caminhado no sentido de que as intervenções da Agência Nacional da Saúde mediante suas resoluções só são constitucionalmente admissíveis se forem no sentido de proteger o consumidor, afastando cláusulas abusivas e ampliando a proteção contratual. O art. 12 da Lei 9.656/98 determina a cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle de evolução de doença, o que resta configurado no caso dos autos, uma vez que a autora tem doença de intestino crônica. Por fim, a fragilidade do estado de saúde da autora, agravada por sua idade avançada e pelo histórico de doença crônica, autoriza a concessão do exame, haja vista que o procedimento por cápsula endoscópica é menos invasivo do que os demais procedimentos investigativos do sistema digestivo (endoscopia, colonoscopia), apresentando maior segurança e eficiência para a demandante. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004136578, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 12/03/2013)

(TJ-RS – Recurso Cível: 71004136578 RS, Relator: Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 12/03/2013, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/03/2013)

Utilizando-se de princípios e argumentos como o bem estar do consumidor, o Judiciário passa por cima de leis e dos contratos firmados, da mesma forma que passa por cima do Executivo e Judiciário, e da mesma forma que ocorre

para administração pública, também há um desvio de subsídios para atender a demanda judicial.

A revista Visão Saúde aponta

De acordo com o último levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o total de processos envolvendo assistência à saúde, tanto pública quanto privada, já ultrapassava 400 mil em todo o país. Não espanta, por tanto, que esse fenômeno represente forte impacto no caixa das operadoras. Segundo um levantamento da Abramge, o gasto do setor para atender a demandas judiciais praticamente dobrou em apenas dois anos, saltando de R\$ 558 milhões em 2013 para R\$ 1,2 bilhão em 2015. Nas contas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), cerca de um quarto desse montante foi consumido com procedimentos não previstos em contrato, ou seja, aos quais os consumidores, pelo menos em tese, não teriam direito (ou/nov/dez, 2016, p.20).

Sendo assim, não restam dúvidas quanto ao impacto financeiro causado nas operadoras de saúde devido as decisões judiciais.

5.3 Das Relações Contratuais

Quando um particular busca uma empresa operadora de serviços de saúde e contrata seus serviços, há uma relação jurídica de direito privado que se exterioriza por meio de um contrato de consumo.

O contrato é uma espécie de negócio jurídico, é ele que vincula o contratante e a contratada para cumprirem cada um com a sua obrigação, e possui com característica o acordo de vontade entre as partes, podendo ser bilateral ou multilateral.

Por se tratar de um contrato, é preciso recordar alguns aspectos acerca desse negócio jurídico.

5.3.1 Princípio da Autonomia da Vontade

Esse princípio pode ser visualizado desde o direito romano, onde os indivíduos da sociedade tinham liberdade para contratar e comercializar com quem bem entendessem.

A autonomia da vontade baseia-se na liberdade que os indivíduos tem de contratar ou não contratar, escolher com quem quer contratar, o que quer

contratar, questões de preço, é o poder que os contratantes tem de moldar a relação da forma que melhor lhe convir.

Segundo Maria Helena Diniz:

O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica (2008, p.23)

Corroborando para o entendimento, Irineu Strenger:

A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito (2000, p. 66).

Insta salientar, que apesar dos contratos serem pautados nessa autonomia da vontade, diferentemente do que se observava em sociedades passadas, essa vontade não é absoluta. É fato que as partes dispõem sobre o que pretendem contratar, estipulam limites, termos, mas esta relação deve respeitar os interesses sociais de terceiros e das próprias partes.

5.3.2 Função Social do Contrato

O contrato é um instrumento utilizado pela sociedade em geral pra exteriorizar a vontade de suas partes e criar efeitos entre elas.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

“...contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas e natureza patrimonial (2008, p. 30).

Ocorre que essa exteriorização da vontade das partes contratantes não pode ocorrer de forma absoluta, passando por cima de tudo e de todos, tanto na relação entre as partes que firmam o contrato quanto em relação a terceiros.

A partir disso surge a função social dos contratos, que visa uma ineficácia das relações que levarem à interferência de interesses sociais.

