

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

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

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-169-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 25 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: a dignidade da pessoa humana como ponto de partida e ponto de chegada dos direitos fundamentais na perspectiva de Gregorio Peces-barba; a liberdade de expressão nas constituições brasileiras: análise da democracia enquanto sociedade aberta; da liberdade de expressão e fake news; o direito a liberdade religiosa e sua densificação na sociedade moderna; a laicidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54: contribuições de Ronald Dworkin à interpretação do supremo tribunal federal; o discurso de ódio, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade frente aos limites da liberdade de expressão; o acesso a internet como direito fundamental durante a pandemia de covid 19: um estudo do cenário brasileiro; privacidade e covid-19: proteção do corpo eletrônico da pessoa, sob a ótica de Stefano Rodotà; preservação e promoção de direitos fundamentais em tempos de covid-19, na perspectiva de democracia de Amartya Sen; covid19: entre a governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise; covid-19 e princípios e direitos fundamentais: reflexos da constituição federal do brasil; racismo e covid-19: uma análise acerca da correlação entre a pandemia e o princípio da igualdade; relativismo jurídico e ativismo judicial na concessão de medicamentos para pessoas carentes; pandemia e e-learning: o direito à educação e os desafios da desigualdade digital; relativização dos

direitos das crianças e dos adolescentes às crianças indígenas ; benefício de prestação continuada (bpc) para os brasileiros em condição de miserabilidade: uma questão de alteridade; a judicialização à saúde como garantia do direito fundamental: uma análise da cobertura dos medicamentos de alto custo pelo sistema único de saúde; o direito fundamental à eficiência e à razoável duração do processo administrativo: titulação das terras quilombolas ; mulheres encarceradas: um olhar filosófico sobre a classe social, a raça e o gênero da justiça; a liberdade artística e o dever de não discriminação em virtude de orientação sexual sob a perspectiva da constituição de 1988 a partir da análise de um caso concreto; combate à ideologia de gênero como expressão lgbtfóbica: o abuso do direito à liberdade de expressão no contexto brasileiro; o auxílio moradia concedido aos membros da magistratura: uma abordagem a partir do princípio da igualdade; judicialização da saúde: os impactos econômicos nos âmbitos público e privado; direito econômico e a retomada da econômica pós covid-19; o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos prisionais e a pandemia do covid-19.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

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

HEALTH JUDICIALIZATION: ECONOMIC IMPACTS IN THE PUBLIC AND PRIVATE AREAS

Renato Bernardi ¹
Ana Clara Vasques Gimenez ²
Guilherme Cintra dos Santos ³

Resumo

O presente artigo analisa o fenômeno da judicialização da saúde e seus impactos econômicos nos âmbitos público e privado. Intenciona-se por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, traçar planos para minimizar o excesso de gastos devido à alta demanda processual. Perpassando conceitos de direito fundamental e atribuindo essa qualidade ao direito à saúde e na observância do respeito aos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano, compreende-se a judicialização da saúde. Sugerem-se ações equilibradas e conscientes por parte dos indivíduos informados dos procedimentos fornecidos pelas pessoas jurídicas públicas e privadas como seu direito subjetivo para minimizar impactos financeiros.

Palavras-chave: Judicialização da saúde, Saúde pública, Saúde privada, Economia

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the judicialization of health and its economic impacts in the public and private spheres. It is intended, through bibliographic and jurisprudential research, to outline plans to minimize excessive financial expenses due to the high procedural demand. Passing through concepts of fundamental right and attributing this quality to the right to health and observing the respect for fundamental rights and guarantees inherent to human beings, the judicialization of health is understood. Balanced and conscious actions by individuals informed of the procedures provided by public and private legal entities are suggested as their subjective right to equalize financial impacts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of health, Public health, Private health, Economy

¹ Pós-doutor - USC-Santiago de Compostela, Espanha. Doutor - PUC-SP. Mestre - ITE-Bauru. Professor nos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado em Direito, UENP-Jacarezinho. Coordenador do PROJURIS Estudos Jurídicos.

² Bacharel em direito pela Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA. Especializanda em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.

³ graduando pela Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por objetivo questionar a *judicialização* da saúde como um fenômeno benéfico. Não obstante ser um direito social previsto na Constituição Federal, o direito a saúde deveria ser um bem destinado igualmente a todos. Porém, o que se vê no atual cenário, é que o investimento que, em teoria, deveria ser destinado à coletividade, por meio de melhorias nos hospitais e nos demais estabelecimentos, está sendo gasto em decisões judiciais que afetam individualmente na vida das pessoas que pleiteiam aquilo lhes é de direito.

