

**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL (PPGD)**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DAS
PERCEPÇÕES DE JUÍZES FEDERAIS E ESTADUAIS
ATUANTES EM FORTALEZA-CE**

Beatriz Randal Pompeu Mota

Fortaleza – CE
Agosto, 2017

BEATRIZ RANDAL POMPEU MOTA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DAS
PERCEPÇÕES DE JUÍZES FEDERAIS E ESTADUAIS
ATUANTES EM FORTALEZA-CE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias

Fortaleza – Ceará
2017

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Mota, Beatriz Randal Pompeu.

Judicialização da saúde: Análise a partir das percepções de juízes federais e estaduais atuantes em Fortaleza-CE / Beatriz Randal Pompeu Mota. - 2017
144 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017.

Orientação: Eduardo Rocha Dias.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Poder Judiciário. 4. Análise econômica. I. Dias, Eduardo Rocha. II. Título.

BEATRIZ RANDAL POMPEU MOTA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DAS
PERCEPÇÕES DE JUÍZES FEDERAIS E ESTADUAIS
ATUANTES EM FORTALEZA-CE.**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias (Orientador)

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. André Studart Leitão
Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS

Dissertação aprovada em:

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da minha vida. À Nossa Senhora, por ser a mãe que cuida dos filhos, que vai abrindo os caminhos.

Aos meus pais, Luiz Fernando Mota e Jovânia Mota, pelo incentivo, pelo carinho e pelo amor. Obrigada por sempre lutarem pelos meus sonhos. Ao meu irmão João Luiz Mota, pelo companheirismo e pelo auxílio nos momentos de elaboração deste trabalho.

Aos meus avós, João Pompeu, Rita Pompeu, Gonzaga Mota e Mirian Mota, por serei exemplo para toda família. Ao Emanuel Bezerra pelo apoio e por sempre me incentivar a dar o melhor de mim.

Ao Professor Eduardo Rocha Dias pela orientação de excelência, dedicação e colaboração nesta dissertação. Obrigada professor pelos ensinamentos que me auxiliaram na elaboração deste trabalho e por todos os demais que levarei para minha vida acadêmica.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – PPGD Unifor, em especial, à Professora Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu, pela dedicação na coordenação do programa e pelo incentivo à pesquisa.

Aos Professores Doutores Gustavo Raposo e André Studart pela aceitação em participar da banca de defesa desta dissertação.

A todos os funcionários vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Nadja, Márcio, Ana e Waldenizya, pelo esforço, dedicação e ajuda.

As minhas primas e também colegas de mestrado Yannie Mota e Inês Mota, pela amizade e pelo companheirismo nesta jornada.

Por fim, aos meus amigos, por estarem sempre presentes, vibrando por cada conquista desde a graduação. Obrigada, Beatriz Brito, Joana Bezerra, Júlia d'Alge, Liana Monteiro, Paula Monteiro e Rafael Alencar.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo geral examinar a problemática da judicialização da saúde no Brasil, abordando as consequências que esta pode acarretar no sistema de saúde público e privado brasileiro. Para isso, apresenta-se, de início, uma visão panorâmica sobre a proteção dada pelo ordenamento jurídico ao direito à saúde, expondo as principais normas assecuratórias desse último. Importante, também, destacar os órgãos responsáveis pela fiscalização do direito à saúde. Além disso, expõem-se pontos sobre a prestação dos serviços de assistência médico-hospitalar no Brasil, explorando tanto o âmbito público, cuja competência reside no Sistema Único de Saúde, quanto a seara privada de responsabilidade das operadoras e seguradas de saúde. Posteriormente, aborda-se o aumento do número de demandas envolvendo direito à saúde no Brasil, a fim de que se possam examinar, a partir de teorias econômicas, como a da seleção adversa e a do risco moral, as consequências que a excessiva intervenção judicial pode acarretar ao sistema de saúde brasileiro, seja o público ou o privado. O estudo sobre a judicialização leva em consideração o perfil dos Magistrados Estaduais e Federais atuantes em Fortaleza. A percepção de tais Juízes foi obtida por intermédio de questionários aplicados aos mesmos, bem como exame de sentenças proferidas. O estudo analisou as decisões proferidas a partir dos julgados disponibilizados pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A partir dos dados obtidos, pôde-se examinar a forma como os magistrados enfrentam litígios envolvendo direito à saúde, bem como os principais argumentos utilizados para conceder ou negar pedido de assistência médica. Por fim, o trabalho também dispõe sobre possíveis alternativas que podem ser usadas para combater o fenômeno da judicialização da saúde, discorrendo sobre a forma como tais mecanismos podem ser utilizados para diminuir as consequências negativas da intervenção judicial. Tem-se como exemplo o uso da mediação, assim como a criação dos Núcleos de Apoio Técnico junto aos Tribunais de Justiça do país. No que se refere à metodologia, realizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, vez que a investigação foi embasada em trabalhos publicados sob diversas formas, em especial, livros, dados oficiais e artigos científicos. Além disso, a dissertação também envolve pesquisa do tipo quantitativa em face do exame das decisões proferidas pelos Magistrados Estaduais de Fortaleza sobre direito à saúde, bem como as respostas obtidas pela aplicação de questionário aos Juízes Federais.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Poder Judiciário. Análise Econômica.

ABSTRACT

The present dissertation, in its general objective, the purpose to examine the problem of health judicialization in Brazil, approaching the possible consequences of this problem in the public and private health system. For this, is presented, in the beginning, a vision about the protection that is given by the legal order to the right of health and its mainly standards. Also important to highlight the agencies responsible for the supervision of the right of health. Furthermore, are exposed the main points about the Medical services in Brazil, exploring both the public sphere, whose competence resides in the SUS (Unified Health System), and the private sector which responsibility resides in the health operators. Afterwards, it will be approached the number of demands involving the right of health in order to examine, through economic theories, as adverse selection and moral risk, the possible consequences of the excess of judicial intervention in the Brazilian health system, both public and private. The perception of these judges was taken by applied questionnaires, as well as the examination of the judgments handed down. The study analyzed the decisions made from the judgments made available by the electronic website of the Court of Justice of the State of Ceará. From the data obtained, it was possible to examine the way that judges face litigation involving the right of health, as well as the main arguments used to grant or deny a request for medical care. Lastly, the work brings some possible alternatives that could be used to fight back the phenomenon of the judicialization of health, as well as the way these mechanisms could be used to diminish the negatives consequences of the judicial intervention. One example is the use of mediation, as well as the creation of Technical Support Centers in the Courts of Justice. In terms of methodology, research was done on a bibliographical type, since that the investigation was based on published works in different forms, in particular, books, official data and scientific articles. Furthermore, the dissertation also involves quantitative search in terms of handed down decisions by the State Magistrates of Fortaleza toward the right of health, as well as the answers obtained by the application of questionnaire to the Federal Judges.

KEYWORDS: Right of health. Judicialization of health. Judiciary. Economic Analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	12
1.1 A saúde como um direito fundamental	12
1.1.1 Teoria dos direitos fundamentais	13
1.1.2 A multifuncionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais	17
1.1.3 Fundamentalidade dos direitos sociais	21
1.1.4 Aplicação dos direitos fundamentais sociais e o princípio da reserva do possível	23
1.1.5 Direito fundamental à saúde	26
1.2 Organização jurídica sobre Direito à saúde	28
1.2.1 A saúde como direito internacionalmente protegido	28
1.2.2 Tratamento dado pela Constituição Federal de 1988	32
1.2.3 Evolução da legislação infraconstitucional sobre direito à saúde	35
1.3 Organização dos serviços de saúde no Brasil	40
1.3.1 Saúde pública	40
1.3.2 Saúde complementar	44
1.3.3 Saúde suplementar	47
2 INTERVENÇÃO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA	52
2.1 A judicialização da saúde	52
2.1.1 Controle judicial das políticas públicas de saúde	53
2.1.2 Controle judicial na atividade econômica das operadoras e seguradoras de saúde	59
2.2 Análise econômica da judicialização da saúde	64
2.2.1 Teoria dos contratos e eficiência econômica	65
2.2.2 Custos de transação, externalidades e assimetria de informações	67
2.2.3 Consequências da judicialização nos serviços de saúde	72
2.3 Exame de dados	75
2.3.1 Justiça Estadual Varas Cíveis	76
2.3.2 Justiça Estadual Varas da Fazenda Pública	81
2.3.3 Justiça Federal	84

3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	90
3.1 A mediação como alternativa à judicialização	90
3.1.1 A mediação e o acesso à ordem jurídica	91
3.1.2 Tratamento jurídico dado pela Lei nº 13.140/15 e pelo Novo Código de Processo Civil	93
3.2 Uso da mediação em demandas envolvendo saúde	98
3.2.1 Núcleo de Apoio Técnico	99
3.2.2 Notificação de Intermediação Preliminar	104
3.3 Alternativas à judicialização no âmbito da saúde pública	108
3.3.1 Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo	109
3.3.2 Orçamento participativo	113
3.3.3 Uso de ações coletivas para assegurar o direito à saúde	116
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	125
ANEXOS	135
ANEXO A	136

INTRODUÇÃO

A criação de uma estrutura básica de atendimento às demandas de saúde pública somente pôde ser visualizada no Brasil a partir da década de 1930, com a criação dos chamados Institutos de Previdência – IAPs – responsáveis pelo fornecimento de serviços de saúde para profissionais de determinadas categorias. Além disso, no referido período houve a substituição do Departamento Nacional de Saúde Pública pelo Ministério da Educação e Saúde Pública. Durante o regime militar, os IAPs foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS –, e, associado a este, atuava o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência, além da Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, de modo que todos os trabalhadores urbanos, portadores de carteira assinada, eram contribuintes e beneficiários da rede pública de saúde.

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde apresenta-se como um direito social universal, conforme se observa no artigo 6º. Além disso, a saúde passou a ter uma seção específica no texto constitucional, localizada a partir do artigo 196. A atual estrutura do sistema de saúde no Brasil pode ser visualizada a partir de três perspectivas: a primeira diz respeito ao sistema de saúde público cuja competência é do Estado, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS; a segunda ocorre pela atuação em conjunto do Poder Público e de particulares, consubstanciando na chamada saúde complementar; a terceira, por sua vez, caracteriza-se pelo fornecimento exclusivo por parte da iniciativa privada, destacando, a intervenção no Estado no que se refere à fiscalização.

Contudo, uma das consequências da expansão dos serviços de saúde foi o aumento do número de demandas judiciais requerendo a concretização deste direito, de forma que não são raras as situações em que os magistrados, por exemplo, determinam compulsoriamente que os gestores públicos forneçam medicamentos ou tratamentos específicos ao requerente. Cenário semelhante se observa no âmbito dos serviços de saúde prestados pela iniciativa privada, vez que é comum o ingresso no Poder Judiciário com ação contra as operadoras de planos e seguros de saúde. Tal elevação da quantidade de processos configura a chamada judicialização. Por tais razões, faz-se necessário analisar a maneira como ocorre a intervenção

judicial nos processos envolvendo direito à saúde, a fim de observar eventuais impactos que possam ocorrer no sistema de prestação de serviços de saúde.

O direito à saúde no Brasil foi consagrado como um direito social, de modo que não é possível se fazer uma análise dessa garantia com base apenas no indivíduo. Outrossim, questões relacionadas com a capacidade financeira devem ser ressaltadas, seja na esfera pública ou na privada do fornecimento dos serviços, visto que, diante da escassez dos recursos, não é possível assegurar toda e qualquer prestação requerida. Demanda-se, portanto, que sejam feitas escolhas a partir da real necessidade da sociedade.

Desse modo, a presente dissertação tem por objetivo geral identificar e analisar a percepção dos Magistrados Estaduais e Federais da cidade de Fortaleza sobre as demandas envolvendo direito à saúde. Dentre os objetivos específicos, este trabalho busca apresentar a estrutura e o funcionamento do serviço de saúde no Brasil, expor eventuais consequências que a intervenção judicial pode conduzir no sistema de saúde público e privado e discutir possíveis alternativas para o combate à judicialização da saúde.

No primeiro capítulo será abordado o direito à saúde no Brasil. Para tanto, faz-se importante expor, inicialmente, sobre a fundamentalidade dos direitos sociais sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. A compreensão tida hoje dos direitos fundamentais decorre de um processo evolutivo complexo. O reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais se apresentam, atualmente, como alicerces das Constituições Democráticas. No Brasil não é diferente, após o regime militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consagrou-se um rol extensivo de direitos fundamentais dos indivíduos que devem ser respeitados e assegurados pelo Estado.