Essa função social dos contratos atua como uma forma de limite para a autonomia da vontade das partes, elas podem contratar e estipular suas condições, mas não podem violar direitos alheios.

Tal entendimento se norteia em direitos fundamentais constitucionais, os interesses dos contratantes não podem violar o interesse dos demais, há um equilíbrio entre Constituição e Código Civil, uma vez que tal princípio é expresso neste último:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

5.3.3 Princípio da Obrigatoriedade Do Contrato

A Obrigatoriedade dos contratos, ou *Pacta Sunt Servanda*, traz a ideia de que os contratos não podem ser desfeitos, ou seja, aquilo que foi acordado deve ser cumprido.

As partes são livres para contratar com quem quiserem da maneira que quiserem, desde que a relação atenda a função social dos contratos, se atenderem aos requisitos e realmente firmarem o contrato ele será perfeito e vincula as partes, gerando efeito entre elas.

Dentre os efeitos do contrato, está a obrigatoriedade de cumpri-lo na forma que fora pactuado, ou seja, acaba gerando uma intangibilidade do contrato. Sobre essa intangibilidade, aduz Orlando Gomes:

Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades (2007 p. 38)

Para a Mestre Cláudia Lima Marques, o próprio princípio da autonomia da vontade embasa a obrigatoriedade dos contratos:

Uma vez manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo, donde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente (1995, p. 93).

Desta forma, se o contrato observa todos os pressupostos legais e não possui vícios, ele se torna obrigatório entre as partes. Neste sentido, ainda o entendimento de Orlando Gomes:

Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos (1998, 36).

Com o mesmo posicionamento, Maria Helena Diniz:

O contrato, uma vez concluído livremente, incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo um a verdadeira norma de direito (1993, p. 63).

Sendo assim, não restam dúvidas quanto a obrigatoriedade dos contratos firmados de forma legal. Contudo, vale lembrar que mesmo este princípio não é absoluto, pois como a própria doutrina diz, os contratos devem atender os pressupostos legais, não possuir vícios, e estar de acordo com a legislação.

5.3.4 O Princípio da Boa Fé

O Código Civil brasileiro adotou este princípio em seu artigo 422, vejamos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A boa fé é tão importante nas relações jurídicas que também foi expressamente prevista no Código do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua

dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (**art. 170, da Constituição Federal**), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores

Entretanto, é preciso deixar claro que, para essas relações contratuais, trata-se da boa-fé objetiva, não se referindo, portanto, à boa-fé subjetiva.

Francisco Amaral faz a seguinte diferenciação:

A boa-fé é um princípio geral do direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito; é o respeito consciente ao direito de outrem. Para a segunda perspectiva, de natureza objetiva, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou da imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduza um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza* (2006, p. 420).

De maneira geral, entende-se que a boa fé subjetiva é referente ao sujeito, o indivíduo e seu consciente. Esse aspecto da boa fé tem relação com a intenção do sujeito, contrária a má fé.

Segundo César Fiuza:

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo (2006, p. 410-411)

Por outro lado, a boa-fé objetiva se baseia na conduta do agente, um comportamento que deve seguir com o que fora pactuado.

Corroborando para o entendimento, Renata Domingues Balbino Munhoz:

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo, diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada (2008, p. 83)

Desta forma, podemos concluir que ao celebrar um contrato, as partes devem agir de forma honesta e idônea, não contratar o que estiver além de seus limites financeiros, não solicitar além do que foi contratado, arcar com as obrigações estabelecidas, etc.

5.4 A Judicialização e o Equilíbrio Contratual

É visível o impacto da judicialização para as operadoras de saúde. Ao mesmo tempo, não se pode negar que é necessária a interferência do Estado em alguns aspectos das relações contratuais para que não ocorra o abuso por parte das operadoras que, em tese, possuem mais conhecimento, recursos, etc.

O problema que se identifica nos dias de hoje, é essa judicialização desenfreada que, como exemplificado anteriormente, concede ao particular benefícios e tratamentos que por vezes sequer constam no rol de procedimentos da ANS.