Defende-se que a judicialização da saúde ocorre, em sua maioria, pela negativa de atendimento e fornecimento de medicamentos previstos nos róis 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-STF, em que 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, doravante CF/88.

Com o avanço da tecnologia e o acesso à informação cada dia mais democratizado, as pessoas começaram a se munir de conhecimento para combater as negativas 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.

A princípio serão apresentados breves conceitos relacionados aos direitos fundamentais, o reconhecimento do direito à saúde na qualidade de direito fundamental, bem como o conceito do fenômeno da judicialização e a sua origem. Posteriormente, traçar-se-á a trajetória do direito à saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro e da sua forma de prestação pelo Estado e particulares. Para, enfim, por meio das linhas aqui expostas, analisar dados empíricos e propostas de discussões que podem acarretar numa diminuição dos impactos socioeconômicos sofridos pelo Estado e planos de saúde, com os altos gastos demandados com a judicialização da saúde. Parte-se, portanto, do método comparativo apoiado em pesquisas bibliográficas, legais e jurisprudenciais, que orientam o entendimento acerca do tema.

Em razão do que foi brevemente exposto acima, chega-se, a princípio, na hipótese de que, 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 o referido tema, preferencialmente de modo extrajudicial.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS À SAÚDE:

A nossa Carta Magna, resultante do poder constituinte originário de 1988, estabelece a forma federativa no Brasil e o constitui como Estado Democrático de Direito¹. E segundo José Afonso da Silva, não se trata apenas de uma reunião formal entre os conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático, mas uma conciliação com os princípios basilares destes. Ainda nesta mesma linha, o doutrinador afirma que a transformação do *status quo* de um para outro consiste em superar as desigualdades sociais e regionais, por meio da instauração de um regime democrático que realize a justiça social, implementando em nossa Constituição Federal objetivos fundamentais a serem cumpridos pela república, de acordo com o artigo 3º, da CF/88. (SILVA, 1988, p. 15-16).

Considerando que as leis subordinadas à nossa Carta Magna precisam influir na realidade social, na observância desta última, à qual se abre para transformações políticas, econômicas e sociais, levando em consideração, não somente os anseios da sociedade, como também elevando sua importância e respeito, e exercendo sua função na implementação de mudanças democráticas. Outrossim, esclarece Silva, que é no Estado Democrático de Direito, que se ressalta a relevância da lei, uma vez que só ele tem condições de realizar, mediante a elaboração do texto normativo, intervenções em uma determinada situação da comunidade. (SILVA, 1988, p. 23).

Partindo desta concepção, entende-se que a lei detém o poder de transformar a sociedade no âmbito do “dever ser”, e a sua elaboração depende de um procedimento delineado constitucionalmente, cuja titularidade pertence ao Poder Legislativo. Contudo, este é composto pelo elemento humano e sabe-se que o indivíduo, quando investido de poder, pode fazer deste último, seu mau uso, seja consciente ou inconscientemente. Em razão disso, concorda-se com a premissa de Montesquieu em “*Espírito das Leis*”, influenciado pelo pensamento político inglês, “[...] para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, 2005, p. 166).

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).

Depreende-se que a limitação do poder pelo próprio poder, por meio 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.” (TAVARES, 2012, p. 133). Em suma, de acordo com Lenhard, o jurista francês fragmentou o poder estatal com uma forma inovadora da seguinte maneira:

[...] 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. (LENHARD, 2006, p. 32).

Na tentativa de aperfeiçoar a teoria do jurista francês, os federalistas americanos implementaram um mecanismo de controle mútuo entre os órgãos estatais, ou seja, entre os três grandes poderes, esse conhecido como *check and balances*, o qual se trata 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 poderes, essencial a um governo livre, jamais poderia ser devidamente mantida na prática caso não existisse controle recíproco entre os mesmos. (LENHARD, 2006, p. 48).

Neste aspecto, as inovações americanas acerca da 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. Por meio deste controle e da fiscalização da constitucionalidade das decisões do legislativo e do executivo, o judiciário passa a ser capacitado para declarar a nulidade de quaisquer atos contrários à Constituição.