Todavia, o direito à saúde não se encontra tipificado no rol de direitos fundamentais, e sim no âmbito dos direitos sociais, de modo que, faz-se mister expor sobre a teoria da fundamentalidade dos direitos sociais, que pode ser observada a partir de duas óticas: a primeira, chamada de formal, decorre da posição em que a norma se encontra no ordenamento jurídico; já a segunda, fundamentalidade material, perfaz-se com base no conteúdo trazido pela norma em exame.

Após a análise feita sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e, conseqüentemente, do direito à saúde, haja vista ser este um direito social, analisar-se-á o direito à saúde segundo sua organização, abordando as principais normas referentes ao assunto, iniciando a partir das

Constituições Federais, seguindo para o exame no âmbito internacional e, por fim, serão expostas as Leis Infraconstitucionais que tratam do tema. Paralelo à organização jurídica, será apresentada a organização da estrutura do serviço de saúde no Brasil. Sabe-se que este pode ser fornecido tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada, dessa forma, cabe fazer as ressalvas no tocante ao modo como ocorre a prestação a depender da seara de atuação.

O segundo capítulo tratará sobre a intervenção judicial e os eventuais impactos que esta atuação pode ocasionar nos serviços de saúde público e privado e, para abordar tal tema, é necessário expor sobre judicialização. O número de demandas envolvendo direito à saúde nos últimos anos é crescente, de modo que é necessário indagar se a interferência de magistrados apresenta-se como um ponto positivo ou negativo. Em uma primeira análise, pode-se entender que o Poder Judiciário, ao sentenciar no âmbito da saúde, garante o acesso ao indivíduo do serviço que está sendo requerido, porém, não é certo que o exame seja feito apenas na ótica individual, visto que a saúde, por ser um direito social, deve ser garantido a todos de forma isonômica.

Sendo assim, não considerando as perspectivas sociais que a decisão pode acarretar, o juiz acaba por prejudicar o sistema como um todo. Por essa razão, neste trabalho o exame da judicialização da saúde será feito apoiado na análise econômica do direito, trazendo teorias da economia para fomentar a pesquisa. Além disso, examinar-se-á o problema a partir da concepção dos Juízes Estaduais e Federais atuantes em Fortaleza sobre direito à saúde e, para traçar o perfil de tais magistrados, analisa-se, no âmbito dos Juízes Estaduais das Varas Cíveis, todas as sentenças terminativas de mérito proferidas no ano de 2016.

A pesquisa tomou por base as sentenças publicadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Foram utilizados filtros para restringir a abrangência da consulta, usando as opções “Plano de Saúde” para assunto e o período entre 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016 para fins de data. No total, foram localizadas 126 sentenças, cada uma foi analisada e foram separadas aquelas cujo litígio aborda questões envolvendo operadora de saúde e o usuário do serviço.

Destaca-se que, desses 126 processos, 34 não se enquadram no objeto da pesquisa, vez que em alguns dos casos a demanda envolve plano de saúde de servidores públicos, como o Instituto de Previdência do Município de Fortaleza, bem como há sentenças que julgam embargos de declaração e não o mérito do processo. Feito o recorte da pesquisa, examinaram-

se as decisões proferidas, bem como o contexto processual em que estão inseridas, ou seja, além das sentenças, analisou-se a petição inicial, contestação e eventual decisão interlocutória. A finalidade da pesquisa consiste em compreender a sistemática de processos envolvendo direito à saúde. Os dados obtidos foram catalogados em planilha para facilitar posterior abordagem. Estudo semelhante foi feito na seara das Varas da Fazenda Pública.

Para traçar o perfil dos magistrados, também foram analisadas decisões proferidas pelos mesmos. O exame se deu a partir de sentenças disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Para fins de recorte da pesquisa, usaram-se os filtros disponíveis para consulta dos julgados. Selecionou-se, de início, a opção “saúde” para o filtro assunto e, em relação à data, usou-se o período entre 1º de junho de 2016 a 1º de maio de 2017.

Além disso, a pesquisa foi feita individualmente para cada juiz em exercício. A partir da lista de produtividade dos magistrados, disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Ceará, observaram-se os Juízes atuantes na área da Fazenda Pública, e, de acordo com essa lista, constatou-se que existem 16 juízes em exercício. Posteriormente, já no sítio relacionado com a consulta de julgados, buscaram-se as sentenças proferidas por cada um dos magistrados, usando os filtros conforme já explicado. Para cada juiz foram examinadas 5 decisões de mérito, e no total foram analisadas 60 sentenças, vez que para 3 magistrados não foram encontrados resultados e para 1 deles não há decisão com exame do mérito.

Da mesma forma como se procedeu no âmbito da pesquisa com os Juízes das Varas Cíveis, para as sentenças relativas à Fazenda Pública o estudo não se restringiu apenas ao exame das decisões, buscou-se compreender também a sistemática do processo, de modo que foram analisadas as petições iniciais, contestações e eventuais decisões interlocutórias. Ao fim, os dados obtidos foram catalogados em uma planilha para facilitar posterior exame.

Já em relação aos Juízes Federais atuantes em Fortaleza, foram aplicados questionários durante o ano de 2016, obtendo a resposta de 8 Varas, o que corresponde a 50% do universo em questão. Desse modo, foi possível compreender melhor as posições dos juízes quando o tema envolve direito à saúde. Importante destacar que o questionário foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa envolvendo seres humanos da Universidade de Fortaleza. Ressalta-se, também, que os Magistrados participantes da pesquisa assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido em duas vias. Os dados obtidos com as respostas dos questionários foram arquivados em planilha.

Cabe salientar que o objetivo inicial do estudo era que os questionários fossem aplicados a todos os Juízes Estaduais e Federais de Fortaleza com competência para julgar causas sobre direito à saúde. Contudo, no âmbito da Justiça Estadual não foi possível, vez que poucos magistrados se dispuseram a participar. No âmbito das Varas da Fazenda Pública, só se obteve a resposta de 4 Varas, apesar da existência de 15. Outrossim, destaca-se a entrevista realizada com a Juíza Titular da 22ª Unidade do Juizado Especial de Fortaleza.

O último capítulo da presente dissertação abordará possíveis soluções para reduzir a judicialização da saúde. Alternativas como métodos de solução consensual de conflitos, bem como o uso de ações coletivas para pleitear demandas envolvendo direito à saúde podem ser vistas como opções a serem utilizadas. Resta, contudo, saber quais são os benefícios que tais meios podem trazer na prática. Por tal razão, o estudo buscará expor os principais objetivos dos referidos mecanismos, de modo a facilitar a sua compreensão.

No que se refere à metodologia, o estudo envolveu pesquisa do tipo bibliográfico e documental, uma vez que a investigação foi realizada e embasada em trabalhos publicados sob diversas formas, quais sejam, livros, artigos científicos de periódicos nacionais e internacionais, legislação pátria e dados oficiais. Além disso, o trabalho envolveu pesquisa do tipo quantitativa em razão do exame das decisões judiciais proferidas pelos Juízes Estaduais de Fortaleza atuantes nas Varas Cíveis e da Fazenda Pública, bem como em função da aplicação dos questionários aos Juízes Federais. Diz-se, por fim, que o presente estudo apresenta cunho descritivo e exploratório, vez que busca expor, explicar e descrever sobre a judicialização da saúde no Brasil a partir da atuação dos magistrados competentes para julgar referido tema.

1 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde, compreendido como um dos direitos sociais, está diretamente vinculado à tutela da vida e da dignidade do indivíduo, apresentando, nessa ótica, uma vertente de direito com dimensão subjetiva. Em linhas similares, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 271.286-RS, que o direito público subjetivo à saúde corresponde a uma garantia jurídica indispensável, que deve ser proporcionada de forma indistinta a todas as pessoas.

Tratando-se da dimensão objetiva do direito à saúde, essa se configura a partir do momento em que se impõe ao Poder Público a obrigação de editar normas garantidoras do referido direito, bem como determinar a criação de políticas públicas capazes de garantir a prestação dos serviços.

O direito à saúde está positivado na Constituição Federal de 1988, sendo considerado como um direito fundamental social. Disciplinado nos artigos 6º e 196 e seguintes do texto constitucional, o acesso à saúde é tido como um direito do indivíduo perante o Estado, cabendo a este, por intermédio de políticas públicas, assegurar a todos seu pleno usufruto. A assistência à saúde no Brasil ocorre, em maior grau, a partir do Sistema Único de Saúde – SUS – no qual o Estado é o protagonista na prestação dos serviços, mas a própria Constituição permite que a assistência médica também seja fornecida por particulares.

O primeiro capítulo do presente estudo iniciará abordando questões a respeito da eficácia do direito à saúde, levando em consideração as teorias desenvolvidas para os direitos fundamentais. Em seguida, será feita a análise das normas que regem o direito à saúde no âmbito internacional, constitucional e infraconstitucional. Por fim, o último subtópico tem como objetivo explicar a organização estrutural do serviço de saúde no Brasil.

1.1 A saúde como um direito fundamental

O início da reflexão sobre a eficácia do direito à saúde deve ser feito a partir da discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Para tanto, é necessário que sejam

elaboradas considerações a respeito da teoria dos direitos fundamentais, abordando questões conceituais e a evolução histórica da referida garantia. O estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais merece também destaque, pois o que se visa nessa primeira seção é a verificação das repercussões jurídicas quanto a posituação dos direitos sociais. O direito à saúde, compreendido como um direito social, tem a capacidade de influir no ordenamento jurídico e permite exigir, perante o Poder Público, a efetivação dessa garantia.

1.1.1 Teoria dos direitos fundamentais

A visão que hoje se tem sobre os direitos fundamentais é resultado de um processo histórico complexo. A compreensão sobre tais direitos mostra-se necessária, pois o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais são a base das Constituições Democráticas (CARVALHO NETTO, 2003, p. 141). De forma ilustrativa, citam-se como exemplos a Constituição Italiana – decorrente da resistência ao regime fascista – as Constituições Espanhola e Portuguesa – consequência do rompimento com os regimes de Franco e Salazar – e a Constituição Brasileira 1988 – resposta à Ditadura Militar (CAMBI, 2011, p. 32).

Revela-se importante delinear uma distinção entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Não raras vezes, tanto a doutrina quanto o próprio direito positivo utilizam-se dos referidos termos como sinônimos. Salienta-se, desde logo, que inexiste consenso na doutrina sobre o conceito de referidas expressões. O uso da terminologia “direitos do homem” refere-se aos direitos naturais ainda não positivados, cujo caráter é universal, podendo ser titularizado por qualquer ser humano (SARLET, 2011, p. 31). Norberto Bobbio (2004, p. 18-19) expõe que o conteúdo dos “direitos do homem” é caracterizado por uma variabilidade:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar [...] O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais, por sua vez, têm como característica a posituação. Contudo, enquanto aqueles estão previstos em normas do âmbito do direito internacional, estes consubstanciam-se nos textos constitucionais de um Estado. Diz-se, desse

modo, que a efetivação dos direitos humanos depende da cooperação entre Estados, enquanto que os direitos fundamentais são de aplicação restrita de um determinado Estado e são reconhecidos e assegurados pelas respectivas Constituições (SARLET, 2011, p. 34-35).

Analisando as esferas dos direitos fundamentais, tem-se a subjetiva e a objetiva. A primeira compreende que os direitos fundamentais se caracterizam pela tutela da liberdade, autonomia e segurança dos indivíduos, não só em relação ao Estado, mas também perante os demais cidadãos (LUÑO, 2007, p. 22). É a partir da compreensão subjetiva dos direitos fundamentais que se consubstancia a ideia de exigibilidade judicial, permitindo que o titular possa pleitear judicialmente que o Estado assegure e garanta o cumprimento dos direitos (XEREZ, 2014, p. 17). Nesse sentido Ingo Sarlet (2009, p. 154) aponta que:

Quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

Com efeito, não se pode afirmar que a ausência ou insuficiência de mecanismos jurídicos garantidores da concretização dos direitos fundamentais são capazes de reduzi-los a meras sugestões ao Poder Público. É fato que direitos de caráter econômico, social e cultural necessitam de políticas governamentais para sua efetivação, contudo a ação ineficiente do Estado não afasta a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Os direitos subjetivos se caracterizam não por sua realização forçada, mas pela devida atribuição a cada indivíduo dos bens da vida (CAMBI, 2011, p. 103-105).

Por outro lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é compreendida como a penetração dos valores constitucionais, estes entendidos como o suporte dos direitos fundamentais no sistema jurídico, condicionando a interpretação dos princípios e regras. Além disso, servem como balizas para a atuação do Poder Público (CAMBI, 2011, p. 106). Sendo assim, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais transformam-se em princípios com o objetivo de compor a estrutura básica do ordenamento jurídico, nesse sentido expõe Ingo Sarlet (2009, p. 144) que a esfera objetiva dos direitos fundamentais é vista pela doutrina como “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”. A dimensão objetiva fundamenta ainda a necessidade de edição de normas, criação de estruturas e procedimento visando efetivar os direitos.