Ora, a Agência Nacional de Saúde fora criada para regulamentar essas operadoras, esses contratos, e assim o faz. A lei 9.656/98 fora criada para regulamentar os planos de saúde, o Código do Consumidor surgiu para evitar os abusos por parte de fornecedores. Há uma gama de legislações que visam a proteção do consumidor.

A saúde suplementar é uma opção, infelizmente há quem possa contratar e há quem não possa, há quem contrate planos caríssimos com ampla cobertura de medicamentos, tratamentos, benefícios, e há planos mais simples, com determinadas restrições. Contudo, mesmo estes planos mais simples passam pela aprovação da ANS, ou seja, mesmo com as restrições estes planos possuem o que o Estado entende como sendo básico para um plano de saúde, o consumidor não está completamente desamparado.

Claro que é necessário analisar casos concretos, como mencionado, ninguém espera ser acometido de uma doença grave, ninguém espera que o filho

necessite de uma cirurgia ou um medicamento de custo elevado. Mas ao mesmo tempo, é necessário analisar o que fora contratado.

O particular, muitas vezes ao ter negada uma assistência ajuíza ação sem sequer analisar se o que pleiteia faz parte de seu plano, se é previsto pelo rol da ANS, o particular apenas visa atender seu interesse.

Tão fatídica é essa afirmação que nas ações contra os planos de saúde em sua grande maioria sempre há o pedido de antecipação de tutela, e por se tratar de saúde, direito à vida, muitas vezes aqueles que julgam a ação concedem a liminar.

Contudo, essa concessão às vezes ignora os contratos firmados, e até mesmo a lei, e acaba comprometendo o financeiro dessas operadoras. E a questão de comprometer o equilíbrio orçamentário dessas empresas não afeta apenas o lucro, mas afeta os outros beneficiários.

Há situações que a própria lei prevê a possibilidade da concessão. Como exemplo

PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA PARA PARTO A TERMO. 300 DIAS. LEGALIDADE. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA/EMERGÊNCIA NO PRAZO DE CARÊNCIA. EXCEÇÃO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não é abusiva a previsão contratual de carência de trezentos dias para usufruto dos benefícios de plano de seguro saúde para parto a termo, em respeito à previsão da alínea a do inc. V do art. 12 da Lei n. 9.656/98. 2. Há exceção se configurada a situação de urgência/emergência, nos termos do art.12, inciso V, c, da Lei nº 9.656/98, hipótese em que não pode a seguradora do plano de saúde recusar-se em autorizar o procedimento de que necessita a segurada gestante, a teor do art. 35-C, I, da mesma Lei. 3. Recurso desprovido.

(TJ-PDF – APC: 20140111731804, Relator josaphá Francisco dos santos, Data do Julgamento: 18/05/2016, 5ª Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no DJE: 25/05/2016. Pag 232)

Nesse caso, a própria Lei dos Planos de Saúde prevê a exceção ao tempo de carência para o parto no caso de ficar configurada a urgência/emergência do procedimento.

Assim, faz-se necessário que o julgador tenha um melhor conhecimento da situação e julgue de acordo com as leis e o contrato, para que não se visualize o consumidor como alguém que tem direito a tudo apenas devido à sua posição mais frágil na relação de consumo.

6 CONCLUSÃO

Conforme se expôs ao longo deste trabalho, não há o que se discutir quanto a saúde ser ou não um direito fundamental, trata-se de um fato jurídico. Além disso, esse direito fundamental, a princípio, é um dever do Estado que em regra deveria ser concedido de forma imediata. Contudo, a realidade do Estado Brasileiro é completamente diferente.

O Brasil saiu de uma era onde tudo era muito restrito, os direitos dos indivíduos nem sempre eram respeitados, e ao sair de uma Constituição muito conservadora e controladora, promulgou-se uma Constituição maternal, que tudo concede, ampla, que tenta garantir ao máximo o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. Ocorre que, para que se conceda de forma plena todos os benefícios, direitos e garantias previstas na Constituição de 1988, é preciso ter condições para tal.

Ao definir a saúde como direito fundamental, o Estado deveria ter condições para efetivar este direito, mas não o faz, e ciente dessa incapacidade autoriza a iniciativa privada a atuar na área da saúde.