Todavia, com o advento da CF/88, a conhecida carta social, certos direitos tornaram-se protagonistas e, conseqüentemente, sobrecarregam o Estado, que atualmente encontra dificuldades para garanti-los. Com a inércia do administrador público ou de seus legisladores diante dos problemas característicos de uma sociedade de terceiro mundo, carente e desigual. Bem como por existir no país uma recente democracia, após anos sob governos autoritários, faz com que o Poder Judiciário, figure como um *herói*, ou seja, o símbolo da única alternativa para a solução de demandas envolvendo direitos fundamentais. E em razão disso dá-se início à fase

de judicialização, que ocorre quando todo e qualquer conflito é levado ao juiz com a intenção de ver efetivados os direitos sociais.

Dessa maneira, o Judiciário se torna a *persona* principal nesses conflitos e, erroneamente, a única capaz de equilibrar vontades e dirimir conflitos. Diz-se de maneira errônea, pois, não obstante, o artigo 5º da CF/88 prescrever que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”, não significa afirmar que, seria essa, portanto, primeira e única alternativa mais adequada a ser tomada. Tampouco a mais célere, inclusive considerando que a própria Carta dispõe de alternativas para ponderação de interesses públicos e particulares sem submissão jurisdicional.

O direito social à saúde, além de estar no rol de incisos do artigo 5º, da CF/88, e previsto em outros artigos da nossa Carta, é atribuído a ele, também, a qualidade de direito fundamental. E fundamental é tudo aquilo de caráter primordial, determinante e indispensável, bem como algo que serve como 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:

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. (LEMOS, 2016, p. 5).

A doutrina classifica esses direitos fundamentais em gerações ou dimensões e é de responsabilidade do Estado garantir aos cidadãos a efetivação dos mesmos. É também responsabilidade do particular, ainda que numa porcentagem menor que a do primeiro, auxiliar a administração pública, que sozinha não consegue garantir essa efetividade, seja pela escassez de recursos financeiros ou por desarranjo na própria gestão. 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, buscam uma intervenção judicial mais ativa, chamada *judicialização*, cujo conceito e origem nos próximos parágrafos serão explorados.

Tendo em vista que as necessidades sociais mudam com o correr do tempo, obrigando o Estado a se adaptar e buscar criatividade para implementação dos meios adequados para execução e garantia dos direitos essenciais aos particulares. É necessário que a figura dele, representada pela a Administração Pública não perca a capacidade de coordenação econômica. E sobre esta José Eduardo Faria faz uma interessante reflexão acerca de como ela deveria ser:

[...] quanto mais o Estado perde 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; [...] Evidentemente, os governos nacionais não desconhecem expectativas e frustrações sociais. Carecem, no entanto, de condições políticas, instrumentários suficientes para atendê-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. (FARIA, 2017, p. 59).

Não há um consenso entre os doutrinadores quanto a origem deste 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 ao Estado, por meio 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 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. (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 18)

De fato, levando-se em conta todas as fontes doutrinárias, de acordo com Cristiane Rêgo, os registros da existência da *judicialização* datam do século XIX, e, de lá para cá, o tema vem sendo paulatinamente abordado e transformado, principalmente na atualidade (RÊGO, 2014, p. 10). Ainda que, cediço seja para análise do surgimento da *judicialização* e dos demais aspectos a ela referentes, deve-se compreender uma antiga dúvida que se alastra pela filosofia, acerca do ato de governar: “[...] dos que governam respeitando as leis ou aqueles em que existem boas leis porque os governantes são sábios?” (BOBBIO, 2017, p. 236-237). Bobbio nos afirma que, na época de Platão, este já os chamava 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 (PLATÃO apud BOBBIO, 2017, p. 234-235, grifo nosso).

Bobbio ratifica que, para o filósofo Aristóteles, acerca da relevância do *homem régio* para a administração pública, “[...] a lei jamais poderá prescrever com precisão o que é melhor e mais justo para todos, compreendendo aquilo que é mais conveniente [...]”, pois o entendimento desse deve contar bem mais que a lei (ARISTÓTELES apud BOBBIO, 2017, p. 235-236). Mais adiante o doutrinador ilustra a união dos pensamentos de ambos filósofos gregos e afirma que:

[...] 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 (BOBBIO, 2017, p. 235-237).