O direito a algo, na concepção de Robert Alexy (2014, p. 194), tem sempre por objeto uma ação do destinatário. Apreende-se como uma relação triádica em que o primeiro elemento consiste no titular do direito, o segundo é o destinatário da ação e, por fim, o terceiro é o objeto do direito.

Costuma-se classificar os direitos fundamentais subjetivos em dois grandes grupos, quais sejam, “os direitos de defesa” e os “direitos a prestações”. Dentre os direitos de defesa podem-se citar como exemplo os clássicos direitos de liberdade e os direitos políticos. Ao passo que, no âmbito dos direitos a prestações, encontram-se os direitos sociais. No que se refere aos direitos de defesa, Robert Alexy (2014, p. 196) afirma que podem ser divididos em três grupos:

O primeiro grupo é composto pelos direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Os direitos de liberdade foram consagrados por meio das Revoluções Francesa e Americana que se consubstanciaram na edição da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SARLET, 2009, p. 44). Houve, portanto, o reconhecimento de direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis pertencentes ao ser humano (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

Os primeiros direitos fundamentais reconhecidos, em razão da nova ordem constitucional francesa e norte-americana, expressavam o pensamento liberal vigente da época. Afirmavam-se posições jurídicas de proteção do indivíduo em face do Estado, instituindo limite para a intervenção do Poder Público. Tais direitos ficaram, portanto, conhecidos como direitos de liberdade ou direitos de defesa, com caráter predominantemente negativo, já que determinavam uma postura de não fazer do Estado e garantiam aos indivíduos o respeito de sua autonomia (NOVAIS, 2006, p. 63-66).

Os direitos de defesa podem ser visualizados a partir de duas perspectivas: (1) apresentam-se, no âmbito jurídico-objetivo, como normas de caráter negativo para o Estado, limitando a ingerência deste nas relações dos indivíduos; (2) já no plano jurídico-subjetivo, constituem o poder de praticar positivamente direitos fundamentais, bem como exigir a não intervenção do Poder Público (CANOTILHO, 2011, 407-408).

Já com os movimentos ocorridos a partir do século XIX, que revelavam a insuficiência dos direitos de defesa para garantir aos indivíduos condições dignas de vida, demonstrou-se que assegurar apenas a liberdade e a igualdade meramente formais não eram o bastante para o cidadão (CLÈVE, 2011, p. 39). Visava-se, pois, instituir novos direitos, como a educação, a saúde, a assistência social, que possibilitassem a efetiva fruição da liberdade. Não mais se falava em garantir a liberdade individual em relação ao Estado, mas em asseverar que a liberdade será alcançada com o auxílio da atuação estatal (BONAVIDES, 2014, p. 387-390).

Em razão da exigência de atuação do Poder Público, os direitos sociais são compreendidos a partir de uma perspectiva positiva, já que para serem assegurados necessitam de ações concretas. O indivíduo pode, portanto, exigir o cumprimento de uma obrigação pelo Estado.

Os direitos a prestação podem ser analisados a partir de três núcleos problemáticos: (1) dos direitos sociais originários, no sentido de que o particular é capaz de exigir diretamente o cumprimento da prestação, ou seja, estando garantido constitucionalmente o direito à habitação, pode o indivíduo exigir do Poder Público a construção de sua casa?; (2) dos direitos sociais derivados que consiste no direito de exigir a atuação do legislativo a ponto de concretizar as normas constitucionais sociais, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional; (3) por fim, saber se há nas normas de direitos fundamentais sociais uma dimensão objetiva que possa vincular a atuação do Poder Público para a criação de políticas sociais ativas (CANOTILHO, 2011, p. 408-409).

Os direitos sociais, por sua vez, estão diretamente relacionados às funções e deveres do Estado, à definição do modelo de organização social e às concepções sobre bem-estar. Em certa medida, é possível visualizar que o elemento político dos direitos sociais possui conexão com a problemática dos direitos de liberdade. Com as primeiras constituições dos chamados Estados Sociais – Constituição Mexicana (1917) e Constituição Alemã (1919) – fundiam-se os ideais de solidariedade, igualdade e justiça social com a garantia da liberdade e da autonomia do indivíduo (NOVAIS, 2010, p. 20).

Os direitos fundamentais, como já visto, decorrem de processos e movimentos políticos que se consubstanciam nos direitos e na estrutura do Estado. A partir dessa perspectiva passa-se a falar das chamadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Destaca-se que a Teoria Dimensional ou Geracional dos direitos fundamentais não demonstra, tão-somente, um

processo cumulativo de construção dos referidos direitos, mas aponta a indivisibilidade e a unidade do sistema de direito constitucional interno (SARLET, 2011, p. 46).

Conforme abordado anteriormente, os direitos de liberdade ou de defesa, que marcaram o período do pensamento liberal-burguês do século XVIII, estão inseridos no âmbito dos direitos fundamentais da primeira geração (SARLET, 2011, p. 46-47). Para Paulo Bonavides (2014, p. 517), os direitos fundamentais de primeira geração apresentam os direitos civis e políticos que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental. Já a segunda geração é marcada pelo pensamento intervencionista do Estado como instrumento garantidor dos direitos do indivíduo. Além dos consagrados direitos à saúde, à educação e ao trabalho, a segunda geração atenta-se também para as chamadas “liberdades sociais”, caracterizadas pela liberdade de sindicalização, direito de greve etc (SARLET, 2011, p. 47-48).

Os direitos de solidariedade e fraternidade representam os direitos fundamentais de terceira geração. Essa dimensão marca o descolamento do homem-indivíduo como titular dos direitos para proteção de grupos humanos, consagrando os chamados direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2011, p. 48-49). Paulo Bonavides (2014, p. 585) aponta a existência de “cinco direitos de fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

Identifica-se, ainda, a tendência do reconhecimento de mais duas gerações de direitos fundamentais. A quarta geração seria o resultante da globalização dos direitos fundamentais que corresponderia à última fase da institucionalização do Estado Social, tendo como exemplo os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Já a quinta geração, para Paulo Bonavides (2014, p. 594-595), corresponderia ao direito à paz mundial, este que se configura como instrumento indispensável para o progresso de todas as nações.

1.1.2 A multifuncionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais

Conforme analisado no subtópico anterior, os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos de defesa e direitos de prestação, porém essa categorização leva em consideração apenas a função primordial de determinado direito, ou seja, mesmo que uma garantia seja tida como direito de defesa, é possível que nela sejam encontradas características referentes aos direitos de prestação.

O princípio da multifuncionalidade dos direitos fundamentais argumenta que em um mesmo direito pode haver mais de uma função, ou seja, cada direito fundamental possui várias possibilidades de eficácia jurídica (ALEXY, 2014, p. 185-188). Utiliza-se a distinção entre direitos de defesa e direito de prestação mais por uma questão didática, cuja finalidade é destacar a vertente de maior predominância do direito. Importante ressaltar que a multifuncionalidade não está relacionada unicamente ao aspecto subjetivo do direito fundamental, mas também à dimensão objetiva.

A multifuncionalidade não é, porém, uma teoria recente, vez que pode ser relacionada com a Doutrina dos Status de Georg Jellinek publicada na obra *Sistema dos Direitos Subjetivos Público*. Para Jellinek, o conceito de status deve ser compreendido como a relação existente entre o indivíduo e o Estado. Foram classificados quatro status: passivo, negativo, positivo e activus (SARLET, 2011, p. 155-157). Ao status passivo podem ser dadas duas interpretações, a primeira sugere que o Estado teria competência para impor um dever ou uma obrigação ao indivíduo, até que este se localize em uma posição de sujeição em relação àquele. Já a segunda interpretação encara o status passivo como a totalidade de deveres e proibições impostas pelo Estado. A diferença entre as referidas visões pode ser exposta conforme Robert Alexy (2014, p. 256):

De acordo com a primeira interpretação o status não se altera quando se alteram os deveres e proibições individuais ou a competência do Estado para estabelecê-los; o status passivo somente pode deixar de existir quando o indivíduo deixar de estar submetido a qualquer dever ou proibição e o Estado não tiver mais a competência para estabelecê-los. Já, de acordo com a segunda interpretação, qualquer modificação nos deveres e proibições ou na competência para estabelecê-los implica uma mudança do status.

O status negativo demarca o âmbito dos direitos dos indivíduos que não podem sofrer intervenções por parte do Poder Público, e deve ser compreendido como a limitação do poder do Estado (SARLET, 2011, p. 157). A esfera negativa é composta, portanto, exclusivamente de liberdades, ou seja, por liberdades jurídicas. Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 51) “trata-se de uma obrigação de abster-se da intervenção na esfera de liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*)”.

O status positivo, por sua vez, é compreendido a partir da doutrina de Jellinek como um contraste ao status negativo. Naquele status ao indivíduo seria garantido juridicamente a possibilidade de usar de instrumentos e mecanismos estatais para exigir do Poder Público a realização de ações positivas (ALEXY, 2014, p. 265). Nessa perspectiva, Ingo Sarlet (2009, p.

157) aponta que “é no status *positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais [...]”.

Por fim, Jellinek apresenta o status *activus* ao indivíduo, no qual este torna-se titular de competências que garantem a participação ativa na formação da vontade estatal, citando como exemplo os direitos políticos (SARLET, 2011, p. 157). Sendo assim, para a inserção da pessoa no status *activus*, faz-se necessária a outorga de capacidades que estejam além da sua liberdade natural. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 53) explicam que:

Essa categoria de direitos oferece a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa (o I pode interferir no E). Trata-se de direitos ativos porque possibilitam uma “intromissão” do indivíduo na esfera política decidida pelas autoridades do Estado (o I pode “entrar” no E). Os direitos mais característicos são o direito a escolher os representantes políticos (sufrágio) e de participar diretamente na formação da vontade política (referendo, participação em partidos políticos).

Contudo, diversas críticas foram feitas à teoria dos quatro status elaborada por Jellinek. Urge, portanto, a necessidade de serem expostos alguns desses posicionamentos. Como exemplo, aborda-se a questão da reeleitura do status negativo, já que para Jellinek, nesse estado, as liberdades do indivíduo são exercidas apenas no âmbito legal, ficando à disposição do legislador ordinário. Contudo, sabe-se que nas concepções atuais não mais se permite a sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional (ALEXY, 2014, p. 270). Sendo assim, Ingo Sarlet (2009, p. 157-158) dispõe que:

O status *negativus* de Jellinek deve, portanto, ser encarado mais propriamente como um status negativo de direitos fundamentais (*ein negativer grundrechtlicher Status*), no qual a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais, em outras palavras, em que as liberdades os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador.

Apesar das críticas, a doutrina de Jellinek tem acarretado o desenvolvimento de classificações sobre as funções dos direitos fundamentais, tanto na doutrina brasileira como na estrangeira. No âmbito nacional, destacam-se os ensinamentos de Clèmerson Clève (2011, p. 102), que apresentam a classificação funcional dos direitos fundamentais de: (i) função de defesa; (ii) função de prestação; (iii) função de não discriminação. Esta última veda a imposição de medidas discriminatórias injustificadas em face dos indivíduos, com o objetivo de garantir a igualdade e a universalidade ao acesso de serviços e bens fornecidos pelo Estado.

Dentre os doutrinadores estrangeiros que trataram a respeito do referido tema, ressalta-se J. J. Gomes Canotilho, que subdivide as funções dos direitos fundamentais em quatro: a) função de defesa; b) função de prestação social; c) função de não discriminação; d) função de proteção

perante terceiros. As três primeiras classificações possuem as mesmas vertentes que as funções apresentadas por Clèmerson Clève. Assim, restando analisar a função de proteção perante terceiros, que deve ser compreendida, conforme Canotilho (2011, p. 409), como a obrigação que o Estado tem de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos em face de condutas que possam ser praticadas por outras pessoas, ou seja, “da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros”

Feitas as considerações sobre as funções dos direitos fundamentais, passa-se a examinar a questão da concretização destas garantias. Para Eduardo Cambi (2014, p. 33) “os direitos fundamentais são princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos”. Nessa perspectiva, fala-se em dimensão vertical e dimensão horizontal da eficácia dos direitos fundamentais. Sabe-se que não é só o Estado que pode violar uma garantia do indivíduo, terceiros também são capazes de influir nos direitos fundamentais de outra pessoa.

A eficácia que irradia dos direitos fundamentais desempenha simultaneamente a função de princípio hermenêutico e de instrumento de controle de constitucionalidade. Como princípio hermenêutico, os direitos fundamentais possibilitam, diante de uma situação de ambiguidade, que o operador do direito escolha a interpretação mais compatível com as normas constitucionais, permitindo a manutenção da norma no ordenamento jurídico. Já como mecanismo de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais proporcionam uma interpretação conforme a Constituição, possibilitando a exclusão de exegeses contraditórias, mas sem ocorrer redução do texto (SARMENTO, 2010, p. 149-150).