A saúde pública enfrenta diversos problemas, o que faz com que aqueles com maiores condições financeiras busquem a saúde suplementar e aqueles sem condições busquem o judiciário para alcançar seu direito.

A judicialização não é um mal do Judiciário, é um fenômeno necessário para garantir a efetivação do que é garantido pela própria Constituição. Contudo, como todo fenômeno jurídico, é preciso haver cautela.

Em relação ao setor público não se visa debater se o particular está certo em buscar o judiciário. Ora, se o Estado lhe garante a saúde como um direito, mas não o fornece, cabe ao indivíduo buscá-lo. Diferentemente na saúde suplementar, onde é preciso analisar se o contratante do plano de saúde tem respaldo contratual ou legal.

Mas a questão principal, é observar que tanto no setor público quanto no privado, no âmbito da saúde, o Judiciário frequentemente ultrapassa os limites a ele impostos para julgar essas ações, e esse posicionamento gera graves consequências para a Administração Pública e a coletividade, no caso do setor público, e para as operadoras de serviços de saúde e os demais beneficiários.

Em ambos os casos, tanto para a Administração Pública quanto para as empresas operadoras de serviços de saúde, o dispêndio de grandes valores para atender interesses individuais não esperados gera um desequilíbrio econômico financeiro, que por vezes pode levar a um prejuízo muito maior do que o sofrido pelo sujeito ativo da ação.

A saúde é um tema complicado, envolve a vida, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, e é difícil observar essas ações de forma parcial, principalmente quando a justificativa é a “Reserva do Possível”, o dispêndio de dinheiro, a mera “usurpação da competência dos demais poderes”. Mas infelizmente é preciso ser parcial, não se pode ignorar a situação fática.

Importante destacar, que grande parte dos problemas no setor da saúde, é consequência da má gestão da Administração Pública, mas ao mesmo tempo, enquanto não se resolve a questão da administração, o Judiciário não pode tentar “tapar os buracos” criando mais buracos. Ao exigir que o Estado destine valores exorbitantes a um particular específico, deixa-se de investir na coletividade.

Por outro lado, ao determinar que uma operadora de saúde dispenda valores exorbitantes para cobrir tratamentos que não são cobertos ou previsto em lei e, conseqüentemente, imprevistos, também ocorre um desequilíbrio que ao fim recairá sobre os demais beneficiários.

Sendo assim, quanto ao setor privado, é preciso que exista o respeito pelas normas e pelos contratos firmados, observando a boa-fé de ambas as partes da relação.

Quanto ao setor público, apesar da sensibilidade do assunto, é preciso haver um equilíbrio entre as decisões judiciais, tanto em relação ao que dispense o orçamento público e a situação do SUS, pois não basta determinar uma internação se é preciso tirar alguém da UTI para tal.

Já houve a criação do NAT-JUS, sistema que traz informações científicas sobre medicamentos, tratamentos e assuntos referentes a área da saúde, para auxiliar o Judiciário em suas decisões.

É preciso que o Judiciário observe essas orientações e que haja a continuação desse trabalho conjunto entre CNJ, Ministério da Saúde e Judiciário, para que a judicialização ocorra de forma positiva, garantindo a efetivação do direito a saúde aqueles que necessitam, uma vez que, se o Estado cumprisse com o seu papel neste setor, sequer haveria a judicialização da saúde.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civi introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.420.

ARISTOTELES. A Política. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: http://www.abecip.org.br/imagens/corpo_da_home/publicacoes_e_artigos/art201002_04-04.pdf, acessado em 30 de maio de 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acessado em 08 de Setembro de 2018;

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

BOTTESINI, Maury A. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – princípios básicos da atividade – suporte jurídico-legal e constitucional. In: CARNEIRO, Luiz A. F. (Org.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 47-65

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

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Metas Nacionais do Poder Judiciário 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/70dc1408d4ff3ec8f96b94e9a7e94f30.pdf> > Acessado em 08 de setembro de 2016;

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982;