Assim, sob o intenso debate da importância da lei e consequente intervenção do Estado na vida do ser humano, passa-se analisar melhor historicamente a *judicialização* como fenômeno social. Foi após Segunda Guerra Mundial que se intensificaram os estudos sobre e a aplicação da mesma. E isso se deve às diversas mudanças sociais e principalmente políticas, sendo a redemocratização dos países europeus e o surgimento de um novo pensamento acerca do direito constitucional, eventos relevantes no que diz respeito à organização dos Estados.

Como dito alhures, Montesquieu ao formular a teoria da separação dos poderes, a qual serviu como base aos chamados Estados de Direito, cuja estrutura se dividiria na existência de três grandes Poderes: o Poder Executivo, o que administra a res pública, declara a guerra ou a paz, celebra tratados internacionais e estabelece 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 a estas leis e julga as querelas. E, portanto, 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 sob a intervenção do Estado, de modo que o cuidado do Poder Legislativo para

com o povo tornou-se de grande valia. Retomada a chamada *doutrina dos limites da função do direito*, por um dos maiores defensores dessa forma de Estado, Friederich von Hayek, sob suas considerações, entende-se 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” (HAYEK, *apud* BOBBIO, 2017, p. 246).

Entretanto, com o surgimento do Estado Social e os direitos de segunda dimensão², como a saúde, educação, previdência social e direitos trabalhistas, buscou-se efetivar a igualdade entre as pessoas que viviam sob o cuidado de determinado Estado, que passou a ser intervencionista e ativo perante a sociedade. É neste 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). (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

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:

[...] Na medida em que, ao lado das decisões que afetavam uns poucos indivíduos, passaram a haver decisões que afetavam grupos sociais

²Entende-se aqui os direitos de segunda dimensão, os de acordo com o raciocínio do pensamento jurídico desenvolvido por Paulo Bonavides e a declaração da história dos direitos humanos. 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.

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. (SANTOS, MARQUES, PEDROSO, 1993, p.4-5).

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 Rêgo como um “[...] processo marcado pela integração econômica e social entre os diversos países do mundo e seus respectivos povos.” (RÊGO, 2014, p. 13-14). E, portanto, nesse momento histórico, Campilongo assevera que o Judiciário assume um papel absolutamente fundamental, ou seja:

[...] 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. [...] 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 (CAMPILONGO, 1994, p. 125).

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 como bem nos ratifica Humberto Ávila em seu livro *Teoria dos Princípios* (2009). E com a aplicação desses melhor a abrangência dos direitos fundamentais estampados na carta magna, resultando em normas constitucionais mais vinculantes. Neste mesmo sentido, Daniel Sarmento desenvolve seu raciocínio:

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 contribuíram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. Este fenômeno de expansão da jurisdição constitucional e do seu papel político-social tem sido denominado de judicialização da política. (SARMENTO, 2012, p. 23, grifo nosso).

Consagrou-se, dessa maneira, um amplo acesso à justiça, levando ao conhecimento de magistrados e construtores do direito diversos assuntos, dentre os quais se destacam os de cunho político. Isto é, aqueles que demandam dos Poderes Legislativo e Executivo, maior atenção e

aplicabilidade dos direitos constitucionais, como a criação de normas específicas para determinado assunto e em efetivar tais direitos, por meio de políticas públicas:

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 (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 uma hermenêutica mais humana, garantindo que os direitos fundamentais das pessoas passassem a serem protegidos, como a saúde, por exemplo, que passara a ter um valor mais relevante nas decisões judiciais, resultando em interpretações que vão além da aplicação da lei positiva ao fato.

A interpretação conforme a Constituição é vista como um auxílio na escolha do melhor sentido para o texto legal, qual seja, aquele compatível com o seu corpo normativo, suprimindo as variantes conflitivas. Nesse mesmo sentido, 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.” (RAMOS, 2020, p. 120).

Ocorre que, por vezes, aqueles a quem se confia a guarda das leis acaba por prejudicá-la e se tornam os *maiores ladrões*. Como mesmo os chama Pe. Antônio Vieira em obra atribuída a ele, por Lima Barreto, *Arte de furtar* (1652), “[...] os maiores ladrões são os que têm por ofício livrar-nos de outros ladrões [...]”. Por comparação literária à realidade jurídica do país, o judiciário é invocado quase sempre a se manifestar sobre a eficácia de determinada norma jurídica e sobre a sua efetividade (BARRETO, 2020, p. 11)³. Sendo um fenômeno relativamente atual, assim como seu surgimento, a judicialização também não tem um conceito sólido entre os doutrinadores, mas, em poucas palavras, Luís Roberto Barroso a define bem:

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

³ 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.

linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009, p.3).

