



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GUILHERME CINTRA DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS IMPACTOS ECONÔMICOS NOS
ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO**

**Assis/SP
2020**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GUILHERME CINTRA DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS IMPACTOS ECONÔMICOS NOS
ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Guilherme Cintra dos Santos
Orientador(a): Fernando Antônio Soares de Sá Junior**

**Assis/SP
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

S237j SANTOS, Guilherme Cintra dos.

Judicialização da Saúde: Os impactos econômicos nos âmbitos público e privado / Guilherme Cintra dos Santos. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2020.

49p.

Trabalho de conclusão do curso de Direito. – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientador: Me. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

1. Judicialização-saúde 2. Saúde pública e privada 3. Economia

CDD: 341.465
Biblioteca da FEMA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS IMPACTOS ECONÔMICOS NOS ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO

GUILHERME CINTRA DOS SANTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Examinador: _____
Leonardo de Gênova

DEDICATÓRIA

Aos meus familiares, pela inspiração, pela força e motivação que me deram para alcançar este sonho, em especial à Ana Clara, por sempre estar ao meu lado e me apoiar em cada dificuldade. Aos colegas e amigos que fiz durante estes anos de faculdade e aos mestres que compartilharam tão brilhantemente vossos conhecimentos.

RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo analisar o fenômeno da judicialização da saúde e seus impactos econômicos nos âmbitos público e privado. Relata-se, então, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, discussões pertinentes que visam traçar planos para dirimir o prejuízo financeiro que pode ser instalado devido à alta demanda processual sanitária. Desse modo, apoderando-se, como fonte de pesquisa, do estudo legal, jurisprudencial e doutrinário, indica-se a possibilidade de, respeitando os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, no que se refere ao direito social à saúde, uma judicialização da saúde nos seus termos positivos diminuindo seus impactos mediante a conscientização dos indivíduos e do Estado, minimizando as barreiras entre estes atores e resultando em ações equilibradas e conscientes por parte dos indivíduos informados dos procedimentos fornecidos pelo poder público como seu direito subjetivo.

Palavras-chave: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE; SAÚDE PÚBLICA; SAÚDE PRIVADA; ECONOMIA;

ABSTRACT

This research aims to analyze the phenomenon of the judicialization of health and its economic impacts in the public and private spheres. It is reported, then, through bibliographic and jurisprudential research, pertinent discussions that aim to outline plans to settle the financial loss that can be installed due to the high sanitary procedural demand. Thus, taking the legal, jurisprudential and doctrinal study as a source of research, the possibility of respecting the fundamental rights and guarantees inherent to the human being, with regard to the social right to health, is indicated. health in its positive terms, decreasing its impacts through the awareness of individuals and the State, minimizing barriers between these actors and resulting in balanced and conscious actions by individuals informed of the procedures provided by the public power as their subjective right.

Keywords: JUDICIALIZATION OF HEALTH; PUBLIC HEALTH CARE; PRIVATE HEALTH CARE; ECONOMY.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: Número de processos de saúde por assunto de 2008-2018	34
Figura 2: Relação de processos distribuídos por estado	35

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

CAPs – CAIXAS DE APOSENTADORIA E PENSÃO

IAPs – INSTITUTO DE APOSENTADORIA E PENSÃO

CLT – CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

INAMPS – INSTITUTO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA MÉDICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

INPS – INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDENCIA SOCIAL

INSPER – INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2. ANÁLISE HISTÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS À SAÚDE	11
2.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
2.2. RECONHECIMENTO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTAGONISMO JUDICIAL	16
2.3. HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO.....	22
3. EVOLUÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL	28
4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: JUSTIÇA VERSUS POLÍTICA.....	34
4.1. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS IMPACTOS ECONÔMICOS NOS ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO.....	35
4.2. JURISPRUDÊNCIA SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	41
5. CONCLUSÃO	44
6. REFERÊNCIAS.....	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo questionar a judicialização da saúde como um fenômeno benéfico, já que, como um direito social previsto na Constituição Federal, a saúde deveria ser um bem destinado, igualitariamente, a todos. Porém, o que se vê no atual cenário, é o investimento que, em teoria, deveria ser destinado à coletividade, através de melhorias nos hospitais e demais estabelecimentos, por exemplo, ser gasto com decisões judiciais que afetam individualmente a vida das pessoas que pleiteiam o que lhes dizem direito.

Defende-se que a judicialização da saúde ocorre, em sua maioria, pela negativa de atendimento e fornecimento de medicamentos previstos nos rols do Sistema Único de Saúde -SUS ou da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Os beneficiários da rede pública e privada acessam a justiça em busca do acolhimento de seus pleitos sobre a necessidade destes cuidados.

No início dos anos 2000, a saúde começou a ser um tema recorrente nos tribunais brasileiros, depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, onde o eminente Ministro Celso de Mello, preconizou a obrigação do Estados em atender as demandas sanitárias, segundo o que prevê a norma do artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Com o avanço da tecnologia e o acesso à informação cada dia mais democratizado, as pessoas começaram a se munir de conhecimento para combater a negativa do Estado e da rede privada de saúde, com isto, o orçamento público destinado aos tribunais começou a subir exponencialmente com as demandas relacionadas à saúde, enquanto os investimentos diretos na infraestrutura sanitária como um todo, estagnou-se.

Para tanto, primeiramente, apresentam-se conceitos relacionados à judicialização, bem como breves apontamentos acerca dos direitos fundamentais e sua evolução e reconhecimento ao longo da história.

Posteriormente, ver-se-á a trajetória do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e da sua forma de prestação pelo Estado e particulares, para, enfim, através das linhas aqui traçadas, analisar dados empíricos e propostas de discussões que podem acarretar em uma diminuição dos impactos socioeconômicos sofridos pelo Estado e planos de saúde, com os altos gastos demandados com a judicialização da saúde.

O desenvolvimento da presente pesquisa se dá por meio do método comparativo apoiado em pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudências que aclaram o entendimento acerca do tema.

Por conseguinte alcança-se a hipótese na qual para que sejam diminuídos os impactos negativos causados pelo fenômeno da judicialização da saúde, é fundamental que sejam praticadas as ações conscientes por parte dos indivíduos, do Estado e dos prestadores de serviços de saúde particulares para solucionar demandas sobre referido tema de modo extrajudicial, preferencialmente.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS À SAÚDE

A era dos direitos vive em constante evolução, espelhando as necessidades de um povo e de uma época. Assim se desenvolveram as teorias constitucionais e neoconstitucionais ao longo da história, bem como o reconhecimento da existência de direitos fundamentais inerentes a cada ser humano.

Tendo em vista a característica de progressividade dos direitos humanos, entende-se que sua implementação ocorre gradativamente no ordenamento jurídico de cada Estado, principalmente sob influência de grandes revoluções sociais.

É possível afirmar que a consolidação dessa categoria de direitos segue as modificações na concepção de Estado, de governo e do controle de poder, especialmente quando se observa a implementação de democracias.

Dessa feita, importante o estudo acerca da evolução do Estado de Direito e da sua influência sob a teoria da separação dos poderes, para, enfim, verificar de que forma solucionar lides que envolvam direitos fundamentais não prestados, ou insuficientemente entregues, à sociedade.

2.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEPARAÇÃO DOS PODERES.

A Constituição da República Federativa do Brasil, resultante do poder constituinte originário de 1988, cria a forma federativa do Estado e o constitui como Estado Democrático de Direito¹.

Segundo José Afonso da Silva, não se trata apenas de uma reunião formal entre Estado Democrático e Estado de Direito, mas uma conciliação com os princípios desses tipos de Estado.²

Ainda de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, a transformação do *status quo* pelo Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais, através da instauração de um regime democrático que realize a justiça social, implementados em nossa Constituição Federal como objetivos fundamentais da república.³

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro vige sob influência do direito positivo, a legalidade torna-se o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, visto que a efetivação dos objetivos da república acontece através das normas concebidas pelo poder legislativo.

Outrossim, esclarece José Afonso da Silva que no Estado Democrático de Direito é onde se ressalta a relevância da lei, uma vez que só ela tem condições de realizar, mediante a elaboração do texto normativo, intervenções em uma determinada situação da comunidade.

As leis precisam influir na realidade social e quando a Constituição se abre para transformações políticas, econômicas e sociais, levando em consideração os anseios da

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. *Parágrafo único.* Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

² Da Silva, José Afonso. 1988. O Estado Democrático de Direito / José Afonso da Silva. Rio de Janeiro. Revista de Direito Administrativo. p. 15 e 16. (Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126> > Acesso em 11. Set. 2020)

³ Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

sociedade, eleva sua importância e respeito, exercendo sua função na implementação de mudanças democráticas.⁴

Partindo desta concepção, entende-se que a lei detém o poder de transformar a sociedade no âmbito do “dever ser”, mas sua elaboração depende de um procedimento delineado constitucionalmente cuja titularidade pertence ao Poder Legislativo.

Contudo, sabe-se que o indivíduo, por ser humano, quando investido de poder acaba por fazer um mau uso de tal virtude, seja consciente ou inconscientemente.