A influência dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre o Estado e os indivíduos é compreendida como a eficácia vertical das referidas garantias, vez que a norma produz efeitos em relações as quais um dos envolvidos se encontra, originariamente, em posição de subordinação diante do outro (XEREZ, 2011, p. 131). A Constituição Federal de 1988 ao dispor no artigo 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988) apresenta um mandado de otimização, que impõe ao Poder Público a observância dos direitos fundamentais.

Contudo, a partir da já analisada função que o Estado tem de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos em face de condutas de terceiros, fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy (2014, p. 524) “[...] fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil”. Nesse sentido, demonstra-se que as normas de direitos fundamentais também devem ser observadas no âmbito da relação entre particulares.

Na eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais, as partes, portanto, estão no mesmo patamar hierárquico. Na doutrina alemã, a eficácia horizontal é conhecida como *Drittwirkung*, que traduzido significa “efeito perante terceiros”. A influência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas mostra-se necessária, principalmente nas hipóteses em que há uma evidente desproporção de poder social. Assim, impõe que quanto maior for a desigualdade fática entre os particulares mais intensa será a proteção dos direitos fundamentais nessa relação. Portanto, deve-se fazer uma ponderação entre a autonomia privada e o direito fundamental dos particulares envolvidos (CAMBI, 2016, p. 36).

1.1.3 Fundamentalidade dos direitos sociais

A fundamentalidade, segundo Robert Alexy (2014, p. 520-523), pode ser compreendida a partir de duas perspectivas, quais sejam, fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. A primeira decorre da posição em que a norma se encontra no ordenamento jurídico, ou seja, as normas de direitos fundamentais estão previstas no ápice da estrutura normativa do Estado. A fundamentalidade substancial, por sua vez, caracteriza-se pelo conteúdo abordado pela norma, o qual traça as decisões a respeito da estrutura básica do Estado e da sociedade. Nesse sentido expõe Flávio Pansieri (2012, p. 41):

A referida ideia apresenta-se como proteção dos Direitos Fundamentais no âmbito formal e material. A fundamentalidade formal dos Direitos Fundamentais resulta de seu posicionamento no ordenamento jurídico, gerando efeito vinculante tanto para o Executivo, Legislativo quanto para o Judiciário, enquanto a fundamentalidade material está ligada à ideia de normas que constituem estruturas básicas do Estado e da Sociedade.

A questão envolvendo a fundamentalidade dos direitos sociais mostra-se, portanto, relevante para considerar a eficácia e a aplicabilidade de tais normas no ordenamento jurídico. Os direitos sociais surgem com o propósito de possibilitar uma igualdade material entre os indivíduos, a fim de que todos possam fruir das liberdades que lhes são asseguradas, permitindo

que a personalidade e a capacidade da pessoa sejam desenvolvidas (SILVA, Virgílio, 2009, p. 79). Tais garantias foram concebidas enquanto direitos dirigidos em face do Estado, fazendo com que, desde logo, seja questionado se o Poder Público, diante de suas funções constitucionais, está obrigado ou não a fornecer aos cidadãos prestações capazes de possibilitar o acesso a bens econômicos, sociais e culturais (NOVAIS, 2010, p. 65).

Contudo, merece destaque o fato de que os direitos sociais não são apenas aqueles que necessitam de uma prestação estatal, bem como não são os únicos a acarretarem um custo ao Estado. Sabe-se que para exercer qualquer direito se necessita, em maior ou menor grau, de uma política jurídica do Poder Público (LUÑO, 2007, p. 33-34). O direito à liberdade de expressão, clássico exemplo de direito de defesa, exige do Estado mais do que a não intervenção, já que se requer, também, o provimento de numerosas condições institucionais que permitam o seu exercício (QUEIROZ, 2006, p. 7).

Desse modo, os direitos sociais abrangem tanto os direitos de prestações (ações positivas) como os direitos de defesa (ações negativas). Como exemplo, tem-se o direito à moradia, cujo caráter negativo apresenta-se quando o indivíduo pode bloquear ações do Estado ou de particulares que são contrárias aos seus interesses, já a dimensão positiva ocorre no momento que se passa a exigir do Estado a implementação de políticas públicas capazes de assegurar o acesso da população à moradia (SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 175).

Os direitos sociais, como visto, surgem a partir de um cenário de desigualdade vivenciada em razão da Revolução Industrial, e o objetivo desses direitos consiste na distribuição da riqueza e da propriedade como forma de garantir o suporte das necessidades básicas dos indivíduos. Nesse passo, a fundamentalidade dos direitos sociais pode ser observada a partir da busca pela igualdade material entre os cidadãos, bem como um instrumento garantidor dos direitos de liberdade.

No tocante à fundamentalidade formal, o Poder Constituinte originário entendeu por bem classificar os direitos sociais como direitos fundamentais, visto que aqueles estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, os direitos sociais possuem como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana, esta, conforme o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal é instituída como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, uma norma relacionada à estrutura do Estado, confirmando, desse modo, a fundamentalidade material.

1.1.4 Aplicação dos direitos fundamentais sociais e o princípio da reserva do possível

A eficácia da norma é compreendida como a capacidade que esta possui para atingir o objetivo nela transcrito. Com efeito, diz-se que a eficácia jurídica consiste na qualidade de produzir os efeitos jurídicos para regular as situações, relações e comportamentos que se propõem. Nessa perspectiva, a eficácia relaciona-se à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como meio para sua aplicação jurídica. Em outro giro, fala-se da eficácia social, que, por sua vez, preocupa-se com a efetividade da norma, já que se visa, como objetivo final, a consolidação do contrato social nela previsto (SILVA, 2004, p. 66).

Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 83-85), a efetividade deve ser compreendida como a realização do Direito e o cumprimento da função social. Representando-se na materialização do direito no mundo dos fatos. Sendo assim, a efetividade da norma depende, em primeiro plano, da eficácia jurídica, ou seja, da aptidão formal para influir e dirigir os acontecimentos da vida. Por ventura, se houver desobediência numericamente expressiva dos preceitos normativos, situações em que a norma se confronta com os anseios da sociedade, tem-se que aquela cairá em desuso.

José Afonso da Silva (2004, p. 81-83) apresenta a tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade. De início, afirma o autor que todas as normas previstas na Constituição irradiam efeitos jurídicos, acarretando em inovação na ordem jurídica vigente. Contudo, admite que há uma diferença da manifestação da eficácia de certas normas constitucionais. Referida distinção leva em consideração o grau dos efeitos jurídicos que cada norma emite. Nesse passo, subdivide-se as normas constitucionais em: a) norma de eficácia plena; b) norma de eficácia contida; c) norma de eficácia limitada ou reduzida.

A normas constitucionais de eficácia plena consistem naquelas em que a produção dos efeitos jurídicos ocorre desde a entrada em vigor da constituição. A norma, desde sua criação, já possui todos os elementos para a sua incidência direta, é nesse sentido que se qualifica como de aplicabilidade direta, imediata e integral. Para José Afonso da Silva (2004, p. 102), os pressupostos para se ter a aplicabilidade imediata da norma é “a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos”.

O grupo das normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, é constituído por normas que podem produzir seus efeitos imediatamente, porém preveem mecanismos que

limitam sua eficácia diante de certas circunstâncias. Dentre as características das normas de eficácia contida destacam-se: I) a necessidade de intervenção do legislativo ordinário, enquanto não ocorrer a atuação do legislativo a norma possui plena eficácia; II) o legislativo age para restringir a plenitude da eficácia da norma; e III) sua aplicabilidade é direta e imediata. Em resumo, José Afonso da Silva (2004, p. 116) expõe que:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada não produzem efeitos com a mera entrada em vigor, já que o constituinte originário não estabeleceu normatividade suficiente para a matéria. Assim, estas normas dependem de atuação do legislativo ordinário para a produção dos efeitos jurídicos (SILVA, 2004, p. 82-83).

O mandamento expresso no artigo 5º, §1º da Constituição Federal¹ define que todos os direitos e garantias fundamentais são normas de caráter direto e imediatamente vinculantes. Por um lado, a disposição prevê que os direitos fundamentais sujeitam todas as autoridades do Estado, inclusive o Poder Legislativo, já que este não pode restringir garantias sem a observância dos limites expostos no texto constitucional. Por outro lado, o definido no referido artigo demonstra que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização ou qualquer determinação estatal para exercer seus direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 94-95).

Com efeito, a melhor interpretação que pode ser dada ao artigo 5º, §1º da Constituição Federal é de que a disposição consiste em um mandado de otimização, tratando-se de norma principiológica. É cediço que a norma estabelece ao Poder Público o dever de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Desse modo, surge a presunção em favor da eficácia imediata ou direta das garantias fundamentais, de modo que a falta de ato concretizador somente pode justificar sua recusa em casos excepcionais (SARLET, 2011, p. 245-247).

Contudo, há de se observar que o efeito imediato das normas de direitos fundamentais não se revela plenamente na hipótese dos direitos sociais, vez que as normas que os definem o

¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

faz de maneira insuficiente a ponto de tornar impossível a sua aplicação imediata. Cita-se como exemplo o seguro-desemprego, previsto no artigo 7º, inciso II da Constituição Federal, nesse caso, para que o direito possa ser devidamente exercido pelo seu titular, são necessárias a edição de legislação específica e a criação de estrutura administrativa destinada à sua efetivação (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 95-96).

A indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais² é vista, portanto, como argumentação para negar a realização de determinada demanda de natureza prestacional, afastando a aplicação imediata prevista no artigo 5, §1º da Constituição Federal. Nessa perspectiva, insta analisar a estrutura da norma constitucional consagradora dos direitos sociais (PIVETTA, 2014, p. 55). Como já salientado, os direitos sociais exigem uma prestação positiva por parte do Poder Público, por esse motivo, aponta-se o caráter econômico desses direitos. Desse modo, as circunstâncias econômicas para os direitos sociais, conforme expõe Ingo Sarlet (2001, p. 23) apresentam-se como relevante pressuposto “no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”.

As normas de cunho social têm por finalidade a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, exigindo uma redistribuição dos recursos para a sua efetivação, o que, por conseguinte, depende das condições financeiras do Estado no momento da implementação. Sendo assim, é evidente que a concretização de políticas públicas pelo Estado encontra-se intrinsecamente vinculada à dimensão da “reserva do possível”, já que a realização de programas sociais exige a disponibilidade de recursos materiais e econômicos (DIAS; MACÊDO, 2010, p. 103).

A ideia de “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) surge a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão em que se discutia a intervenção do Estado na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina de uma universidade do país (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 98). O Tribunal considerou que a prestação pretendida deve corresponder ao que o cidadão pode exigir da sociedade, ou seja, mesmo o Poder Público dispondo de recursos para garantir o pleiteado, o Estado não será obrigado a cumprir nas hipóteses em que o requerido extrapole os limites do razoável (SARLET, 2011, p. 287).

² José Afonso da Silva (2004, p. 140-141) aponta que a busca por mecanismos capazes de superar o caráter abstrato e indeterminável das normas definidoras de direitos sociais é mostra indispensável para que haja a concretização prática das referidas garantias.

Compreende-se, portanto, que a teoria da “reserva do possível” não se trata única e exclusivamente da existência de recursos materiais, leva-se, também, em consideração a razoabilidade da pretensão requerida pelo indivíduo. Nessa perspectiva, há doutrinadores que analisam a teoria da “reserva do possível” comparando com a teoria das normas programáticas, da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, pois antes se entendia pela impossibilidade jurídica da intervenção estatal na garantia dos direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária (BARCELLOS, 2002, p. 237). Ingo Sarlet (2011, p. 287) afirma que a teoria da “reserva do possível” possui uma dimensão tríplice, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Assim, a “reserva do possível” ou reserva do financeiramente possível, compreendida como a insuficiência de recursos tem como objetivo afastar a intervenção estatal, principalmente quando esta é feita por meio do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, nos casos em que for comprovada a ausência de recursos orçamentários. Visa-se, portanto, garantir o equilíbrio entre receita e gasto. Desse modo, ao mesmo tempo que se tolera a expansão do sistema protetor em um cenário de economia vigorosa, compreende-se a necessidade de buscar alternativas que visem a ampliação das receitas e a readequação do gasto público em ambientes e momentos desfavoráveis.