Por essa razão, após o advento da CF/88 com a redescoberta dos valores da cidadania e democracia, juízes e tribunais passaram a desempenhar papéis ativos na fiscalização do cumprimento das normas e da sua efetivação, com vistas a preservar os direitos. Contudo, é necessário verificar quando a judicialização corresponde a um direito subjetivo do indivíduo, exercida nos ditames legais e em respeito à separação dos poderes, e quando ela cruza a linha do equilíbrio do Estado. E, portanto, ratifica-se a importância desse tema e a pesquisa feita sobre o mesmo.

Com base na história do sistema de saúde do país, compreende-se o processo de crescimento das demandas judiciais que temos nos dias atuais com relação aos mais diversos tratamentos de saúde. Os primeiros relatos sobre primórdios de um sistema brasileiro de saúde dataria da época da chegada dos portugueses em terras tupiniquins. 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 morreram 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. (MAGALHÃES, 2020).

As fases, pelas quais passou o sistema de saúde no país, pode-se observar notáveis evoluções quanto a garantia do direito à saúde na história do Brasil. Desde a criação da primeira Santa Casa de Misericórdia, construída aqui em 1543, passando pela institucionalização da Faculdade de Medicina da Bahia, a FAMEB, em 1808, bem como a criação de órgãos fiscalizadores, por Dom Pedro II. Esta última ação se comparada a nossa atual Carta Magna, muito se assemelha ao tratamento dado quanto ao poder de legislar sobre o tema, além da competência comum para cuidar e fiscalizar a saúde pública, atribuindo está também aos Municípios. E outras tantas fases como a criação da denominada “Lei Elói Chaves” no ano de 1923⁴, que foi a primeira lei a garantir, de fato, acesso à saúde para as pessoas de baixa renda por meio das Caixas de Aposentadoria e Pensão, doravante CAP⁵.

⁴ No ano de 1918 o país fora devastado após a pandemia da chamada “gripe espanhola”, 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 hospitais e locais apropriados para seu tratamento de modo gratuito. Só então, com a pandemia, diversos leitos foram improvisados para atender a grande demanda.

⁵ As CAP previam assistência previdenciária e sanitária aos trabalhadores e suas famílias, e eram administradas por grandes empresas que podiam subsidiar tais benefícios.

Não obstante a essas conquistas históricas do direito à saúde, tal garantia era, em sua maioria, acessível apenas ao indivíduo com condições financeiras suficientes para arcar com tratamentos particulares. Aos trabalhadores informais e aqueles que não estavam em empresas de grande capital econômico não era oferecido o mesmo tratamento, os quais se sujeitavam à ajuda das Santa Casas, de projetos filantrópicos e das esporádicas ações governamentais.

Com a ascensão de Getúlio Vargas à presidência em 1930 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 Pública. 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 (BRASIL, 2017).

As CAP, de categorias profissionais afins, foram substituídas pelo Instituto de Aposentadorias e Pensões –IAP, que compartilhava a responsabilidade das empresas pela assistência à saúde com sindicatos, e com parcial financiamento dos governos. No final da década de 1960, fora criado um novo instituto para substituir o IAP, o conhecido Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, que tinha por mecanismo a 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 - INAMPS.

Dessa forma, com o grande aumento das demandas sanitárias na esfera pública e com a deficiência nos atendimentos, a assistência de saúde privada se destacou no país. Enquanto os hospitais privados cresciam, os públicos padeciam com a falta de investimentos. Posteriormente 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 pública.

OS IMPACTOS ECONÔMICOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

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 progressivos⁶.

Pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 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 (BRASIL, 2017/2018)⁷.

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. No artigo A judicialização do direito social à saúde à luz dos 25 anos da Constituição Federal de 1988: Soluções paliativas até quando? esclarecem Bernardo Gonçalves Fernandes e Ingrid Cunha Dantas:

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

⁶ Nesse sentido, o artigo 6º, em seu *caput*, prevê como 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. A Constituição ainda traz em sua Seção II, em seu artigo 196, 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, ou seja, 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. (BRASIL, 1988).