Há na história uma diversidade de exemplos de líderes que perderam o controle da arma mais influente que estava em seu comando: o poder. Mas, segundo Montesquieu, *“trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontrar limites”*⁵

Quando tal recurso não é empregado de maneira equilibrada e com sabedoria, seja na elaboração de leis, na sua execução, na administração pública ou no julgamento de demandas judiciais, a ruína é inevitável.

Deste modo, para evitar o despotismo e na busca do equilíbrio social, a solução está na distribuição desse poder entre os diversos atores do Estado.

Apesar de existirem no mundo filosófico teorias sobre a tripartição dos poderes em abundância, a mais influente para o nosso direito é a que Montesquieu aperfeiçoa no “Espírito das Leis”, influenciado pelo pensamento político inglês:

“(…) O jurista francês esteve na Inglaterra, de 1729 a 1731, observando o modo como o sistema político inglês separava e equilibrava os poderes executivo e legislativo, e o resultado de seu trabalho foi o desenvolvimento de uma das principais teorias que embasaram a construção do Estado Liberal. A teoria de separação dos poderes de Montesquieu foi considerada adequada pelos burgueses para combater o absolutismo monárquico, uma vez que a França, antes da revolução de 1789, possuía uma estrutura estatal baseada na concentração de todos os poderes nas mãos do rei. Então, no contexto da época, suas ideias foram utilizadas pelos revolucionários para garantir a participação política da burguesia no poder, através da criação de uma monarquia moderada”.⁶

⁴ DA SILVA, José Afonso. 1988. **O Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro. Revista de Direito Administrativo. p. 23. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso: 11. Set. 2020.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**; apresentação Renato Janine Ribeiro ; tradução Cristina Murachco. -3ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2005. – (Paidéia), p.166.

⁶ LENHARD. Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão dos Poderes no Estado Democrático de Direito: A Jurisdição Constitucional Como Quarto Poder**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006. p. 29 e 30.

Com razão afirma: *“Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”*.⁷

Depreende-se que a limitação do poder pelo próprio poder, através do controle recíproco e de um sistema de freios e contrapesos, é a maneira mais satisfatória de manutenção e efetivação das garantias individuais e dos direitos fundamentais em uma sociedade.

Este conceito, se vinculou ao constitucionalismo, cuja base é a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789, que assim afirma: *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”*⁸

Em suma, o jurista francês fragmentou o poder estatal com uma forma inovadora da seguinte maneira: O legislativo seria encarregado da criação de leis, já o executivo cuidaria *“das coisas que dependem do direito das gentes ou do poder executivo do Estado”*, assim:

“[...] O poder legislativo seria encarregado de criar leis; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes ou poder executivo do Estado, que seria encarregado de fazer a paz e a guerra, bem como prevenir invasões; e, por fim, o poder executivo daquelas que dependem do direito civil, teria como função castigar os crimes e julgar os conflitos entre os indivíduos”.⁹

Na tentativa de aperfeiçoar a teoria do jurista francês, os federalistas americanos implementaram um mecanismo de controle mútuo entre os órgãos estatais, melhor dizendo, entre os três grandes poderes, conhecido como *check and balances*, que se tratava:

“(...) de um sistema cujo objetivo é fornecer equilíbrio entre órgãos mutuamente independentes e funcionalmente diferenciados, no qual os homens que administram cada poder teriam meios constitucionais e motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros, sendo que os braços mais fracos do governo precisariam de instrumentos para se defender contra os mais fortes. Para Madison (et al. 1993, p. 350) além de capacitar o governo a controlar os governados, era preciso obriga-lo a controlar a si próprio, pois a independência de cada um dos

⁷ MONTESQUIEU, 2005, p.166.

⁸ TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133.)

⁹ LENHARD, Florianópolis, 2006. p. 32.

poderes, essencial a um governo livre, jamais poderia ser devidamente mantida na prática caso não existisse controle recíproco entre os mesmos”.¹⁰

Neste aspecto, as inovações americanas à teoria da repartição tripartite dos poderes foram de notável importância no que se refere à criação do controle do poder judiciário sobre os demais poderes, através do controle e fiscalização da constitucionalidade das decisões do legislativo e do executivo, sendo capacitados para declarar a nulidade de quaisquer atos contrários à Constituição.

As limitações postas aos poderes são formas de garantir que haja liberdade aos cidadãos, e esta liberdade (política), para Montesquieu, é:

“[...] o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros teriam esse poder. [...] A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão”¹¹

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma Constituição Social, certos direitos tornaram-se protagonistas e, conseqüentemente, sobrecarregaram o Estado, que atualmente encontra dificuldades para garantir sua implementação.

Com a inércia do administrador público ou de seus legisladores ante os problemas de uma sociedade de terceiro mundo, carente e desigual, e em uma recente democracia após anos sob o governo de autoritários, o Poder Judiciário, como um “herói”, traz o sentimento de única alternativa para a solução de demandas envolvendo direitos fundamentais, dando início à fase de judicialização, que ocorre quando todo e qualquer conflito é levado ao juiz, que é visto como alguém confiável para efetivar direitos sociais.

Dessa maneira, o judiciário se torna protagonista e, erroneamente, o único capaz de equilibrar vontades e dirimir conflitos. Diz-se erroneamente, pois, não obstante o artigo 5º da CF/88 prescreva que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, não significa afirmar que esta seria a alternativa mais adequada,

¹⁰ LENHARD, Florianópolis, 2006, p. 48.

¹¹ Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**; apresentação Renato Janine Ribeiro ; tradução Cristina Murachco. -3ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2005. – (Paidéia), p.166 e 168.

tampouco a mais célere, inclusive considerando que a própria Constituição Federal dispõe de alternativas para ponderação de interesses públicos e particulares sem submissão jurisdicional.

2.2. RECONHECIMENTO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTAGONISMO JUDICIAL.

Fundamental é tudo aquilo de caráter essencial, determinante e indispensável, bem como algo que serve de alicerce, uma base para construção dos demais objetos ou valores.

Pode-se dizer, então, que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à vida do indivíduo, e que, sem eles, todos os demais direitos e garantias restariam prejudicados, pois também são sua estrutura basilar. Nesse sentido:

“No qualificativo ‘fundamentais’, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados”.¹²

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina por sua fundamentalidade formal ou material, assim se encontra em Bonavides:

“Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderlich*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.”¹³

¹² LEMOS, Vinícius Martins. **A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal**. Revista de direito constitucional e internacional, Ministério Público do Estado de São Paulo, 2016, p. 5.

¹³ BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2007, p. 561.

Esses direitos evoluíram ao longo da história e, por essa razão, a doutrina costuma classificá-los em “gerações” ou “dimensões”, preferindo atualmente esta última denominação por entender que sob o aspecto de gerações, aqueles que pertenceriam à primeira seriam substituídos pelos posteriores, de segunda geração, quando na verdade todos subsistem, se completam e possuem mesmo grau hierárquico – extraíndo-se o termo horizontalidade dos direitos humanos e fundamentais.

Assim, seguindo a doutrina majoritária, neste trabalho será utilizada a expressão “dimensão”, em respeito à coexistência dos direitos fundamentais que devem sempre acrescentar e nunca cessar.

Interessante apontamento de Barbara Mota Pestana auxilia a compreender o crescimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais:

“A concepção jusnaturalista é de que esses direitos são anteriores a qualquer lei ou ordenamento; o nascimento dos direitos fundamentais relaciona-se a características inerentes à própria humanidade.

Os juspositivistas, entretanto, consideram que esses direitos resultam da legislação. Dessa forma, a existência dos direitos é consequência da positivação das normas. Assim, as leis são produtos da ação humana e os direitos fundamentais são fruto dessas leis.

Já os realistas jurídicos entendem que os direitos fundamentais provêm das conquistas sociais, ou seja, eles foram conquistados pelas sociedades através da história. Houve um processo histórico que fez nascer direitos fundamentais, assim, tal evolução histórica possibilitou não apenas o surgimento dos direitos, bem como sua consolidação através dos tempos.” (PESTANA, 2017)

Nesse seguimento, tem-se os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões que retratam o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades individuais, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, cujo objetivo era minimizar a intervenção do Estado na vida do indivíduo.

Alguns exemplos¹⁴ de documentos legais que se referem à direitos de primeira dimensão:

- Revolução Inglesa: *Petition of Rights*, de 1628 e o *Bill of Rights*, de 1689;
- Revolução Americana: processo de independência das colônias britânicas na América do Norte que culminou na primeira Constituição escrita, a Constituição norte-americana de 1787;

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2020, p. 47-48.

- Revolução Francesa: *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

Nota-se da análise destes documentos que os direitos neles abrangidos tratavam, em grande parte, sobre direitos civis e políticos como reflexo das liberdades públicas. Bonalives elucida:

“[...] Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado”.¹⁵

Por sua vez, os direitos à igualdade, de segunda dimensão, são consequência de um Estado apático e alheio, onde as liberdades em todas as suas perspectivas se sobrepujam às garantias sociais do indivíduo e emergiram em um momento histórico de constitucionalismo social, qual seja, a revolução industrial europeia do século XIX.