1.1.5 Direito fundamental à saúde

Do rol dos direitos sociais assegurados aos indivíduos merece destaque o direito à saúde, visto que o pleno gozo de uma vida saudável é fundamental para que o cidadão possa exercer os demais direitos (SILVA, José Antônio, 2008, p. 61). Além disso, o direito à saúde está intimamente ligado à questão da dignidade da pessoa humana, posto que esta garantia estabelece que todos devem ter acesso a um mínimo existencial, que corresponde ao fornecimento de saúde básica, educação fundamental, assistência e acesso à justiça (SILVA, Ricardo, 2010, p. 65). É a partir da referida premissa que Simone Henrique (2013, p. 30) explica que:

A proteção da saúde dos grupos sociais mais carentes passou a ser uma finalidade estatal e uma arma contra a pobreza, fator de ameaça à organização do Estado e à ordem pública. O conceito da prevenção, antes restrito às associações, é propagado nesse ambiente favorável como uma finalidade dúplice: política e social [...]

A ideia de proteção sanitária como instrumento de política do Estado foi iniciada nas primeiras décadas do século XX. Criada com três estruturas hierárquicas, a prevenção em saúde ocorria em primeiro grau com a eliminação dos fatores e das circunstâncias capazes de propiciar o surgimento de moléstias, atuando sobre o ambiente ou sobre o comportamento da pessoa. Em segundo grau, com o fito de impedir o aparecimento das enfermidades, tendo como instrumento a utilização da vacinação. E, por fim, em terceiro grau, buscava-se diminuir os efeitos das incapacidades crônicas (HENRIQUE, 2013, p. 31).

Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que a saúde passou a ser vista como um direito. A partir de então as questões sanitárias tornaram-se pautas políticas dos governos, levando em consideração a racionalidade econômica, visto que para o progresso e reconstrução da nação se fazem necessários trabalhadores saudáveis. Nesse passo, os países europeus consolidaram a saúde na esfera da seguridade social, esta composta, também, pela previdência social e pelos serviços de assistência social (DALLARI, 1998, p. 87-89). Sendo assim, merece destaque ao preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde elaborado em 1946 (NOVA YORK, 1946) que dispõe:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos [...] Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas [...]

Como já abordado, a garantia de uma vida saudável está intimamente ligada aos conceitos de qualidade de vida e de dignidade da pessoa humana, dado que, conforme exposto na definição dada pela Organização Mundial da Saúde, o completo bem-estar físico, social e mental colabora para a observância do princípio da dignidade humana (SARLET; FIGUEREIRA, 2008, p. 133-135). A saúde, portanto, pertence a um sistema social em que todos os indivíduos fazem parte, bem como é um instrumento garantidor da vida. Germano Schwartz (2001, p. 32) conclui que “a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma ‘imagem-horizonte’ da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar”

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 trata sobre o direito à saúde no artigo 196, expondo ser um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam 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” (BRASIL 1988). Nesse passo, o tópico subsequente tem por finalidade tratar sobre a organização jurídica do direito à saúde no Brasil, para tanto será feita uma abordagem na esfera constitucional, internacional e infraconstitucional.

1.2 Organização jurídica sobre Direito à saúde

Para Germano Schwartz (2001b, p. 52), “a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade”. Nessa perspectiva, compreende-se que a saúde possui uma importante vinculação tanto com o direito fundamental à vida quanto com a manutenção de sua qualidade. Para Ítalo Fuhrmann (2016, p. 115-116):

A saúde engloba não só o tratamento de doenças, mas sim a busca da qualidade de vida e bem-estar, seja através do tratamento das enfermidades, seja através de programas de combate à propagação de doenças, seja ainda no aspecto atinente à proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

O conteúdo e a relevância prática da garantia de saúde aos indivíduos se sobressaem a ponto de caracterizá-la como primária por excelência, posto que a fruição dos demais direitos está dependente, em maior ou menor grau, da efetiva proteção da saúde do ser humano. Nesse sentido, Ítalo Fuhrmann (2016, p. 114) afirma ser a saúde uma “condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos”. Assim, diante da importância da saúde para a proteção da vida e para o respeito à dignidade humana, é interessante analisar o tratamento jurídico-positivo dado, tanto em âmbito nacional quanto internacional, ao direito à saúde.

1.2.1 A saúde como direito internacionalmente protegido

Ao se analisar o direito à saúde no âmbito internacional, faz-se imperioso, inicialmente, o exame dos órgãos responsáveis pela garantia do referido direito. A Primeira Conferência Internacional Sanitária ocorreu em Paris, no ano de 1851, com o objetivo de elaborar a Primeira Convenção Internacional Sanitária, para que fossem contidas as epidemias de cólera e de peste bubônica. Contudo a iniciativa não obteve sucesso, pois foi somente em 1882 que a Convenção Internacional Sanitária passou a ser adotada. Em 1907, foi estabelecido, também em Paris, o

Escritório Internacional de Higiene Pública. Já em 1919, criou-se a Liga das Nações, da qual uma das incumbências é a discussão sobre as questões de saúde (MENDES, 2013, p. 30-31).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações foi substituída pela Organização das Nações Unidas e foi aprovada na Conferência de São Francisco de 1945, a Carta das Nações Unidas, que representou um avanço para a positivação e proteção dos direitos humanos no plano internacional (DALLARI, 2006, p. 35-36). Dentre as disposições da referida carta, destaca-se a do artigo 55, que estipula para as nações signatárias o objetivo de “criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos” (SÃO FRANCISCO, 1945).

Em 1946, ocorreu, em Nova York, a Conferência Internacional de Saúde cujo marco foi a aprovação da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS –, que entrou em vigor no dia 7 de abril de 1948. A OMS tem como principal objetivo, estipulado no artigo 1º, garantir a qualidade e o desenvolvimento da saúde para todos os indivíduos. Já no preâmbulo estão expostos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, os princípios basilares, dentre os quais se destacam:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum.

O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento.

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. (NOVA YORK, 1946)

A OMS atualmente é composta por 194 Estados membros e é dirigida pela Assembleia Mundial de Saúde. Desde a criação, a OMS elabora normas jurídicas sobre direito sanitário com o objetivo de garantir o direito de todos. Como exemplo, tem-se o regulamento sanitário internacional adotado pela 22ª Assembleia Mundial de Saúde em 25 de julho de 1969, cuja finalidade consiste em assegurar a máxima segurança contra a propagação internacional de doenças.

No âmbito do continente americano, desde o início do século XX, vem sendo realizada a Conferência Sanitária Internacional das Repúblicas Americanas. Como resultado dessas conferências, foi criado um escritório sanitário internacional, que, em 1923, transformou-se no Escritório Sanitário Pan-Americano e, posteriormente, em 1924 veio a elaborar e aprovar o Código Sanitário Pan-Americano. Na XII Conferência Sanitária Pan-Americano, realizada em 1947, o Escritório Pan-Americano passou a fazer parte da então criada Organização Sanitária Pan-Americana.

Porém, foi em 1958, na XV Conferência Sanitária Pan-Americana, que o nome da Organização Sanitária Pan-Americana mudou para Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS – como até hoje é conhecida. Atualmente, a OPAS é composta por mais de 40 países, e atua como um Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde no âmbito do continente americano. Nas palavras de Karyna Mendes (2013, p. 35):

A OPAS contribui para o fortalecimento do setor da saúde nesses países, para que os programas prioritários sejam executados e para que sejam utilizados enfoques multissetoriais e integrais de saúde. As atividades da OPAS são dirigidas à busca da equidade nas ações que beneficiem grupos mais vulneráveis, em especial as mães e as crianças, os trabalhadores, os mais pobres, os mais velhos, os refugiados e os desabrigados.

Por fim, outro órgão que merece destaque é o Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde, instituído em 2011, no Rio de Janeiro. A criação do referido órgão se deu em função da União das Nações Sul-Americanas (Unasul) com a finalidade de buscar soluções para as questões envolvendo saúde na região. A promoção de intercâmbio, a reflexão crítica e a gestão dos conhecimentos configuram os principais objetivos do órgão para gerar soluções inovadoras no campo da saúde e colocá-las à disposição dos países, a fim de que estes possam melhor administrar o setor.

Analisados os principais órgãos internacionais envolvidos com o direito à saúde, passa-se ao exame das principais normas internacionais, em que se prevê a proteção e a garantia à saúde para os indivíduos. Inicialmente, a Carta das Nações Unidas elaborada em 1945, que determina em seu artigo 13 o comprometimento dos Estados signatários para a colaboração internacional em matéria envolvendo direito sanitário. Tem-se, também, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (VERSALHES, 1789), que no artigo 25 faz referência à preservação da saúde e do bem-estar:

Artigo 25 – (1) Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação,

cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à previdência em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, o artigo 21³ aborda a saúde a partir de sua dimensão negativa, visto que o dispositivo limita o direito de reunião a fim de resguardar a saúde pública. Não se pode também olvidar do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elaborado em 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992, que focou em proteger a saúde da criança e do adolescente⁴, bem como determinou ser obrigação dos Estados membros fornecer a todo indivíduo o mais elevado nível de saúde física e mental⁵.

Merece destaque também a Declaração de Alma-Ata, elaborada em 1978 na primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, que preconiza a necessidade de colaboração entre todos os governos, levando em consideração as desigualdades sociais e financeiras existentes nos países. Objetiva-se garantir o desenvolvimento mundial no campo da saúde, fornecendo saúde para todos os povos de forma igualitária.

Por fim, no ano de 1995, a Assembleia Mundial de Saúde requisitou a revisão do Regulamento Sanitário Internacional, que demorou dez anos para ser concluído. Já em 2007, entrou em vigor o novo Regulamento Sanitário Internacional, no qual há previsão de procedimentos para evitar a disseminação internacional de doenças. Os documentos abordados são apenas alguns dos exemplos de normas internacionais que visam a proteção e a garantia do direito à saúde dos indivíduos. No subtópico seguinte, será feita a análise do tratamento dado pelo legislador brasileiro, em âmbito constitucional, ao direito à saúde.

1.2.2 Tratamento dado pela Constituição Federal de 1988

³ Artigo 21 – O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

⁴ Artigo 10 – Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: [...] 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

⁵ Artigo 12 – 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Para a análise da regulação dada pela Constituição Federal de 1988 ao direito à saúde, urge, inicialmente, observar como referida garantia era tratada nas constituições antecedentes. No plano histórico-constitucional brasileiro, o direito à saúde nem sempre recebeu merecida importância. As duas primeiras constituições – Constituição do Império de 1824 e a Constituição Republicana de 1891 – não expuseram qualquer regulamentação sobre o tema. Para Germano Schwartz (2001b, p. 44), a ausência de normatização se deu em função da predominância da ideologia liberal.

Posteriormente, a Constituição de 1934, por ter sido fortemente influenciada pelos ideais estabelecidos nas Constituições de Weimar, 1919, e Constituição Mexicana, 1917, tratou de maneira bem simplória algumas preocupações sanitárias. Como exemplo, tem-se a regra exposta no artigo 138, “f” e “g” que afirma ser incumbência da União, dos Estados e dos Municípios “adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis”, bem como “cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes” (BRASIL, 1934).

Além do dispositivo acima citado, o artigo 10 da Constituição de 1934 estabeleceu que compete concorrentemente à União e aos Estados tratar das questões relacionadas à saúde⁶. Contudo, tanto as diretrizes traçadas pelo artigo 138, quanto pelo artigo 10 não foram reproduzidas nas Constituições de 1937 e de 1946, tendo estas deixado de se manifestar sobre o tema da saúde.

Mesmo com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (PARIS, 1948), que abordou no artigo 25 ter “todo ser humano direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar [...]”, e sendo o Brasil seu signatário, a Constituição de 1967 não trouxe qualquer avanço para a temática de proteção à saúde do indivíduo, limitando-se apenas em dispor, no artigo 8, inciso XIV, ser da União da competência para “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde” (BRASIL, 1967).

Porém, com a Constituição Federal de 1988 a saúde passou a ser efetivamente regulamentada no âmbito constitucional, impulsionando a sua proteção no Brasil. O texto da Constituição consagrou a saúde como um dos direitos sociais dos indivíduos, conforme se observa no artigo 6º, no início do Capítulo II. Importante frisar, que ao se reconhecer a saúde

⁶ Art. 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados: II – cuidar da saúde e assistência públicas.

como um dos direitos sociais, sabendo que estes possuem como característica o reconhecimento das desigualdades entre os cidadãos, demanda-se do Poder Público a promoção de prestações positivas com fito de proporcionar a igualdade social (MEDEIROS, 2011, p. 52).

Diversos são os artigos da Constituição que tratam da saúde, o tema recebeu inclusive uma seção específica localizada dentro do capítulo referente à Seguridade Social. O *caput* do artigo 196 dispõe ser a saúde “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” (BRASIL, 1988).