⁷ 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.

constitucionalmente a tais direitos, ensejou uma crescente adjudicação de demandas envolvendo a entrega de medicamentos e concessões de serviços médicos (FERNANDES, e DANTAS, 2013, p. 2)

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, por fim, a um Sistema Único de Saúde – SUS, criado com o advento da Constituição Democrática de 1988. No entanto, levando em conta o grande número populacional brasileiro e a qualidade da infraestrutura nacional oferecida, sabe-se que a saúde demanda atuação conjunta e harmônica de todos os poderes, tendo em vista sua complexidade e imprescindibilidade para promoção de uma vida digna. Em razão disso se questiona, portanto, o fenômeno da judicialização da saúde e da quantidade de processos, nos quais são acionados direitos e garantias que já deveriam ser abrangidos por dois desses poderes para não sobrecarregar a máquina jurisdicional, afastando valores que poderiam ser implementados de maneira mais eficaz com políticas públicas.

Para Flávia Santiago Lima, a judicialização é um fenômeno que ocorre quando as regras e os aspectos jurídicos procedimentais e discursivos permeiam quase todos os aspectos da vida (LIMA, 2014, p. 141), por exemplo, o STF, como órgão representativo do Poder Judiciário, participa ativamente das definições de regras que influenciam na vida e na dignidade das pessoas, por consequência a saúde não seria um tema excluído de suas pautas. Com a evolução da sociedade nos mais diversos sentidos, a escala de demandas judiciais em busca de provimento de medicamentos e tratamentos começou a despontar no país.

A fragilidade do legislativo foi gradativamente 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. Nesse sentido, o professor mestre Luciano Tertuliano da Silva escreve:

O desvirtuamento da retórica 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 para, voluntária e deliberadamente, nortear bens e serviços do

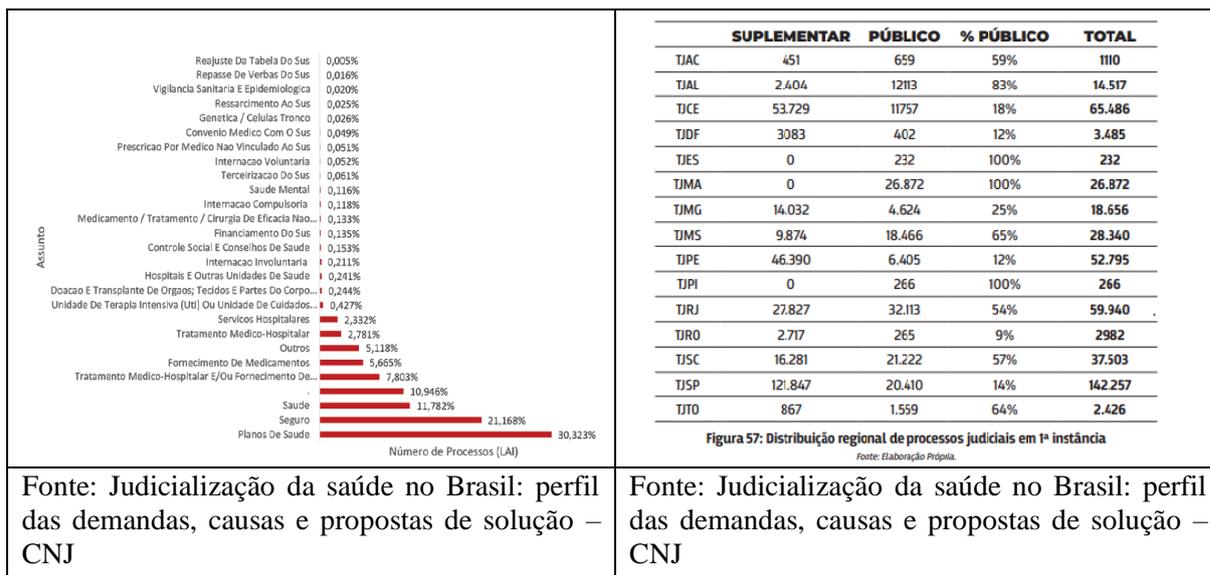
povo à realização de interesses privados travestidos de públicos (SILVA, 2017, p. 25-26).

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 ocorre inexoravelmente.