Capeller W, Arnaud AJ. Cidadania e direito à saúde. In: Costa AB et al. organizador. Série O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Curso de extensão Universitária à distância. Brasília: CEAD/UNB, 2009, p. 107;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 11;

CARVALHO, Gilvan Nogueira. *Decisão do STF sobre a união homoafetiva: ativismo judicial ou efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35507&seo=1>>. Acesso em: 08 out. 2018.;

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

Cfr. Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: Acesso em: 13 nov. 2005. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/j3ck>. Acessado em 07 de outubro de 2018;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83799-a-dor-tem-prensa-diz-presidente-do-cnj-ao-abrir-oficina-sobre-saude>. Acessado em 07 de outubro de 2018;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>. Acessado em 07 de outubro de 2018;

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Saúde Suplementar: coleção para entender a gestão do SUS. 1. ed. Brasília, 2011, v. 12.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos; Saraiva, SP, 1993, vol 1, p.63.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 30.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.410/411

GOMES, ORLANDO. CONTRATOS. 18ª ED, FORENSE, RIO, 1998, P. 36.

GOMES, Orlando. Contratos. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pág. 38

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. Direito Público, n.2, p. 112-32, 2006. Disponível em: Acesso em: 4 set. 2018;

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo: Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MALISKA, M. A. O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2001;

MALISKA, M. A. A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná;

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista de Processo, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor; 2ª ed, RT, SP, 1995, p. 93.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A. Tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, p. 1079-1088, 2013.

Medida Provisória 2.177-44/2001: “Art. 2º Os arts. 3º, 5º, 25, 27, 35-A, 35-B, 35-D e 35-E da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, entram em vigor em 5 de junho de 1998, resguardada às pessoas jurídicas de que trata o art. 1º a data limite de 31 de dezembro de 1998 para adaptação ao que dispõem os arts. 14, 17, 30 e 31”.

MELLO, Cesol Antonio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional/ Alexandre de Moraes. – 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2008;

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Poderes Discricionário e Vinculado. Disponível em 17.01.2011 no seguinte link: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284;

Nunes AJA, Scaff FF. Os tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;

PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra ed, 1989;

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da Saúde*: Direito Sanitário na Perspectiva dos interesses Difusos e Coletivos. 1ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

Scaff, FF. Direito à Saúde e os Tribunais. In: Nunes AJA, Scaff FF. Os tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOARES. Renata Domingues Balbino Munhoz. A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência, São Paulo: LTr, 2008.

SPOTA, Alberto G. O juiz, o advogado e a formação do direito através das jurisprudências. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1985.;

STF - ADI: 1931 DF, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 21/08/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266

Stival SLM, Girão F. A judicialização da saúde: breves comentários. Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2016 abr./jun, 5(2):142-159;

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2 ed. rer. ampl.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.;

STRECK, Lenio Luiz. O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? / Lenio Luiz Streck. Georges Abboud. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;

STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

TJ-DF - APC: 20130110307818 DF 0008573-04.2013.8.07.0001, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Data de Julgamento: 19/03/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/03/2014 . Pág.: 312) disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115345727/apelacao-civel-apc-20130110307818-df-0008573-0420138070001>> acessado em: 24/10/2018

(TJ-RS - Recurso Cível: 71004136578 RS, Relator: Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 12/03/2013, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/03/2013). Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112615863/recurso-civel-71004136578-rs/inteiro-teor-112615875?ref=juris-tabs>> acessado em 05/10/2018

TJ-PDF – APC: 20140111731804, Relator josaphá Francisco dos santos, Data do Julgamento: 18/05/2016, 5ª Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no DJE: 25/05/2016. Pag. 232). Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342252651/apelacao-civel-apc-20140111731804>> acessado em 26/10/2018.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. In: Revista de direito administrativo n. 177, 1989. P. 29-49;

VIEIRA, F. S. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 42, n. 2, abr. 2008.

VISÃO SAÚDE. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/45476765/visao-saude-v2>> acessado em 26/10/2018.

<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/09/A-INTERVENCAO-DO-JUDICIARIO-NO-SETOR-DE-SAUDE-SUPLEMENTAR.pdf>