Em seguida, o artigo 197 reconhece que os serviços e as ações de saúde possuem relevância pública, sendo de responsabilidade do Estado a regulamentação, a fiscalização e o controle da atividade, bem como a sua execução, que pode ser feita diretamente ou por terceiros, pessoa física ou jurídica. Já o artigo 198 dispõe que cabe ao Sistema Único de Saúde, organizado a partir de uma rede regionalizada e hierarquizada, a realização das prestações públicas de saúde, respeitando as seguintes diretrizes: “I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade” (BRASIL, 1988).

O §1º do artigo 198 estabelece que o Sistema Único de Saúde será financiado pelos recursos advindos da seguridade social. Além disso, o §2º do mesmo artigo, regulamentado pela Lei Complementar nº 141 de 2012, dispõe que a União deve aplicar, anualmente, em ações e serviços de saúde no mínimo 15% da receita corrente líquida⁷ do respectivo exercício financeiro. Já os Estados e o Distrito Federal são obrigados a destinar no mínimo 12% do produto da arrecadação dos impostos previstos no artigo 155⁸ e dos recursos tratados nos artigos

⁷ Segundo o inciso IV do artigo 2º da Lei de Responsabilidade Fiscal, receita corrente líquida constitui o “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes”.

⁸ São de competência dos Estados e do Distrito Federal os impostos que possuem como fato gerador: I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III – propriedade de veículos automotores.

157⁹ e 159, inciso I, “a”¹⁰ e inciso II¹¹. Os Municípios e o Distrito Federal, por sua vez, devem aplicar no mínimo 15% da arrecadação dos impostos previstos no artigo 156¹² e dos recursos estabelecidos no artigo 158¹³ e a alínea “b” do inciso I do caput¹⁴ e o §3^o¹⁵ do artigo 159.

Já o artigo 199 prevê a possibilidade de a assistência médica ser prestada por instituições privadas. O artigo 200, por sua vez, estabelece, de modo não exaustivo, as atribuições do Sistema Único de Saúde, das quais destaca-se a de “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, de executar ações de vigilância sanitária e de “ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde” (BRASIL, 1988).

Em relação à competência para prestar serviços de saúde, dispõe o artigo 23, inciso II, ser aquela comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O artigo 24, inciso XII, estabelece que entre os referidos entes também há competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Por fim, vale frisar que, em razão da Emenda Constitucional 29 de 2000, a não-aplicação dos valores mínimos exigidos para manutenção da assistência médica passou a ser uma das hipóteses que possibilita a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal ou dos Estados nos Municípios.

⁹ Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza [...] II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

¹⁰ Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

¹¹ Art. 159. A União entregará: [...] II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

¹² São de competência dos Municípios e do Distrito Federal os impostos sobre: I – serviços de qualquer natureza; II – propriedade predial e territorial urbana; III – transmissão de bens e imóveis inter vivos.

¹³ Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza [...] II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural [...]; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

¹⁴ Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: [...] b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

¹⁵ § 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

Compreendido o regime jurídico-constitucional brasileiro dado ao direito à saúde, é imperioso também demonstrar como a saúde é protegida no âmbito infraconstitucional. Para tanto, no tópico subsequente serão examinadas as principais normas responsáveis por assegurar a referida garantia aos indivíduos.

1.2.3 Evolução da legislação infraconstitucional sobre direito à saúde

O direito à saúde, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, está incluso no âmbito da Seguridade Social. Sendo assim, para a análise da legislação infraconstitucional relacionada à assistência médica, faz-se necessário o exame da evolução normativa das leis que tratam sobre a própria Seguridade Social. Nesse passo, tem-se o Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que visou a criação de seguros nos casos de acidente de trabalho, entretanto, essa previsão era restrita aos trabalhadores urbanos do setor privado.

Posteriormente, considerado o marco da criação da Previdência Social no Brasil, tem-se o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, mais conhecida como Lei Elói Chaves, responsável pela criação da primeira Caixa de Aposentadorias e Pensões – CAP – para os empregados de empresas ferroviárias. Nessa época, o Poder Público limitava-se, no que se refere à saúde pública, a fornecer medidas de caráter coletivo, com enfoque na prevenção. Por outro lado, os trabalhadores urbanos, por meio das suas respectivas CAP, tinham à disposição serviços de atenção médica individual (COHN et al, 1999, p. 15).

Já na década de 30, iniciou-se a formação dos chamados Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs – o primeiro deles foi criado pelo Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933, e tinha como função a proteção, em âmbito nacional, dos trabalhadores marítimos. Os IAPs eram autarquias administradas pelo Poder Público, cujos recursos advinham de forma tripartite: União, empregados e empregadores. Em 1966, por meio do Decreto-lei nº 72, os IAPs e os CAPs remanescentes foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

Com a Lei nº 6.229 de 1975, instituiu-se o Sistema Nacional de Saúde, uma das principais características da referida norma foi a divisão de atribuições de responsabilidade da Previdência Social e do Ministério da Saúde. De acordo com o exposto no artigo 1º, inciso I, competia, prioritariamente, a este a formulação da política nacional de saúde e a promoção de ações voltadas para o atendimento do interesse coletivo. Já o inciso II, determinava ser de competência da Previdência Social a “atuação voltada principalmente para o atendimento

médico-assistencial individualizado”. É nesse sentido que, na visão de Amélia Cohn et al (1999, p. 17):

Estabelece-se, então, a par de uma divisão social do trabalho entre os ministérios da Previdência e Assistência Social (criado em 1974) e da Saúde (que data de 1952), uma seletividade da clientela de ambos para os seus respectivos serviços de saúde. O primeiro destina-se à população mais diferenciada, dadas as características sociais do nosso país, por estar formalmente inserida no mercado de trabalho, e os serviços públicos vinculados ao outro ministério, às populações de mais baixa renda, excluídas do setor formal da economia.

Na década de 80, a recessão econômica, que ocasionou problemas quanto ao financiamento na seara da proteção social, bem como a gradual abertura política, ocasionaram o surgimento do Movimento Sanitário Brasileiro, composto por professores da área da Saúde Pública, profissionais da saúde e membros da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. O marco do referido movimento foi a 8ª Conferência Nacional de Saúde em que se firmou o entendimento sobre a saúde ser um direito de todos os indivíduos, expôs-se as bases do futuro Sistema Único de Saúde e se traçaram-se estratégias de cooperação entre os entes federados (PAIM, et al, 2011, p. 1785).

A Constituição Federal de 1988 marca a reorganização da Seguridade Social no país. Atualmente, este sistema visa assegurar, de acordo com o estabelecido no artigo 194, os direitos relacionados à saúde, a previdência social e a assistência social. Além disso, o texto constitucional, conforme já examinado no tópico antecedente, dispõe da competência legislativa da União para a elaboração de normas gerais sobre a proteção e defesa da saúde. É nesse sentido que, em 19 de setembro de 1990, editou-se a Lei nº 8.080, mais conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

É interessante destacar que, quando da edição do Projeto de Lei Orgânica de Saúde, diversos foram os vetos opostos a ele. Por essa razão, a pressão feita sobre o Poder Executivo e o Congresso Nacional pelo movimento popular em saúde, resultou na publicação, em 28 de dezembro de 1990, da Lei nº 8.142. Este novo instrumento normativo disciplinou questões que haviam sido expostas no projeto original da Lei Orgânica de Saúde, porém foram prejudicados em razão dos vetos. Como exemplo, tem-se a matéria referente à participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Assim, costuma-se dizer que no Brasil a Lei Orgânica de Saúde é composta, na verdade, por duas normas: Lei nº 8.080 e a Lei nº 8.142 (DALLARI, 2009, p. 19).

De acordo com o artigo 1º, a Lei nº 8.080/90 visa regular, “em todo território nacional, as ações e serviços de saúde executados, isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado” (BRASIL, 1990). Posteriormente, é previsto no § 1º do artigo 2º que o dever do Poder Público é garantir a saúde dos indivíduos por meio de “políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1990).

Já no âmbito da saúde privada, editou-se a Lei nº 9.656/98, recentemente alterada pela Lei nº 13.003/14, que disciplina a atuação dos planos e seguros privados de assistência médica, estabelecendo, por exemplo, requisitos para a obtenção da autorização de funcionamento (artigo 8º), o mínimo de cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar (artigo 12), condições especiais para pessoa portadora de deficiência (artigo 14), entre outros.

Em conjunto com a Lei nº 9.656/98, merece destaque a Lei nº 9.961/2000, responsável pela criação da Agência Nacional de Saúde – ANS –, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. A ANS consiste em uma agência reguladora, cuja finalidade é a regulação, a normatização e o controle das atividades exercidas no âmbito da assistência suplementar à saúde. De acordo com o § 1º do artigo 1º, por se tratar de uma autarquia em regime especial, a ANS “é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recurso humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes” (BRASIL, 2000).

Em outro giro, pode-se destacar que tanto a Constituição Federal de 1988 como a Lei Orgânica da Saúde enfatizam as atividades voltadas para a proteção da saúde, que segundo Sueli Dallari (2009, p. 23) consubstanciam “tanto subsumidas na expressão vigilância sanitária, quanto expressas nas ações de controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde [...]”. Por essa razão, a Lei nº 9.782/99 se apresenta como derivação lógica das disposições constitucionais e legais relacionadas ao sistema de saúde no Brasil.

A Lei nº 9.782/99 define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, órgão este responsável por, de acordo com o artigo 6º, “[...] promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância

sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados [...]” (BRASIL, 1999).

Importante destacar também as chamadas Normas Operacionais Básicas – NOB –, que são responsáveis por disciplinar as relações internas entre os entes federados, em razão da operacionalização do federalismo e da responsabilidade solidária dele corrente. A primeira NOB foi editada em 1991 e se limitou a dispor sobre o sistema de pagamento por produção de serviço ao setor público. No ano seguinte, a nova NOB vinculou a liberação de recursos financeiro à existência de um plano quinquenal. Porém, conforme expõe Sueli Dallari (2009, p. 24):

Foi a terceira Norma Operacional Básica (NOB 1/93) que criou mecanismos de gestão participativos e descentralizados. Ela criou as comissões entre gestores bi (gestores municipais e do Estado-membro) e tripartite (gestores dos Estados, dos Municípios e representantes do governo federal), encarregados de elaborar propostas para o sistema, acompanhar a implementação de normas e programas, avaliar os resultados e definir os critérios para a destinação de recursos.

A última NOB editada foi a de 2002 que tem como principais características: a) ampliação das responsabilidades dos Municípios no que se refere à Atenção Básica; b) estabelecimento do processo de regionalização como meio de hierarquização dos serviços de saúde e de busca pela equidade; c) criação de ferramentas para o fortalecimento da gestão do Sistema Único de Saúde; e, por fim, d) atualização dos critérios de habilitação de Estados e Municípios.

Urge também destacar os chamados Pactos pela Saúde, o primeiro, elaborado em 22 de fevereiro de 2006 e disponibilizado por meio da Portaria nº 399 do Ministério da Saúde, tem como objetivo consolidar o Sistema Único de Saúde. Já o segundo, publicado em 30 de março de 2006 pela a Portaria nº 699 do Ministério da Saúde, visou a regulamentação das diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida e de Gestão. O terceiro, por sua vez, divulgado pela Portaria nº 204, de 29 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde, regulamentou o financiamento e a transferência dos recursos federais para questões envolvendo saúde, na forma de blocos de financiamento.

Há, também, no ordenamento jurídico brasileiro, normas específicas que tratam de assuntos relacionados diretamente à saúde. Tem-se, por exemplo, a Lei nº 11.664/2008 que dispõe sobre meios para prevenção, detecção, tratamento e seguimento de cânceres do colo uterino e de mama; a Lei nº 9.313/96 que disciplina distribuição gratuita de medicamento aos

portadores de HIV; a Lei nº 9.434/97 que regula sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano; entre outras.

Por fim, merece destaque o Decreto nº 7.509/2011 responsável pela criação da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES – e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Cabe à RENASES dispor sobre todas as ações e serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde para fins de assistência médica. As atualizações da lista de serviços devem ser feitas a cada dois anos. Já a RENAME expõe sobre a seleção e a padronização dos medicamentos adequados para o combate de moléstias no âmbito do SUS. Nesse sentido, Lenir Santos (2014, p. 140-141) aponta que:

A RENASES deve se centrar em dois eixos: as atividades assistenciais terapêuticas e as de proteção que se incluem no âmbito das vigilâncias em saúde de responsabilidade do SUS. Por sua vez, a RENAME deve dispor sobre a assistência farmacêutica em complemento à assistência terapêutica prevista na RENASES.