A judicialização da saúde é um tema sensível e complicado de se discutir, já que as demandas quase sempre partindo das esferas públicas e privadas pleiteiam a antecipação de tutelas dentre outras liminares para, principalmente, terem acesso mais rápido, conseguirem medicamentos ou tratamentos que não são cobertos pelo SUS, nem pelo rol de procedimentos da ANS (referente aos planos de saúde). Nesse contexto, vários questionamentos ficam em aberto e são amplamente discutíveis, e quer se destacar aqui, como a judicialização impacta economicamente no Estado e na saúde suplementar, bem como de qual seria o limite entre o direito e a vinculação contratual entre as partes em um plano de saúde.

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, e sobre o qual se baseiam os dados aqui trazidos. Dos que foram retirados do estudo Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, do CNJ, entende-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. Ressalta-se que o crescimento se dá pelo fato das demandas serem 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 dispõe de grande parte das ações relacionadas ao direito sanitário, segundo o que traduz as tabelas divulgadas segundo o estudo do CNJ.

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



Os números são impactantes tanto na esfera pública quanto na privada. Os aumentos significativos de gastos com 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. As empresas prestadoras de serviços de planos de saúde também sofrem 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 ANS, 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, resultando na inadimplência e no rompimento desses contratos, acarretando dificuldades financeiras das prestadoras de saúde. 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 STF reconheceu como tema de repercussão geral a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS, no Recurso Extraordinário nº 566471. 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 (STF, 2020, *on-line*).

Seguindo o voto do relator, o Ministro Alexandre de Moraes manifestou da seguinte maneira acerca do excesso de judicialização da saúde, ele entende que ela “[...] 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 “[...]. E ainda complementou em seu voto de que “[...] não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada” (STF, 2020, *on-line*).

Com o intuito de conscientizar sobre os orçamentos destinados às decisões judiciais, o estudo realizado pelo CNJ em parceria com o INSPER, levanta algumas sugestões para que sejam diminuídos os gastos e os impactos financeiros com relação às demandas sanitárias. Dentre elas quer-se destacar três. A primeira diz respeito a formação de nível especialista dos magistrados, no que concerne à saúde, para que sejam analisados os processos de maneira mais técnica e racional, minimizando o peso dos princípios constitucionais da dignidade humana e do acesso à saúde, por exemplo. Tais aspectos devem ser analisados, 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.

A segunda sugestão seria a criação de varas especializadas em saúde, que indo ao encontro da justificativa da primeira, aplicar-se-ia a segunda, pois para ter varas especializadas espera-se magistrados entendidos no tema. Com juízes devidamente especializados para julgar os processos sanitários, além de contemplar o princípio do acesso à saúde, também seriam guardados os princípios da 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 contemplados os anseios da sociedade e melhor organizados os orçamentos dentro do judiciário. A terceira sugestão proposta é no tocante aos cuidados pré-processuais. Isto é, ações realizadas pelo Estado e pelas empresas privadas com a intenção de evitar que os conflitos sejam dirimidos pelos tribunais.

Sugere-se que o Estado deveria investir em ações informativas de incentivo às práticas de mediação de conflitos, antes desses se desenrolem nos tribunais. A mediação também 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 evitando conflitos longos, desgastantes e onerosos para autores e demandados.

Diante do que tudo foi demonstrado vale dizer ainda que de nada adianta implantar sistemas diferenciados, se não existir uniformidade decisória. Sabe-se que a saúde é um assunto de interesse *uno e poli* social, desta forma, há de se concordar que o interesse público deve ser um norte, já que jurisprudencialmente falando, quando se abrem exceções para um, a tendência é de aumentar a busca dos demais. E, portanto, com a busca desta homogeneidade decisiva, alguns julgados têm se destacado, tanto 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.

Levando em conta estas decisões, é esclarecedor dizer que o que foi citado anteriormente, é uma realidade. Os entendimentos sobre os mais diversos assuntos mudam de acordo com a evolução, ou bem como 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.

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 benéfica ou se é maléfica. Outrossim, o intuito deste trabalho é esclarecer que é um fenômeno existente. O cidadão de baixa renda que procura o remédio devidamente regulamentado merece tê-lo. Se não o encontra 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, entende-se que para que sejam diminuídos os impactos negativos causados por este fenômeno, é fundamental que sejam praticadas as ações tratadas quais sejam: a especialização dos magistrados; a criação de varas especializadas em saúde e a 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” (HOBBS, 1983).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

BARRETO, Afonso Henrique de Lima. *Os Bruzundangas*. Clube da Literatura Clássica, 2020, p. 11.

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.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. Ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores.

LEMO, 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.