Não obstante as liberdades tenham sido essenciais para limitação do poder estatal num primeiro momento, novamente surgem as revoluções como febre, indicando ao Estado que uma crise nele habita, que está doente, e o único remédio é o crescimento e a compreensão de que a solicitação de seu povo deve ser ouvida.

Esse pensamento inspirou mais diversos filósofos e estudiosos há época, dentre eles Karl Marx:

“[...] Para Marx, os direitos humanos até então defendidos eram focados no indivíduo voltado para si mesmo, para atender seu interesse particular egoístico dissociado da comunidade. Assim, não seria possível defender direitos individuais em uma realidade na qual os trabalhadores – em especial na indústria europeia – eram fortemente explorados”.¹⁶

Os exemplos memoráveis da implementação destes direitos no ordenamento jurídicos dos Estados são:

- Constituição do México de 1917;

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2010, p. 563-564.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2020, p. 49.

- Constituição da Primeira República Alemã, conhecida também como Constituição de Weimar, de 1919;
- No Brasil, Constituição de 1934, não obstante houvessem algumas previsões nas constituições anteriores;
- Criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, pelo Tratado de Versalhes, que pôs fim à primeira Guerra Mundial.

Sobre o tema, Bonavides observa no tocante às Constituições que elas:

“[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência de limitação essencial de meios e recursos de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”.¹⁷

Essa reflexão faz-se importante neste trabalho justamente para observar que, nada obstante tais direitos sejam indispensáveis ao ser humano, sua prestação única e exclusivamente pelo Estado pode apresentar tamanha onerosidade que outras garantias seriam massacradas, de forma que, ao final, nenhum direito seria realmente efetivado, padecendo a sociedade e o Estado, sem meios para sua subsistência de ambos.

A terceira dimensão dos direitos, por sua vez, surge como a internacionalização dos direitos humanos, na qual o marco histórico é a criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945, ao fim da Segunda Guerra Mundial.¹⁸

Após vivenciadas as atrocidades da segunda grande guerra, os Estados, como organismos internacionais, verificaram a necessidade de unirem-se para garantirem o exercício e aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais a todos, sem distinção, com fraternidade.

¹⁷ BONAVIDAES, Paulo, apud LENZA, Pedro, 2016, p. 1157.

¹⁸ RAMOS, 2020, p. 51.

Estes direitos são fraternos pois são transindividuais, além dos interesses do indivíduo, uma vez que dizem respeito ao gênero humano como um todo, à universalidade e humanidade.

Os direitos de terceira dimensão seriam:¹⁹

- Direito ao desenvolvimento;
- Direito à paz;
- Direito ao meio ambiente;
- Direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade;
- Direito de comunicação.

Sobre as três dimensões (ou gerações), o Supremo Tribunal Federal faz uma interessante síntese:

“[...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais - DESCAs) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, eu materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”²⁰.

Quanto aos direitos de quarta e quinta dimensões, não há um consenso na doutrina a seu respeito, André de Carvalho Ramos afirma que:

“Apesar de não existir muita precisão sobre a consequência prática de considerarmos um direito como pertencente a uma ‘quarta’ ou ‘quinta’ geração (ou dimensão), essas novas gerações ou dimensões apontadas pela doutrina auxiliam o estudioso a compreender o fenômeno da produção de novos direitos, também denominado *inexauribilidade dos direitos humanos*, para atender a recentes demandas sociais da atualidade”.²¹

¹⁹ VASAK, apud BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, 2010, p. 569.

²⁰ MS 22.164, rel. Min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, apud RAMOS, 2020, p. 61.

²¹ RAMOS, 2020, p. 62.

Na referência aos direitos de quarta dimensão Bobbio, em sua obra “A era dos direitos”, entende que decorreriam dos avanços no campo da engenharia genética: “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.²²

Com outro entendimento, Bonavides afirma que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”²³, destacando os seguintes direitos:

- Democracia;
- Informação;
- Pluralismo.

Por fim, os direitos da chamada “quinta dimensão” envolveriam, segundo Bonavides, o direito à paz, que seria um direito supremo da humanidade²⁴, o maior direito que garante o exercício pelo de todos os demais.

Não obstante a doutrina classifique os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, ou certo é que o Estado, e menos ainda o particular responsável por auxiliar a administração pública, não consegue a eles dar efetividade, seja pela escassez de recursos financeiros ou por desarranjo na gestão administrativa.

Dessa forma, diante da ausência de prestação efetiva de tais garantias e direitos, o indivíduo e a sociedade como um todo, seja em pleito individual ou coletivo, busca uma intervenção judicial mais ativa, chamada judicialização.

²² BOBBIO, apud LENZA, 2016, p. 1158.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2010, p. 569.

²⁴ BONAVIDES, 2010, p. 593.

2.3. HISTÓRICO DA JUDICIALIZAÇÃO.

As necessidades sociais mudam ao correr do tempo, obrigando o Estado a se adaptar e buscar criatividade para implementação dos meios adequados para execução do particular de seus direitos.

Sobre a coordenação econômica do Estado, José Eduardo Faria faz uma interessante reflexão:

“[...] quanto mais o Estado pede a capacidade de coordenação econômica e autonomia política na formulação de novas estratégias de regulação, uma vez que elas passam a ser negociadas, definidas e ordenadas no âmbito de entidades internacionais e de organismos multilaterais, mais ele tem pela frente a responsabilidade de lidar com as consequências *locais* da crise. E quanto maior é a chamada ‘crise social’, menor é a capacidade do Estado nacional de dispor de mais fontes de investimento e novas linhas de financiamento para atender às demandas dos segmentos sociais vulneráveis e pobres; menos possibilidades tem ele de formular estratégias compensatórias nos moldes das que foram propostas em prática no período dos governos de inspiração social-democrata do pós- guerra, dadas as resistências dos agentes econômicos à utilização de transferências fiscais e às crescentes restrições à capacidade de endividamento do setor público. Evidentemente, os governos nacionais não desconhecem expectativas e frustrações sociais. Carecem, no entanto, de condições políticas, instrumentários suficientes para atende-las, o que deixa os gestores municipais condenados a uma gestão paroquial, enquanto se multiplica o número de cidadãos vulneráveis e excluídos e suas respectivas demandas, em matéria de direitos sociais e serviços básicos”.²⁵

Não há um consenso entre os doutrinadores quanto a origem do fenômeno denominado judicialização. Uns atribuem seu desenvolvimento ao início do Estado Liberal, outros ao Estado Social, há também quem defenda que a judicialização é fruto do direito constitucional contemporâneo, que teve como marco histórico o fim da Segunda Guerra Mundial.

Nos dizeres de Sampaio Júnior a função de produzir e aplicar o direito restou como incumbência do Estado, através do Poder Judiciário, correspondendo assim à jurisdição, cujo dever está em solucionar toda e qualquer demanda que recaia sob sua tutela, assim vejamos:

“Na modernidade, a tendência ao monismo jurídico, acabou por atribuir ao Estado a responsabilidade por toda a produção e aplicação do direito. Por conseguinte, houve a dissolução dos instrumentos de controle e pacificação antes existentes

²⁵ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. Direito em debate, 2017, p. 59.

nas sociedades tradicionais. Desestruturaram-se os antigos alicerces sobre os quais se assentava a estrutura de poder na sociedade. As figuras dotadas de autoridade, capazes de mediar um conflito e com poder moral para dirimi-lo, foram progressivamente perdendo o respaldo que lhe conferia aquela autoridade. A máxima popular “vá se queixar ao bispo”, que Gilberto Freyre definiu como “o prestígio eclesiástico maior que o civil dentro do qual formou-se o espírito da gente peninsular”, tornou-se ultrapassado. As queixas hoje, são feitas diretamente ao juiz, de acordo com um sistema processual devidamente estruturado. Como consequência, verifica-se a falência da mediação no seio da própria sociedade e a consolidação ao Judiciário como órgão capaz de dirimir controvérsias, até mesmo por ser o único dotado do poder de executar, pela força de suas decisões.”²⁶

É fato que, se levamos em conta todas as fontes doutrinárias (RÊGO, p. 10), os registros da existência da judicialização vêm desde o século XIX, e, de lá para cá, o tema vem sendo paulatinamente abordado e transformado, principalmente na atualidade.

Contudo, é cediço que para análise do surgimento da judicialização e dos demais aspectos a ela referentes, deve-se compreender uma antiga dúvida que se alastra pela filosofia, sobre qual o melhor governo: “dos que governam respeitando as leis ou aqueles em que existem boas leis porque os governantes são sábios?”, Bobbio (2017).

Platão chama de servidores da lei:

[...] aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e carece de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam conceder às cidades”.²⁷

Ao passo que na filosofia de Aristóteles:

[...] o melhor de tudo, parece, não é que as leis contem, mas que conte, bem mais, o homem que tem entendimento, o homem régio. [...] Porque a lei jamais poderá prescrever com precisão o que é melhor e mais justo para todos, compreendendo aquilo que é mais conveniente”.²⁸

Bobbio esclarece ambos os pensamentos afirmando que:

²⁶ SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 18.

²⁷ PLATÃO, Leis, 715d, apud BOBBIO, 2017, p. 234-235 – grifo nosso.