Tanto a RENASES quanto a RENAME são de competência do Ministério da Saúde. Ambos são reconhecidos como instrumentos importantes para garantir a boa prestação da assistência médica, porém os serviços ofertados devem estar adequados com a situação econômica do país, posto que não se pode compreender o SUS como “um balcão de concessão de procedimentos descolados de diretrizes essenciais à sua organização sistêmica e segurança sanitária” (SANTOS, 2014, p. 139). Vale lembrar que os recursos são escassos, de modo que os referidos instrumentos se mostram como verdadeiros mecanismos para assegurar a eficiência na alocação daqueles.

Nesse contexto de escassez de recursos, apresentam-se a critérios a respeito de possível focalização dos serviços de saúde no Brasil. Pretende-se, com tal fixação de prioridades, destinar a assistência médica para aqueles indivíduos ou patologias que, de fato, devem ser priorizados. Ana Paula Barcellos e outros (2017, p. 440), apontam quatro principais critérios que podem ser utilizados, quais sejam:

(i) os que priorizam atendimento a determinadas doenças; (ii) os que priorizam o atendimento a determinados grupos de pessoas; (iii) os que priorizam o fornecimento de determinados tratamento; (iv) os procedimentais, que se ocupam das exigências a serem observadas no processo de fixação de prioridades.

Assim, percebe-se que tanto no âmbito internacional quanto no nacional – constitucional e infraconstitucional – a saúde recebeu bastante atenção do legislador, sendo um campo fértil para normas. Nesse passo, visto as principais leis que regulam o direito à saúde, faz-se

imperioso examinar a estrutura dos serviços de saúde prestados no Brasil. Para tanto, o tópico subsequente tem por finalidade demonstrar a organização da assistência médica no país, analisando a seara pública e a privada.

1.3 Organização dos serviços de saúde no Brasil

O sistema de saúde no Brasil pode ser visualizado a partir de três setores, quais sejam, o setor público, o setor privado e o setor suplementar. O primeiro está relacionado com a assistência médica financiada e promovida pelo Estado, seja a nível federal, estadual ou municipal. O segundo consiste na atuação de instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, em conjunto com o Estado, ou seja, os recursos para financiar a prestação do serviço são tanto público quanto privados. Por fim, tem-se o setor de saúde suplementar, que oferece à população a contratação de planos privados de saúde ou de apólices de seguro. Nessas hipóteses, não há custeio da assistência pelo Estado (PAIM et al, 2011, p. 1785).

O presente tópico tem por finalidade a demonstração da estrutura da prestação dos serviços de saúde no Brasil. Para tanto, inicia-se a abordagem a partir da assistência médica pública, fornecida por intermédio do Sistema Único de Saúde. Posteriormente, será analisada a organização da saúde complementar, na qual o oferecimento dos serviços ocorre em conjunto com o Poder Público. E, por fim, examinar-se-á a seara da saúde suplementar, em que predomina a atuação de pessoas jurídicas de direito privado.

1.3.1 Saúde pública

Do início do século XX até aproximadamente a década de 30, predominava, no Brasil, o modelo intervencionista chamado por Luís Roberto Barroso (2009, p. 21) de “campanhista”, cujo principal objetivo era a realização de campanhas para o enfrentamento das doenças epidêmicas da época – febre amarela e varíola. Como exemplo das políticas de intervenções sanitárias, Saulo Pivetta (2014, p. 118) expõe que “a campanha organizada no Rio de Janeiro para atacar a febre amarela adotava dois tipos de condutas: a identificação dos doentes e a extinção dos focos de mosquito”.

Já a campanha para o combate à varíola, empreendida por Oswaldo Cruz, foi considerada mais radical, posto que a partir de um regulamento sanitário a vacinação contra referida moléstia se tornou obrigatória e, segundo Pivetta (2014, p. 118), “os que se negavam à

vacinação eram multados, e o atestado de recebimento da vacina era requisito para a matrícula nas escolas, para tomar posse em empregos públicos, para celebração de casamento etc”.

Percebe-se que o modelo campanhista considerava o combate às doenças como forma de impedir o contágio dos demais indivíduos. Não se possuía a concepção de saúde relacionada à qualidade de vida e ao bem-estar da pessoa. Insta frisar que nesse período não havia qualquer política pública voltada para ações curativas. Durante o regime militar, com o fito de desenvolver medidas preventivas, criou-se o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, contudo a prestação dos serviços era disponibilizada apenas aos trabalhadores urbanos com carteira assinada (PIVETTA, 2014, p. 120).

O atual setor da saúde pública possui como marco a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, na qual se consolidou o entendimento de que a saúde é um direito de todos os cidadãos, cabendo ao Estado o seu patrocínio. Foi nesse período que se idealizaram as bases do futuro Sistema Único de Saúde – SUS –, bem como se desenvolveram as estratégias de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios (DIAS; MOTA, 2015, p. 298). Posteriormente, tais pontos se materializaram na Constituição Federal de 1988. Contudo, a implantação do SUS, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, deu-se no ano de 1990 com a publicação da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). Referida norma trouxe um conceito mais abrangente de saúde, conforme se observa no artigo 3º (BRASIL, 1990):

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Além disso, o artigo 6º estabelece um rol não exaustivo de obrigações que devem ser observadas quando da atuação do SUS. Apresenta-se, como exemplo, o dever de executar ações de vigilância sanitária, de participar na elaboração de políticas voltadas para o saneamento básico, coordenar a formação de recursos humanos na área de saúde, fiscalizar serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde, entre outros.

Visualizam-se, por sua vez, no artigo 7º da Lei nº 8.080/90 as diretrizes¹⁶ do Sistema Único de Saúde, das quais se destacam: a) universalidade, que determina a garantia de acesso aos serviços de saúde para todos os indivíduos; b) integralidade de assistência, compreendida como o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade” (BRASIL, 1990); e c) “a descentralização político-administrativa” (BRASIL, 1990).

Esta última diretriz, a descentralização, permite que haja uma direção e gestão em cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Apresenta-se como uma ferramenta para a garantia da melhor operacionalização do sistema, tornando a gestão mais organizada e eficiente. De acordo com o artigo 9º da Lei Orgânica da Saúde, a direção do SUS no âmbito federal cabe ao Ministério da Saúde, na seara estadual e do Distrito Federal pertence à Secretaria de Saúde ou órgão equivalente e no caso dos Municípios a responsabilidade também é da respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Ressalta-se que, em nível municipal, o § 2º do artigo 10 permite a divisão administrativa da coordenação do SUS em distrito. Paim (2011, p. 1786) conclui que:

These political structures were groundbreaking innovation in Brazilian governance because they enabled a greater number and variety of stakeholders to take part in the decision-making process and defined areas of institutional responsibility more clearly than before, guaranteeing that each level of government supports national health policy implementation.¹⁷

Como meio para facilitar a relação entre os gestores públicos das três esferas, elaborou-se o Pacto pela Saúde em 2006. Este se apresenta, segundo Raphaela Solha (2014, p. 45), como “um conjunto de reformas institucionais com foco em gestão por resultados, isto é, os governos devem gerir a rede de serviços e ações de saúde com vistas aos resultados a serem alcançados, causando impactos positivos na saúde da população”.

É de competência da direção nacional do SUS, conforme estabelecido no artigo 16 da Lei nº 8.080/90, atividades voltadas para a coordenação e normatização do Sistema. Como exemplo, tem-se: a) formulação e avaliação de políticas relacionadas à alimentação e à nutrição; b) elaboração e implementação de políticas de controle do meio ambiente e saneamento básico;

¹⁶ O artigo 198 da Constituição Federal também apresenta como diretrizes do Sistema Único de Saúde a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

¹⁷ Tradução: essas estruturas políticas representam grande invocação na governança em saúde no Brasil, pois permitiram que maior número e variedade de atores participasse do processo de tomada de decisão e definiram áreas de responsabilidade institucional com mais clareza que no passado, assegurando que cada nível de governo apoiasse a implementação da política nacional de saúde.

c) definição do processo de assistência de alta complexidade, da rede de laboratórios. Segundo Saulo Pivetta (2014, p. 135):

Apenas excepcionalmente a direção nacional executará diretamente ações de saúde – prevê o Parágrafo único do art. 16 da Lei 8.080/90 que a União poderá exercer ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na hipótese em que agravos de saúde escapam da capacidade de controle da direção estadual ou quando possam representar risco de disseminação por todo o território nacional.

Já os Estados e o Distrito Federal, de acordo com o artigo 17 da Lei Orgânica de Saúde, ficam responsáveis por: a) promover a descentralização dos serviços para os Municípios; b) acompanhar e fiscalizar as redes hierarquizadas do SUS; c) garantir apoio técnico e financeiro aos Municípios; d) executar, complementarmente, as ações e serviços de saúde.

À direção municipal cabe o planejamento, a organização e o controle dos serviços de assistência à saúde. As atividades exercidas pelos Municípios devem ser diretamente conectadas com o planejamento elaborado pelas esferas estadual e federal. É a partir do âmbito municipal que se inicia a organização do Sistema Único de Saúde, por essa razão, Saulo Pivetta (2014, p. 135) expõe que “a própria Lei 8.080/90 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal, de modo a se compatibilizar as políticas de saúde com a disponibilidade de recursos”. Tem-se, portanto, que é em função da proximidade dos municípios com os problemas da população que aqueles se mostram os mais especializados para planejar o sistema.

Já sabendo que a assistência à saúde compõe a Seguridade Social, o financiamento daquela está diretamente ligado com o desta. Nesse passo, cabe lembrar que a Constituição Federal de 1988 definiu que as fontes, formas e critérios de custeio da Seguridade Social devem se basear no princípio da diversidade da base de financiamento (artigo 194, § único) e no princípio da solidariedade contributiva (artigo 195). Por essa razão, estabelece-se que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, direta ou indiretamente, bem como pelos recursos advindos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Orgânica da Saúde também prevê a forma de financiamento do SUS, abordando as regras de repasses financeiros aos Estados e aos Municípios. Segundo a Lei nº 8.142/90, os recursos federais devem ser transferidos diretamente da União para os Estados e Municípios, sendo estes entes obrigados a manter o Fundo de Saúde, Conselhos de Saúde, um plano de

saúde, relatórios de gestão, contrapartida de investimentos e uma comissão encarregada de elaborar os planos de cargos e salários dos servidores públicos (SOLHA, 2014, p. 53).

Analisadas as noções básica sobre o setor da saúde pública no Brasil, tendo sido examinadas as mais relevantes normas que o regula, a estrutura básica do Sistema Único de Saúde e o financiamento para a prestação do serviço, será explorado no subtópico seguinte o setor da saúde complementar, cuja principal característica consiste na atuação em conjunto do Poder Público com a iniciativa privada.

1.3.2 Saúde complementar

Além do setor da saúde pública, tem-se, no Brasil, os setores da saúde complementar e o da saúde suplementar. Conforme observado no artigo 199 da Constituição Federal, o serviço de saúde pode ser prestado por particulares, ou seja, a iniciativa privada juntamente com o Poder Público, fornecendo assistência médica para a população. A prestação do serviço por instituições privadas, com ou sem finalidade lucrativa, quando ocorre subsidiando a rede pública, em hipóteses de insuficiência das atividades, corresponde ao setor da saúde complementar.

Referido permissivo constitucional demonstra a possibilidade de modernização da Administração Pública por meio da participação da iniciativa privada nas atividades de assistência à saúde (MÂNICA, 2010, p. 158). De forma semelhante, a Lei Orgânica da Saúde dispõe no artigo 4º, §2º que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde, em caráter complementar” (BRASIL, 1990). Nesse ponto, percebe-se que tanto a Constituição Federal quanto os dispositivos infraconstitucionais admitem a participação da iniciativa privada com o objetivo de cumprir o dever constitucional de fornecimento de assistência médica à população. Floriano Marques Neto (2005, p. 112) destaca que:

A atuação complementar da iniciativa privada no âmbito do SUS, a meu ver, não se confunde com a contratação, pelo ente estatal, da prestação pela iniciativa privada de meras atividades de apoio quando o serviço de saúde for prestado diretamente pelo Estado. Assim, a contratação dos serviços de vigilância ou limpeza de um hospital público, em regime de empreitada de prestação de serviços e mediante licitação, caracteriza compra de serviços pelo poder público, mas não é suficiente para caracterizar a prestação de serviços complementares. Para que estejamos diante desta prestação, há que se ter a atividade ligada diretamente à prestação do atendimento à saúde (atividade-fim), tendo como beneficiário direto o próprio cidadão usuário do SUS. Assim, diferentemente do que ocorre na contratação da atividade-fim (cujo caráter necessariamente complementar exige, para legitimar a contratação, a verificação de não atendimento da necessidade pela rede pública), no caso da contratação das atividades de apoio, a opção pela contratação de particulares está situada numa margem maior de liberdade (discricionariedade) do gestor público [...]