²⁸ ARISTÓTELES, Política, 1286a, apud BOBBIO, 2017, p. 235-236.

“[...] quem sustenta a tese de superioridade do governo dos homens altera completamente a tese do adversário: o que constitui para esse último o elemento positivo da lei, sua “generalidade”, torna-se para o primeiro o elemento negativo, na medida em que, exatamente por sua generalidade, a lei não pode abarcar todos os casos possíveis e acaba, assim, por exigir a intervenção do sábio governante para que seja dado a cada um o que lhe é devido. O outro pode, porém, por sua vez, defender-se alegando o segundo caráter da lei: o fato de ser ‘sem paixões’. Com esta expressão, Aristóteles quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais”.²⁹

Assim, sob o intenso debate da importância da lei e conseqüente intervenção do Estado na vida do ser humano, passa-se à melhor análise histórica da judicialização como fenômeno social.

O pós-Segunda Guerra Mundial intensificou os estudos e a aplicação da judicialização, uma vez que houveram diversas mudanças sociais e principalmente políticas, sendo a redemocratização dos países europeus e o novo direito constitucional os eventos mais relevantes no que diz respeito à organização dos Estados.

Montesquieu (1749) ao formular a teoria da separação dos poderes serviu como base aos chamados Estados de Direito, cuja estrutura se divide em Poder Executivo, que administra a *res* pública, declarando a guerra ou a paz, celebrando tratados internacionais e estabelecendo a segurança nacional, de outro lado tem-se o Poder Legislativo, encarregado da elaboração das normas jurídicas pertinentes para controle das relações sociais e destes com o administrador público, e, por fim, o Poder Judiciário, que pune as infrações à estas leis e julga as querelas. Nesse contexto, cada Poder faria o controle dos demais, buscando sempre o equilíbrio institucional.

Num primeiro momento, sob comando do Estado Liberal, a liberdade dos indivíduos era priorizada à intervenção do Estado, de modo que o cuidado do Poder Legislativo para com o povo tornou-se de grande valia, retomando a chamada “doutrina dos limites da função do direito” por um dos maiores defensores dessa forma de Estado, Friederich von Hayek, que *“[...] entende por normas jurídicas propriamente ditas aquelas que oferecem as condições ou os meios com os quais o indivíduo pode perseguir livremente os próprios fins sem ser impedido a não ser pelo igual direito dos outros”*.³⁰

Entretanto, com o surgimento do Estado Social e os direitos de segunda dimensão, como a saúde, educação, previdência social e direitos trabalhistas, buscou-se efetivar a

²⁹ BOBBIO, 2017, p. 236-237

³⁰ HAYEK, apud BOBBIO, 2017, p. 246

igualdade entre as pessoas que viviam sob o cuidado de determinado Estado, que passou a ser intervencionista e ativo perante a sociedade. É nesse contexto que o Poder Judiciário assume maior relevância:

“O crescimento do estado social ou estado do bem estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre o Estado e a sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. [...] Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Correspondentemente, os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. Os direitos sociais, produto típico do estado do bem estar social, [...], tem um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza”.³¹

Essa mudança de paradigma visando um Poder Judiciário proativo que busca garantir a efetivação dos direitos previstos em todo ordenamento jurídico, de modo sistemático, integrativo e complementar, que surge com o Estado Social, modifica por completo a visão antiga da hermenêutica liberal, cujo papel do judiciário se limitava à simples subsunção da lei ao caso concreto, que prevalecia no Estado Liberal:

“O enfoque privilegiado nos efeitos extrajudiciais da decisão em detrimento da correção lógico-formal contribuiu para dar uma maior visibilidade social e mediática aos tribunais, potencializada também pela coletivização da litigiosidade. Na medida em que, ao lado das decisões que afetavam uns poucos indivíduos, passaram a haver decisões que afetavam grupos sociais vulneráveis – fossem eles os trabalhadores, as mulheres, as minorias étnicas, os imigrantes, as crianças em idade escolar, os velhos a necessitar de cuidados ou os doentes pobres a necessitar da atenção médica, os consumidores, os inquilinos –, o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e um impacto mediático que naturalmente o tornou num objeto de controvérsia pública e política.”³²

Ocorre que, as diversas demandas sociais exigiram do Estado Social seu esgotamento político e, principalmente, financeiro, levando à crise desse modelo e o surgimento do Estado Neoliberal, também fundamentado pela expansão da globalização, esta última definida por Cristiane Rêgo como um *“processo marcado pela integração econômica e social entre os diversos países do mundo e seus respectivos povos”*.

³¹ FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

³² SANTOS; MARQUES, PEDROSO, 1993, p.4-5

Nesse momento histórico:

“[...] O Judiciário assume um papel absolutamente fundamental nesse momento. A interpretação reflexiva e a ênfase nas fórmulas de auto – regulação social contribuem para a consolidação das crenças pessimistas sobre a irreversibilidade da crise da lei a impossibilidade de garantia judicial à implementação das políticas sociais. A tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos é a de criar novas técnicas de garantia da efetividade a sempre novos direitos vitais. Por isso, com propriedade, já se assinalou que ‘o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo.’”³³

Com a nova perspectiva de supremacia constitucional e dos direitos humanos, teorias hermenêuticas têm priorizado a utilização de princípios, que possuem maior grau de abstração (ÁVILA, 2009), para melhor aplicar os direitos fundamentais estampados na carta magna, resultando em normas constitucionais mais vinculantes, nesse sentido, Daniel Sarmento:

“Ao lado disso, a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica, que passou a ver os preceitos constitucionais — inclusive aqueles mais vagos e abstratos — como normas jurídicas vinculantes, são fatores que contribuiram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. 35 Este fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de judicialização da política.”³⁴

Consagrou-se, dessa maneira, um amplo acesso à justiça, levando ao conhecimento de magistrados e construtores do direito os mais diversos assuntos, dentre os quais se destacam os de cunho político, isto é, aqueles demandam dos Poderes Legislativo (para criação de normas específicas para determinado assunto) Poder Executivo (o qual dá efetividade aos à tais *direitos*) *maior atenção e aplicabilidade dos direitos constitucionais*:

“Mudanças profundas ocorreram também no âmbito do Poder Judiciário. A Constituição reforçou a sua autonomia administrativa e financeira e ampliou a sua importância política. Promoveu o acesso à justiça, criando ou ampliando ações individuais e coletivas voltadas à tutela de direitos, e conferindo um novo perfil a instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública. Por outro lado, ela consagrou um amplo sistema de jurisdição constitucional, que pode ser deflagrado com muita facilidade, ensejando um intenso fenômeno de judicialização da política.”³⁵

³³ CAMPILONGO, 1994, p. 125

³⁴ SARMENTO, 2012, p. 23

³⁵ SARMENTO, 2012, p. 151

As cortes constitucionais passaram a desenvolver um papel importante no que diz respeito ao tema, já que o novo direito constitucional tem por essência o objetivo de proporcionar uma hermenêutica mais humana, garantindo que os direitos fundamentais das pessoas passassem a serem protegidos. A vida, a saúde e a dignidade, por exemplo, passaram a ter um valor expressivamente relevante nas decisões judiciais, fazendo com que a interpretação das leis fosse muito mais além da aplicação da lei positiva ao fato.

A interpretação conforme a constituição é vista como um instrumento que auxilia na escolha do melhor sentido para o texto normativo, qual seja, aquele compatível com a Constituição, suprimindo as variantes conflitivas. Por outro lado, mas não conflitante, tem-se a interpretação conforme os direitos humanos, que consiste na *“escolha pelo intérprete, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, de uma que compatibilize com os direitos humanos”*.³⁶

Ocorre que, por vezes, aqueles a quem confiamos a guarda das leis acabam por prejudicá-la e se tornam os maiores ladrões, conforme se extrai da obra *a Arte de furtar*, *“os maiores ladrões são os que têm por ofício livrar-nos de outros ladrões”*³⁷, e como consequência o judiciário é invocado a se manifestar sobre a eficácia de determinada norma jurídica, bem como sobre a sua efetividade.

Sendo um fenômeno relativamente atual, assim como seu surgimento, a judicialização também não tem um conceito sólido entre os doutrinadores, mas, em poucas palavras, bem define Luís 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”.³⁸

Por essa razão, e especialmente após o advento da Constituição Federal de 1988 com a redescoberta dos valores da cidadania e democracia, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel ativo na fiscalização do cumprimento das normas e da sua efetivação, com vistas a preservar os direitos daqueles que sejam interessados.

³⁶ RAMOS, 2020, p. 120.

³⁷ Citação retirada da obra *“Os Bruzundangas”* de Lima Barreto, cuja inspiração vem da obra satírica *“Arte de furtar”* (1652), de autoria atribuída ao Pe. Antônio Vieira, contestada atualmente por diversos estudiosos. (BARRETO, Afonso Henrique de Lima. **Os Bruzundangas**. Clube da Literatura Clássica, 2020, p. 11.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto, 2009, p.3

Contudo, busca-se neste trabalho verificar quando a judicialização corresponde a um direito subjetivo do indivíduo, exercida nos ditames legais e em respeito à separação dos poderes, e quando cruza a linha do equilíbrio do Estado.

3. EVOLUÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Para que seja devidamente entendido o processo de crescimento das demandas judiciais que temos nos dias atuais com relação aos mais diversos tratamentos de saúde, é necessário que se tenha uma base histórica sobre a saúde no país.

Os primeiros relatos sobre a saúde brasileira vêm da época dos portugueses, logo quando os lusitanos chegaram em terras tupiniquins³⁹. No Brasil não havia hospitais e nem clínicas, apenas curandeiros indígenas que cuidavam das patologias que lhes eram comuns.

Com o passar dos anos, muitos indígenas e também estrangeiros foram morrendo em decorrência de várias “doenças novas” que os navegantes trouxeram para as terras brasileiras. Como não havia o conhecimento de como poderiam ser tratadas essas patologias, os curandeiros não conseguiam salvar as pessoas, principalmente os pobres que não conseguiam tratamento médico adequado porque não podiam pagar pelos atendimentos e tratamentos.⁴⁰

Em 1543, a primeira Santa Casa de Misericórdia foi construída no Brasil para atender as demandas de saúde. Com o crescimento rápido da população que se misturava entre os indígenas, europeus e africanos, diferentes doenças foram se alastrando e a formação de profissionais locais era necessária para aumentar o alcance dos atendimentos aos pacientes.

Por influência da Família Real Portuguesa que residia no Brasil, em 1808, por D. João VI, foi criada a primeira faculdade de medicina no Brasil, a FAMEB (Faculdade de Medicina da Bahia)⁴¹, com o fim de formar profissionais para trabalhar no país. Gradativamente

³⁹ MAGALHÃES, 2020.

⁴⁰ MAGALHÃES, 2020.

⁴¹ **Primeira Faculdade de Medicina do Brasil.** Disponível em <<http://www.imaginologia.com.br/dow/Primeira-Faculdade-de-Medicina-do-Brasil.pdf>>. Acesso em 29. Mai. 2020.

estes médicos foram substituindo os estrangeiros e a estrutura de saúde no Brasil foi crescendo e se desenvolvendo.

Com a independência do Brasil, D. Pedro II criou órgãos de fiscalização⁴² para controlar a saúde no país, visando a melhoria da qualidade de vida das pessoas, através de programas para evitar o crescimento de doenças epidemiológicas que assombravam a população naquela época.⁴³

Nota-se nesta fase importante evolução da competência concorrente entre os entes federados (União, Estados e Distrito Federal) quanto ao poder de legislar sobre o tema, além de competência comum para cuidar e fiscalizar a saúde pública, esta última com a participação dos Municípios, semelhante ao que determina a Constituição da República de 1988 em seu artigo 24, inciso XII⁴⁴, e artigo 23, inciso II⁴⁵.

Em 1889, com o início da república velha, ocorreram mudanças na forma de organização do país, que após a queda do Imperador Dom Pedro II tornou-se República. Com essa alteração, nos anos seguintes, o médico Oswaldo Cruz passou a controlar a saúde nacional e implantou diversas ações para que houvessem avanços significantes neste departamento.

Com base no uso da força, Oswaldo Cruz combateu doenças e obrigou que as pessoas se vacinassem, sem sequer informa-las sobre a importância do ato, e por esta razão fora substituído por Carlos Chagas, quem conseguiu, através de apoio popular, organizar e seguir avançando com uma reforma sanitária no Brasil.⁴⁶

No ano de 1918 o país fora devastado após a pandemia da chamada “gripe espanhola”⁴⁷, de modo que a população mais pobre (especialmente imigrantes italianos moradores do subúrbio da cidade de São Paulo) foi a mais afetada, uma vez que à época não haviam

⁴² Após a independência, no ano de 1828, foram promulgadas leis que descentralizavam a fiscalização da saúde pública, transferindo competências do “Físico-mor”, “Cirurgião-mor” e seus delegados, às Juntas Municipais.

⁴³ MAGALHÃES, 2020.

⁴⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde; [...].

⁴⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...].

⁴⁶ **Um breve relato sobre a história da saúde pública no Brasil.** Disponível em <<http://www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil>> Acesso em 12. ago. 2020.

⁴⁷ **O aprendizado da Gripe Espanhola de 1918 e sua aplicabilidade no momento atual.** Disponível em <<https://www.resgateaeromedico.com.br/o-aprendizado-da-gripe-espanhola-de-1918-e-sua-aplicabilidade-ao-momento-atual/>> Acesso em 13. ago. 2020.

hospitais e locais apropriados para seu tratamento de modo gratuito. Só então, com a pandemia, diversos leitos foram improvisados para atender a grande demanda.

Tamanho movimento influenciou a criação da denominada “Lei Elói Chaves” no ano de 1923, que foi a primeira lei a garantir, de fato, acesso à saúde para as pessoas de baixa renda através das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), que previam assistência previdenciária e sanitária aos trabalhadores e suas famílias, e eram administradas por grandes empresas que podiam subsidiar tais benefícios.

Ocorre que a saúde brasileira era, em sua maioria, acessível apenas ao indivíduo com condições financeiras suficientes para arcar com tratamentos particulares, de maneira que aos trabalhadores informais e aqueles que não trabalhavam em empresas de grande capital econômico, não era dispensado o mesmo tratamento, os quais sujeitavam-se à ajuda das Santa Casas, de projetos filantrópicos e das esporádicas ações governamentais.

Com a ascensão de Getúlio Vargas à presidência em 1930, nesse momento com governo voltado ao Estado Social, as funções da administração pública concentraram-se para que houvesse um aumento no controle de fiscalização das atividades desenvolvidas, propiciando a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública⁴⁸.

Apenas em 25 de julho de 1953 veio a ser instituído o Ministério da Saúde como órgão autônomo, através da Lei nº 1.920, cuja atuação limitava-se a ação legal e divisão das atividades de saúde e educação, anteriormente incorporadas em um só ministério:

“[...] Mesmo sendo a principal unidade administrativa de ação sanitária direta do Governo, essa função continuava, ainda, distribuída por vários ministérios e autarquias, com pulverização de recursos financeiros e dispersão do pessoal técnico, ficando alguns vinculados a órgãos da administração direta, outros às autarquias e fundações.”⁴⁹

Posteriormente as CAPs de categorias profissionais afins foram substituídas por um novo modelo de assistência denominado Instituto de Aposentadorias e Pensões - IAPs,

⁴⁸ BRASIL. **Ministério da Educação. História.** Brasília. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/conaes-comissao-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior/97-conhecaomec-1447013193/omec-1749236901/2-historia>> Acesso: 17. ago. 2020.

⁴⁹ BRASIL. **Ministério da Saúde. História.** Brasília. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/hospitais-federais/681-institucional/40886-historia-do-ministerio>> Acesso: 17. ago. 2020.

compartilhando a responsabilidade das empresas pela assistência à saúde com sindicatos, com parcial financiamento dos governos.⁵⁰

Após o golpe militar no final da década de 1960, fora criado um novo instituto para substituir o IAPs, o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como mecanismo de unificação de fundos previdenciários e de saúde, que posteriormente, em decorrência das altas demandas sociais, passou a ser denominado como Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS⁵¹.

Nesta época, com o grande aumento das demandas sanitárias na esfera pública e com a deficiência nos atendimentos, a assistência de saúde privada começou a se expandir e ganhar destaque no país. Enquanto os hospitais privados cresciam, os públicos padeciam com a falta de investimentos.

Com a queda do regime militar e a volta gradativa da participação do povo na política, a saúde pública começou a ganhar maior visibilidade, principalmente com a reforma sanitária, que foi um movimento angariado por médicos e profissionais de áreas diversas, que se preocupavam com a situação da saúde pública⁵².

Com a redemocratização do país, cujo marco histórico fora a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde pública passou a ser de livre acesso a todos e consagrada como um direito social, com natureza jurídica de cláusula pétrea e classificada como norma programática, de implementação e aperfeiçoamento progressivos.

Nesse sentido, o artigo 6º, *caput*:

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. (grifo nosso)

⁵⁰ BRASIL. **Antes do SUS a saúde era para poucos**. Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>> Acesso: 17. ago. 2020.

⁵¹ BRASIL. **Cronologia Histórica da Saúde Pública**. Fundação Nacional de Saúde, Ministério da Saúde, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>> Acesso: 17. ago. 2020.

⁵² **Reforma Sanitária**. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>> Acesso: 18. ago. 2020.

A Constituição ainda traz em sua Seção II a forma na qual a saúde pública será organizada, dando ao Estado a responsabilidade por sua administração, reafirmando a garantia de amplo acesso a este direito de forma igualitária.

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.

Nesta mesma seção é também regulamentada a possibilidade de participação da saúde suplementar privada e a organização do complexo serviço sanitário nacional. Nesse sentido, pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2017 e 2018 esclarece:

“O sistema de assistência à saúde é amplo e complexo, abrangendo uma grande diversidade de atores nas esferas pública e privada, bem como diversas entidades regulatórias e inúmeros dispositivos legais que disciplinam a relação entre esses vários atores. Se nos voltarmos apenas à Constituição Federal, por exemplo, saúde não só é parte de um conjunto de outros direitos sociais expressamente previstos, mas é um direito regulado por quatro longos artigos constitucionais que descrevem os contornos gerais da política pública e da oferta privada destes serviços, além de ser citada outras 62 vezes no documento. Sua magnitude econômica é também expressiva, atingindo aproximadamente 10% da renda nacional, tendo experimentado consistente crescimento nos últimos anos, tanto em volume de serviços, quanto em seus custos.”⁵³

A redemocratização do Brasil após a Constituição Federal de 1988 revolucionou diversas áreas políticas e sociais. A separação dos poderes e a descentralização das funções do Estado começaram a formar uma organização diferente de tudo o que o país já experimentara até então, positivando uma série de direitos e garantias que podem ser reivindicados, quando necessário.

A saúde, que antes era um direito restrito, passou a ser um direito de todos e obrigação do Estado, como disciplinam os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal. Esclarecem Fernandes e Dantas:

⁵³ BRASIL. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. 2017/2018, p. 7.

“Como direito de todos e dever estatal, inserido no bojo dos direitos fundamentais e estreitamente ligado à vida e à própria noção de dignidade humana, o direito social à saúde inseriu no seio da sociedade a demanda por sua efetivação. Esta, por sua vez, ao lado da normatividade conferida constitucionalmente a tais direitos, ensejou uma crescente adjudicação de demandas envolvendo a entrega de medicamentos e concessões de serviços médicos”.⁵⁴

No entanto, levando em conta o grande número populacional brasileiro e a qualidade da infraestrutura nacional oferecida, sabe-se que a saúde, assim como a educação, por exemplo, demanda atuação conjunta e harmônica de todas as searas governamentais, haja vista sua complexidade e imprescindibilidade para promoção de uma vida digna.

Portanto, ao longo dos anos foram criados diversos órgãos regulatórios e normas que buscavam dar efetividade e amplitude ao direito à saúde, cuja responsabilidade transferiu-se a um Sistema Único de Saúde, criado com o advento da Constituição Democrática de 1988.

⁵⁴ FERNANDES; DANTAS, 2013, p. 2

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: JUSTIÇA VERSUS POLÍTICA

A judicialização, por Flávia Santiago Lima⁵⁵ (2014, p. 141), é um fenômeno que ocorre quando os as regras e aspectos jurídicos procedimentais e discursivos permeiam quase todos os aspectos da vida.

De orientação sexual⁵⁶ até religião⁵⁷, o Supremo Tribunal Federal, representando o Poder Judiciário, tem participado ativamente das definições de regras que influenciam na vida e na dignidade das pessoas. Com a saúde não seria diferente.

Com a evolução da sociedade nos mais diversos sentidos, principalmente no que se refere à tecnologia e todo avanço ao acesso desburocratizado à informação, a escala de demandas judiciais em busca de provimento de medicamentos e tratamentos começou a despontar no país.

A fragilidade do legislativo foi gradativamente sendo demonstrada com a participação do judiciário em demandas que são originárias dos parlamentares. Isso acontece pelo grande desvirtuamento retórico que há no parlamento, sendo que a fala sofista dos representantes eleitos democraticamente, passa pelo interesse intrínseco em cada assunto que afeta determinado público, ou seja, as opiniões e posições variam de acordo com o que é oferecido em troca, politicamente falando.

Neste sentido, o professor mestre Luciano Tertuliano da Silva escreve:

“O desvirtuamento da retorica é a primeira das consequências objetadas. Sua constatação é fitada em demonstrar como o uso dela, com desapego à verdade, encontra na política o elemento potencializador para se transformar em instrumento estatal de controle das fontes jurídicas e, assim, causar efeitos deletérios ao sistema eleitoral e ao desenvolvimento como liberdade, porque a argumentação distanciada da verdade articula-se nos espaços onde a dúvida se faz presente. Esvaziamento semântico do interesse público, pelo uso excessivo da indeterminabilidade de seu conceito e pela veste oportunista da discricionariedade, irá demonstrar os mecanismos utilizados pelos governantes

⁵⁵ LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, 2013, p. 141.

⁵⁶ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 12. Set. 2020.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099#:~:text=Em%20sess%C3%A3o%20plen%C3%A1ria%20realizada%20na,p%C3%BAblica%20de%20ensino%20do%20pa%C3%ADs>> Acesso em: 12. Set. 2020.

para, voluntária e deliberadamente, nortear em bens e serviços do povo à realização de interesses privados travestidos de públicos.”⁵⁸

Desta forma, observando a queda da credibilidade parlamentar, o fortalecimento do Poder Judiciário é gradativamente fomentado. Mesmo que diversas decisões dos magistrados da Corte Constitucional Brasileira sejam alvos de discussões e entraves políticos e sociais, a transferência de competência é iminente, dados os fatos que depreciam o trabalho nas câmaras federais.

A judicialização da saúde é sensível e complicada de se discutir, já que as demandas são emanadas das esferas públicas e privadas, ou seja, pessoas de todas as classes da sociedade pleiteiam a antecipação de tutelas dentre outras liminares para, principalmente, terem acesso mais rápido, conseguirem medicamentos ou tratamentos que não são cobertos pelo Sistema Único de Saúde ou pelo rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (referente aos planos de saúde).

Neste contexto, várias discussões doutrinárias são abertas e amplamente discutidas, contudo, neste trabalho seguiremos as questões que se fazem presentes neste momento de crise financeira e sanitária: A judicialização da saúde impacta economicamente no Estado e na saúde suplementar? Qual é o limite entre o direito e a vinculação contratual entre as partes em um plano de saúde?

4.1. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: OS IMPACTOS ECONÔMICOS NOS ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO.

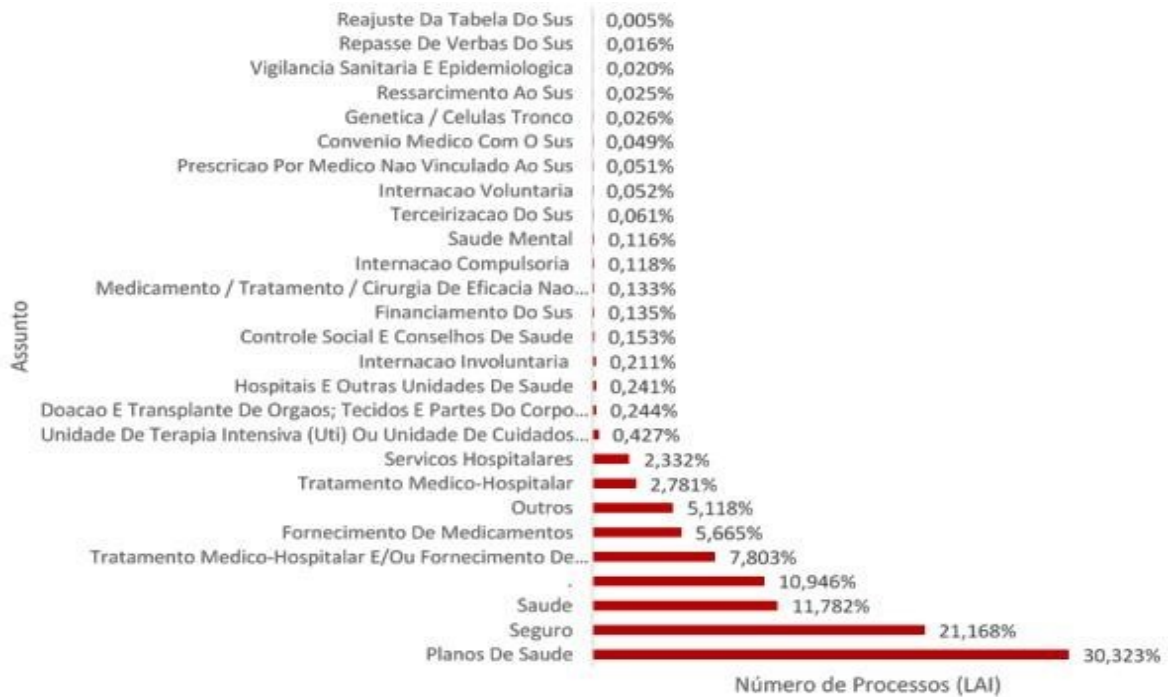
A judicialização da saúde é, de fato, um dos assuntos mais abordados na atualidade, permitindo ampla abordagem doutrinária para análise dos benefícios e malefícios deste fenômeno que cada dia se faz mais presente na vida das pessoas.

Os processos judiciais com relação a saúde tiveram um aumento de mais de 130% (cento e trinta por cento), entre os anos de 2008 e 2017, segundo o estudo do Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER.

⁵⁸ SILVA, 2017, p. 25-26)

Abaixo, observamos uma ilustração com o percentual, subdivididos por assuntos, de processos relacionados ao tema da saúde:

Figura 1: Número de processos de saúde por assunto de 2008-2018



Fonte: Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução - CNJ

Da análise do gráfico extrai-se que em 2007 os gastos com processos relacionados a saúde custaram aproximadamente R\$ 23 milhões (vinte e três milhões de reais) aos cofres públicos, enquanto que no ano de 2018, o custo foi de R\$ 1,3 bilhão (um bilhão e trezentos milhões de reais), que significa um aumento de aproximadamente 4.600% (quatro mil e seiscentos por cento) em um interregno de 11 (onze) anos.

Vale ressaltar que o grande crescimento se dá pelo fato de que são demandas relacionadas ao sistema público e também ao privado que, embora contemple apenas 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, é um setor que proporcionalmente falando, dispõe de grande parte das ações relacionadas ao direito sanitário, segundo o que traduz a tabela a seguir:

Figura 2: Relação de processos distribuídos por estado

	SUPLEMENTAR	PÚBLICO	% PÚBLICO	TOTAL
TJAC	451	659	59%	1110
TJAL	2.404	12113	83%	14.517
TJCE	53.729	11757	18%	65.486
TJDF	3083	402	12%	3.485
TJES	0	232	100%	232
TJMA	0	26.872	100%	26.872
TJMG	14.032	4.624	25%	18.656
TJMS	9.874	18.466	65%	28.340
TJPE	46.390	6.405	12%	52.795
TJPI	0	266	100%	266
TJRJ	27.827	32.113	54%	59.940
TJRO	2.717	265	9%	2982
TJSC	16.281	21.222	57%	37.503
TJSP	121.847	20.410	14%	142.257
TJTO	867	1.559	64%	2.426

Fonte: Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução - CNJ

O número expressivo é impactante tanto na esfera pública quanto na privada, uma vez que os aumentos significativos de gastos para proporcionar medicamentos e tratamentos aos pacientes que entram com demanda judicial fazem com que o orçamento para investimento em melhorias na prestação de serviços de saúde pública, por exemplo, seja consideravelmente reduzido.

Os planos de saúde também padecem economicamente, tendo em vista que, quando há um provimento de sentença para custear medicamentos ou tratamentos de alto custo, a pessoa jurídica precisa retirar do seu orçamento interno a quantia necessária para prover o que lhe foi demandado.

Segundo a ANS⁵⁹, grande parte de seus 46,7 milhões de beneficiários tiveram aumento no valor das mensalidades pagas aos planos de saúde até junho de 2020, por conta do aumento nas mensalidades. O que acaba resultando na inadimplência e no rompimento desses contratos, acarretando na dificuldade financeira das empresas prestadoras de saúde.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>

Como também aponta o estudo do CNJ (2017/2018): “as demandas judiciais podem, por outro lado, reclamar elementos que não estão previstos nos contratos e, como tal, implicar efeitos sobre os custos de contratação e segurança jurídica.”

Com o objetivo de estabelecer regras e diretrizes para os demais julgamentos, no corrente ano de 2020 o Supremo Tribunal Federal reconheceu como tema de repercussão geral a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS, objeto do Recurso Extraordinário nº 566471⁶⁰.

Na decisão, o plenário afirmou que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo que não estejam devidamente previstos na lista do SUS, cuja corrente vencedora proferiu o seguinte entendimento:

“A maioria dos ministros - oito votos no total – desproveu o recurso tendo como condutor o voto do relator, ministro Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016. A vertente vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora.”⁶¹

Seguindo o voto do relator, o Ministro Alexandre de Moraes manifestou seu entendimento:

“[...] o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS) [...]”⁶²

⁶⁰

Disponível

em:

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS))

⁶¹ SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO, RE 566471 RG, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, DJe 19/085/2020.

⁶²

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N> Acesso: 12. Set. 2020.

Ainda complementou em seu voto: “não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”.

No mesmo sentido de conscientizar sobre os orçamentos destinados às decisões judiciais, o estudo realizado pelo CNJ em parceria com o INSPER, levanta algumas discussões para que sejam diminuídos os gastos e os impactos com relação às demandas sanitárias.

Dentre estas sugestões destaco neste trabalho, três delas. A primeira diz respeito sobre a educação dos magistrados, visando a especialização destes no que concerne à saúde.

Neste sentido, cabe o que o escritor Leonardo Schwinden absorve de Platão⁶³:

“Platão considerava a sabedoria a virtude da razão e acreditava que ser verdadeiramente virtuoso apenas é possível quando a razão atua. Na filosofia grega antiga, a sabedoria era considerada uma virtude de legisladores e detentores de poder, que os capacitaria a ter precaução e agir prudentemente.”

A especialização dos magistrados é fundamental para que sejam analisados os processos de maneira mais técnica e racional, tirando um pouco o peso dos princípios constitucionais da dignidade humana e do acesso à saúde, por exemplo. Tais aspectos devem ser analisados, dadas as suas devidas importâncias, mas não podem ser decisivos na análise dos julgadores, quando se têm demais fatores que pesam contra uma decisão que pode onerar desnecessariamente os sistemas público e privado.

O próximo tema abordado pelo estudo do CNJ em parceria com o INSPER é sobre a criação de varas especializadas em saúde.

Aqui, cabe o mesmo raciocínio aplicado ao primeiro tema. Porém, que seja um passo eficaz, é de suma importância que esteja harmonicamente ligado aos magistrados especializados, afinal, de que adiantaria ter uma vara específica para o tema, sem ter profissionais que possam se debruçar tecnicamente sobre ele?

Se houverem juízes devidamente especializados para julgar os processos sanitários, além de contemplar o princípio do acesso à saúde, também seriam guardados os princípios da

⁶³ Disponível em: <https://pt.slideshare.net/leonardoschwinden/as-4-virtudes-cardeais-segundo-plato#:~:text=Plat%C3%A3o%20considerava%20a%20sabedoria%20a,ter%20precau%C3%A7%C3%A3o%20e%20agir%20prudentemente>. Acesso: 12.set. 2020

celeridade processual, da eficiência, da proporcionalidade, em razão da alta demanda de processos judiciais relacionados ao tema e da razoabilidade, uma vez que seria uma medida coerente para que sejam devidamente contemplados os anseios da sociedade e melhor organizados os orçamentos dentro do judiciário.

O terceiro assunto que se discute é com relação aos cuidados pré-processuais, ou seja, as ações realizadas pelo Estado e pelas empresas com a intenção de evitar que os conflitos sejam dirimidos os tribunais.

A prestação de saúde é um dever do Estado, porém, quando esta ação sai de sua alçada devido às limitações que impõe os rols do SUS e da ANS – no caso de saúde suplementar – a primeira alternativa que se apresenta – culturalmente falando – é pleitear o direito perante o judiciário.

Assim, com o avanço da tecnologia e a possibilidade de alcançar grande parte da sociedade apenas com uma mensagem eletrônica, o Estado não só pode, como deve investir em ações informativas de incentivo às práticas mediação de conflitos, para que se possa, talvez, haver consensos entre as partes antes da lide se desenrolar nos tribunais.

A mediação é um excelente mecanismo para a dissolução de conflitos, no qual as pessoas podem resolver suas demandas com o Estado ou com as prestadoras de saúde suplementar, chegando em acordos que fiquem bons para ambas as partes, evitando conflitos longos, desgastantes e onerosos para autor e demandado.

Mostradas as discussões, vale dizer que de nada vale implantar sistemas diferenciados, se não houver uniformidade decisória.

Sabe-se que a saúde é um assunto de interesse uno e poli social, desta forma, há de se concordar que deve o interesse geral ser um norte, já que jurisprudencialmente falando, quando se abrem exceções para um, a tendência é de aumentar a busca dos demais.

Em busca desta uniformidade decisória, alguns julgados têm se destacado, no sentido de que os medicamentos, atendimentos e procedimentos vinculados às listas do SUS e da ANS tornam-se taxativos e o princípio do *pacta sunt servanda* faz novamente sentido nos contratos privados. Razão pela qual, o tópico seguinte trará diferentes entendimentos jurisprudenciais para análise acerca da efetiva influência do Supremo Tribunal Federal em relação aos tribunais de primeira e segunda instâncias.

4.2. JURISPRUDÊNCIA SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.

A judicialização da saúde começou a despontar depois da decisão do STF, no bojo do Recurso Extraordinário (AgRg) 271.286-RS, no qual o Ministro Relator Celso de Mello dispõe que a norma Constitucional não deve ser apenas uma norma programática, onde o Estado pode cumprir, ou não, mas que deve ser aplicável e praticável.

“- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”.⁶⁴

Em um dos casos mais emblemáticos da década passada, a distribuição da fosfoetanolamina, popularmente conhecida como “Pílula do câncer” foi alvo de muitas discussões. Na época, mesmo sem a necessária comprovação científica da eficácia do medicamento, a então presidente Dilma Rousseff sancionou a lei 13.269/16⁶⁵, que autorizava a distribuição e uso do medicamento.

O presidente do STF na época, Ministro Lewandowski, ainda em 2016 ainda defendeu o fornecimento da droga no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada 828⁶⁶: *“O STF sempre se sensibilizou com a situação dos enfermos que batem às portas do Poder Judiciário, buscando a sua salvaguarda, pessoas sem meios para custear tratamento de saúde de alto custo”*

A lei e decisão acima citados deram força para que milhares de pedidos fossem acatados, gerando assim, um gasto extremamente alto e desnecessário, uma vez que, segundo

⁶⁴ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=369&v=qgdjAfxUUAs&feature=emb_title
Acesso em: 12. set. 2020.

⁶⁵ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/14/sancionada-sem-vetos-lei-que-autoriza-uso-da-fosfoetanolamina> acessado em: 12.set.2020

⁶⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313641> acessado em: 12.set.2020

estudos posteriores, o medicamento não trazia quaisquer benefícios para os consumidores⁶⁷.

Porém, em decisões mais recentes, estes entendimentos começaram a mudar, tendo como principal base, a ação já mencionada no capítulo anterior, sobre a não obrigatoriedade da distribuição de remédios não registrados, que contou, inclusive, com a mudança de entendimento do Ministro Lewandowski, que votou junto com o relator, sobre a não obrigatoriedade.

Já na esfera privada, os julgamentos têm tomado o mesmo rumo, principalmente depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 201733013, onde douto juízo dispõe sobre a taxatividade do rol da ANS.

“O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.”⁶⁸

No mesmo processo, a ANS explica que considerar o rol de procedimentos exemplificativo, acarreta no desequilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, uma vez que as jurisprudências poderiam abrir brechas para os beneficiários pedirem procedimentos não descritos no rol, o que levaria as prestadoras a um colapso.

Nesse sentido, também a seguinte jurisprudência:

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO

⁶⁷ Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/mandetta-venceu-bolsonaro-em-guerra-da-pilula-do-cancer/13484/7/> acessado em: 12.set.2020

⁶⁸ STJ – Resp: 1.804.191 – DF 2019/0077344-9, Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data da Publicação: DJ 18/05/2020.

EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. 1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4o, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar. 2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, §4o, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4o, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde – ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências – SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor. 4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas. 5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4o daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. 6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem se ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente. 7. No caso, a operadora do plano de saúde está amparada pela excludente de responsabilidade civil do exercício regular de direito, consoante disposto no art. 188, I, do CC. É incontroverso, constante da própria causa de pedir, que a ré ofereceu prontamente o procedimento de vertebroplastia, inserido

do rol da ANS, não havendo falar em condenação por danos morais. 8. Recurso especial não provido. (Recurso Especial nº 1.733.013 – PR - 2018/0074061-5, Relator: LUIZ FELIPE SALOMÃO, Data do Julgamento 10/12/2019 – grifo nosso)

Levando em conta estas decisões, é esclarecedor dizer que o que foi citado no começo deste trabalho é uma realidade. A sociedade, a democracia, a política, tudo muda com o passar dos anos. Os entendimentos sobre os mais diversos assuntos mudam de acordo com a evolução – ou retrocesso – da época.

Por fim, verifica-se que é necessário a busca de um denominador comum para que o Estado e as empresas não entrem em um caos financeiro para satisfazerem os interesses de um único indivíduo quando há toda uma comunidade dependendo de suas prestações.

5. CONCLUSÃO

Por todo exposto, faz-se necessária a reflexão de que, quanto à judicialização, não há como ter uma opinião formada quanto sua natureza, ou seja, se é boa ou se é ruim. Fato é que existem os dois lados da moeda. Outrossim, o intuito deste trabalho é de esclarecer que há judicialização boa e que há judicialização ruim.

O cidadão de baixa renda que procura o remédio devidamente regulamentado merece tê-lo. Se não o acha em uma farmácia do SUS, o Estado deve fornecê-lo prontamente e a qualquer custo.

Porém, o beneficiário que tem contrato pactuado com seu plano de saúde, deve ter ciência de que este faz obrigação entre as partes, e esta relação deve ser respeitada, nos limites da legalidade.

Desta forma, quebrando as ideias e os mitos de que a judicialização é só prejudicial ou só favorável, concluímos que, para que sejam diminuídos os impactos negativos causados por este fenômeno, é fundamental que sejam praticadas as ações tratadas no capítulo anterior, quais sejam:

- a) Especialização dos magistrados;
- b) Criação de varas especializadas em saúde;

- c) Utilização de meios alternativos à justiça, por exemplo, a mediação. Sendo o Estado e as empresas, responsáveis por propagar as informações e ações sobre esta possibilidade

Destas sugestões extrai-se seus princípios, que são, respectivamente, a educação – do corpo jurídico e social –, a informação e a conscientização de que nem tudo deve ser tratado na justiça. Afinal, quem onera e gera prejuízo ao Estado e as prestadoras de saúde suplementar são, invariavelmente, quem pede e quem concede, sendo, como nas palavras de Hobbes, “o homem o lobo do próprio homem. “

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, Fernando Mussa Abujamra. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. 2017/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/5F1E5CC661865F_estudo.pdf> Acesso em: 18 de ago. 2020.

BENI, Eduardo. O aprendizado da Gripe Espanhola de 1918 e sua aplicabilidade no momento atual. Resgate Aeromédico. 15 de abr. de 2020. Disponível em <<https://www.resgateaeromedico.com.br/o-aprendizado-da-gripe-espanhola-de-1918-e-sua-aplicabilidade-ao-momento-atual/>> Acesso em: 13 de ago. 2020.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 de set. 2020.

_____. Antes do SUS a saúde era para poucos. Senado Federal, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>> Acesso em : 17 de ago. 2020.

_____. Cronologia Histórica da Saúde Pública. Fundação Nacional de Saúde, Ministério da Saúde, Brasília, DF, 07 de ago. 2017. Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>> Acesso em: 17 de ago. 2020.

_____. Ministério da Educação. História. Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/conaes-comissao-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior/97-conhecaomec-1447013193/omec-1749236901/2-historia>> Acesso em: 17 de ago. 2020.

_____. Ministério da Saúde. História. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/hospitais-federais/681-institucional/40886-historia-do-ministerio>> Acesso em: 17 de ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.733.013-PR. Recorrente: Vitória Teixeira Bianconi. Recorrido: UNIMED de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10. dez. 2019. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 14/09/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.804.191-DF. Recorrente: Daniela Alves. Recorrido: SULAMERICA Companhia de Seguro de Saúde. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 15. mai. 2020. **Lex:** Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 14/09/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099#:~:text=Em%20sess%C3%A3o%20plen%C3%A1ria%20realizada%20na,p%C3%BAblica%20de%20ensino%20do%20pa%C3%ADs.>> Acesso em: 12 de set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>> Acesso em: 12 de set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>> Acesso: 12 de set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471/RN – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=213&dataPublicacaoDj=27/08/2020&incidente=2565078&codCapitulo=6&numMateria=140&codMateria=3>>. Acesso em: 12 de set. 2020.

FENELON, Sandro. Primeira Faculdade de Medicina do Brasil. Disponível em <<http://www.imaginologia.com.br/dow/Primeira-Faculdade-de-Medicina-do-Brasil.pdf>> Acesso em: 12 de ago. 2020.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves; DANTAS. Ingrid Cunha. A judicialização do direito social à saúde à luz dos 25 anos da Constituição Federal de 1988: Soluções paliativas até quando?, 2013, p. 2. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c2f94908f263917>> Acesso em: 20 de ago. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, SP, n. 21, p. 13-21, 30, mar. 1994.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Reforma Sanitária. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria>> Acesso em: 18 de ago. 2020.

LEMOS, V. M. A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. *Revista de direito constitucional e internacional*, Ministério Público do Estado de São Paulo, n. 97, set/out. 2016.

LENHARD, V. A. *Judicialização da Política e Divisão dos Poderes no Estado Democrático de Direito: A Jurisdição Constitucional Como Quarto Poder*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

MAGALHÃES, Lana. Saúde Pública no Brasil. Toda Matéria, 10 de ago. de 2020. Disponível em <<https://www.todamateria.com.br/saude-publica-no-brasil/>> Acesso em 11 de ago. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MV. Um breve relato sobre a saúde pública no Brasil. Disponível em <<http://www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil/>> Acesso em: 12 de ago. 2020.

PESTANA, Bárbara Mota. Direitos fundamentais: origem, dimensões e características. Conteúdo Jurídico. 17 de out. de 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50756/direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas#:~:text=Destaca%2Dse%2C%20ainda%2C%20que,propriedade%20e%20as%20garantias%20individuais.>> Acesso em: 09 de set. 2020.

RÊGO, Cristiane. Do Fenômeno da Judicialização. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/ UFGP, XXIII, 2014, João Pessoa, Paraíba. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a33b11cfa5f7f31>> Acesso em: 25 de mai. 2020.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da Liberdade ao Controle**: os riscos do Novo Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte. PUC Minas Virtual, 2009, apud RÊGO Cristiane. Do fenômeno da judicialização. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a33b11cfa5f7f31>> Acesso: 25. mai. 2020.

SILVA. Luciano Tertuliano da. *Manipulação Discursiva e Crise do Estado como Obstáculos à Institucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

SOUZA. Klauss Correa de; LEAL. Fábio Gesser; SABINO. Rafael Giordani. Direitos fundamentais. Uma breve visão panorâmica. *Âmbito Jurídico*, 01 de mar. de 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-fundamentais-uma-breve-visao-panoramica/>>. Acesso em: 15 de ago. 2020.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.