Nessa perspectiva, compreende-se que a complementariedade da prestação do serviço pela iniciativa privada deve ser realizada de forma integrada com as competências do Sistema Único de Saúde. Não se fala em prestação realizada exclusivamente por terceiros, mas sim uma atuação em conjunto do Poder Público com a iniciativa privada. A Constituição Federal determina que a participação complementar do setor privado deve incluir todas as atividades ofertadas pelo SUS, desde as relacionadas à prevenção de doenças até as voltadas para a proteção e recuperação da saúde (MÂNICA, 2010, p. 163).

Segundo o §1º do artigo 199 da Constituição Federal, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos possuem preferência quando da contratação para prestar serviços de assistência médica de forma complementar ao SUS. De início, cabe destacar que entidade filantrópica se caracteriza por ser uma pessoa jurídica de direito privado em que não há a distribuição de eventual lucro entre seus associados. Sendo assim, o resultado positivo percebido deve ser investido nas finalidades da entidade. No ordenamento jurídico brasileiro, é possível visualizar legislações abordando as entidades filantrópicas como a Lei nº 9.532/1997, a Lei nº 9.790/99 e a Lei nº 12.101/2009.

A formação do vínculo entre as entidades privadas e o Poder Público é tema controverso na doutrina, pois, conforme a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Saúde, a prestação do serviço se dá “mediante contrato ou convênio”. Assim qual dos dois referidos instrumentos melhor se enquadra na situação ora em análise? Para tanto, é preciso inicialmente delinear as principais características de ambos.

De acordo com Antunes Varela (1977, p. 119), entende-se contrato como “o acordo vinculativo resultante da fusão de duas ou mais declarações de vontade contrapostas, mas harmonizáveis entre si, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes”. No âmbito da Administração Pública utiliza-se a expressão “contratos da administração”, instituto que abrange todos os acordos firmados pelo Poder Público. Já quando se fala em contrato administrativo, conforme explica Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 259), restringe-se apenas aos “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Os convênios, por sua vez, apresentam natureza jurídica distinta da dos contratos. De acordo com a posição majoritária, a principal diferença entre os referidos instrumentos consiste

na presença ou não de interesses opostos das partes. Ou seja, enquanto nos contratos as vontades dos contratantes são divergentes, nos convênios os participantes se unem para a obtenção da mesma finalidade (MARINELA, 2015, p. 518). Nesse sentido, expõe Hely Lopes Meirelles (2011, p. 447-448):

Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na operação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Porém a clássica distinção entre contratos e convênios vem sendo questionada, pois não há como negar que os convênios também são acordos de vontade já que criam obrigações para ambas as partes. Da mesma forma, os contratos se caracterizam pelo acordo de vontades firmados pelos contratantes. Nesse passo, a simples comunhão de objetivos não se mostra suficiente para configurar um convênio. Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 117) “o que falta aos convênios, e isso os faz distintos dos contratos em espécie e frontalmente diferentes dos contratos administrativos, é a ausência de caráter sinalagmático, de reciprocidade e antagonismo obrigacional”.

Sendo assim, para a formação da relação jurídica para prestação de serviços médicos complementar entre a entidade privada e o Poder Público o instrumento jurídico que melhor se enquadra é o contrato. Isso porque, da simples análise do objeto do ajuste, já se percebe que não se tratar de uma cooperação, mas sim de uma relação tipicamente contratual, posto que, de um lado tem-se a prestação do serviço e de outro o pagamento da contraprestação remuneratória. Além disso, as finalidades das partes envolvidas são distintas, já que o Estado visa o fornecimento de assistência médica à população enquanto que as entidades privadas buscam o lucro pelo exercício da atividade. Mesmo diante de entidades sem finalidade lucrativa, o instrumento jurídico cabível continua sendo o contrato, conforme sustenta Floriano Azevedo Marques Neto (2005, p. 119):

A uma, porque não me parece que os interesses envolvidos sejam coincidentes, mesmo no caso de ausência de finalidade lucrativa das instituições privadas. A duas, porque, a meu ver, a persecução de finalidade lucrativa ou não pela entidade privadas não é o divisor de águas nesse caso. A três – e este argumento parece-me derogatório – o texto do artigo 199, §1º, da Constituição não permite traçar esta distinção de instrumentos jurídicos em função da natureza lucrativa ou não do particular contratado (veja-se que a Carta alude a contratos e convênios sem relacionar um e

outro com as entidades com e sem fins lucrativos, estas com preferências para contratar).

Merece destacar também que os convênios são mais precários, no sentido de serem facilmente denunciados pelas partes envolvidas, acarretando, assim, em menor segurança jurídica e maior prejuízo para continuidade da prestação do serviço. Por esse motivo, é possível visualizar nas legislações que visam regular o fornecimento complementar de assistência médica pelos particulares a preferência para formulação de contratos e não de convênios.

Como exemplo, tem-se o §2º do artigo 26 da Lei nº 8.080/90 que estabelece “os serviços *contratados* submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico-financeiro do *contrato*” (grifo do autor) (BRASIL, 1990). De forma semelhante a Norma de Operação de Assistência Médica (NOAS) de 2002 dispõe no subitem 44.3 que “os contratos de prestação de serviços devem representar instrumentos efetivos de responsabilização dos prestadores com os objetivos, atividades e metas estabelecidas pelos gestores de acordo com as necessidades de saúde identificadas” (BRASIL, 2002).

Desse modo, mesmo tendo a Constituição Federal previsto a possibilidade de se firmar tanto contrato como convênio, os primeiros se mostram mais indicados para formalizar a relação entre as entidades privadas e o Poder Público. Analisadas as principais características do setor da saúde complementar, o próximo subtópico tem por objetivo o exame do setor suplementar, abordando seus principais aspectos.

1.3.3 Saúde suplementar

Depreende-se do caput do artigo 199 da Constituição Federal a possibilidade de prestação dos serviços de assistência médica pela iniciativa privada. No subtópico anterior, analisou-se a realização das atividades por entidades privadas em complemento às ofertadas pelo Poder Público. Porém, é permitido também que os serviços de saúde sejam oferecidos diretamente à população pelo setor privado, sem que haja atuação em conjunto com o SUS. Desse modo, a assistência médica no Brasil não constitui um monopólio do Estado, nem mesmo se configura como um serviço exclusivo deste.

No setor suplementar, a prestação da atividade é realizada por particulares e está fora do âmbito de atuação do Poder Público. Instituições privadas utilizam-se de uma rede própria, disponibilizando os serviços para a população que, em contrapartida, remunera os prestadores.

Frisa-se que saúde complementar e suplementar não se confundem, uma vez que aquela age subsidiando a rede pública, enquanto que esta presta os serviços diretamente aos usuários sem que haja envolvimento com o SUS. Leonardo Vizeu Figueiredo (2012, p. 98) compreende a saúde suplementar como um:

[...] regime participativo do particular nos serviços de saúde, concomitantemente com os serviços públicos prestados pelo Estado, sob forma opcional e facultativa ao respectivo beneficiário, com o fim de ampliar o leque de serviços postos à disposição do cidadão, seja para servir de aditamento ou para suprir as deficiências do sistema público.

Destaca-se, contudo, que compete ao Estado, por se tratar de um direito fundamental com relevância pública, o controle e a fiscalização, por intermédio de legislação específica e das agências reguladoras, das atividades prestadas no âmbito da saúde suplementar. Cabe à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – a regulação do mercado de suplementação privada da assistência médica. A ANS, criada pela Lei nº 9.961/2000, constitui uma autarquia federal concebida sob regime especial, configurando como uma pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Indireta. Diante da natureza de autarquia especial, a ANS possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão dos recursos humanos.

No âmbito do setor suplementar, a atuação das instituições privadas pode ocorrer a partir de quatro principais modalidades: medicina de grupo, seguro saúde, cooperativa médica e autogestão. A primeira caracteriza-se pela prestação do serviço por intermédio de uma empresa privada com unidades próprias, nas quais os médicos são empregados da instituição, ou por meio de unidades credenciadas pela empresa. Por possuir uma estrutura própria de médicos e de serviços auxiliares, o atendimento médico-hospitalar ofertado possui alto padrão técnico-profissional. Os clientes das operadoras de medicina de grupo são tanto indivíduos quanto empresas. O modelo de medicina de grupo instituiu-se há cerca de 30 anos, em razão da deficiência dos serviços prestados pela rede pública e dos elevados preços estabelecidos pela medicina liberal (FIGUEIREDO, 2015, p. 292).

Já o seguro saúde, regulado pela Lei nº 10.185/2001, consiste em um contrato de seguro cuja apólice é a assistência médica, não podendo mais ser, por força de lei, o pagamento de indenizações. Importante ressaltar, que nesta modalidade não há prestação direta do serviço aos seus segurados. As seguradoras de saúde garantem aos seus segurados a cobertura para as despesas com assistência médico-hospitalar, os serviços assegurados podem variar a depender da necessidade do segurado. Importante frisar que o seguro saúde poderá ser feito tanto por pessoas físicas como por pessoas jurídicas (CONASS, 2007, p. 23).

A cooperativa médica, por sua vez, muito se assemelha com as operadoras de medicina de grupo. Contudo, enquanto estas se organizam como empresas, aquelas se estruturam como sociedades cooperativas, nas quais os profissionais de saúde (cooperados) são seus associados. As cooperativas médicas, de acordo com o que expõe Leonardo Figueiredo (2015, p. 274), “são pessoas sem fins lucrativos, constituídas conforme o disposto na Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que operam planos privados de assistência à saúde”.

Os serviços das cooperativas médicas podem ser prestados tanto para indivíduos quanto para empresas. A forma de acesso aos serviços oferecidos ocorre mediante relação contratual, na qual os beneficiários se obrigam a realizar um pré-pagamento e a cooperativa se propõe a fornecer a assistência médica quando houver necessidade. Atualmente, a principal organização representativa desta categoria é a Unimed Brasil.

Por fim, no que se refere à autogestão, a assistência médica é organizada por empregados de uma determinada empresa, podendo ter ou não patrocínio dos empregadores. O serviço é prestado aos funcionários, estendendo-se, muitas vezes, aos seus familiares. Não há, contudo, a comercialização dos planos, vez que estas organizações não atuam para o mercado (CONASS, 2007, p. 24-26). Para Renata Esmeraldo e José Fernando Lopes (2015, p. 43) as empresas que atuam em regime de autogestão:

[...] têm como objeto principal de seus contratos administrar e gerenciar, diretamente ou por meio de específicos prestadores de serviços, a cobertura de atendimento que for necessária para um universo delimitado de beneficiários a elas vinculado e que deva ser prestado por empresas especializadas de serviços de assistência à saúde abrangido pela Lei nº 9.656/98. As operadoras no regime de autogestão, inclusive, também podem terceirizar a própria administração e gerenciamento de seus contratos.

Atualmente, de acordo com dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, atuam no Brasil cerca de 790 operadoras médico-hospitalares, que prestam assistência médica para aproximadamente 48 milhões de brasileiros¹⁸. No que se refere ao modelo de contratação do serviço, este, conforme legislação vigente (Resolução Normativa 195/2009 da ANS), classifica-se em: individual ou familiar; coletivo ou empresarial; e coletivo por adesão. A definição de cada modalidade pode ser visualizada na própria Resolução. Por plano privado individual ou familiar compreende-se aquele em que os serviços são prestados e oferecidos para livre adesão de pessoas físicas, seja com ou sem grupo familiar.

¹⁸ Dados no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 2 de janeiro de 2017.

Já o plano coletivo ou empresarial consiste naquele que se oferece cobertura médica à população delimitada e vinculada a pessoa jurídica por força de relação empregatícia ou estatutária. A assistência pode ser estendida, conforme previsão legal, até familiares de terceiro grau por parentesco consanguíneo e de segundo grau por parentesco por afinidade com aqueles vinculados ao plano. Ademais, sabe-se que, havendo previsão contratual, a prestação do serviço de saúde poderá ser assegurada aos sócios da pessoa jurídica, bem como aos seus administradores (REZENDE, 2011, p. 76). Leonardo Figueiredo (2015, p. 172) apresenta a subdivisão deste modelo em:

- a) com patrocinador: planos contratados por pessoas jurídicas em que as mensalidades são pagas integral ou parcialmente pelo contratante à operadora. Incluem-se ainda contratos mantidos por autogestão, em que o beneficiário paga parte da mensalidade;
- b) sem patrocinador: planos contratados por pessoa jurídicas, com mensalidade integralmente paga pelo beneficiário diretamente à operadora.

Por último tem-se o plano coletivo de adesão, previsto no artigo 9º da Resolução 195/2009 da ANS. Esta modalidade de contrato é voltada para aqueles que possuem vínculo com conselhos profissionais e entidades de classe (sindicato e centrais sindicais), associações profissionais, caixas de assistência e fundações de direito privado, entre outras entidades. Segundo Aurisvaldo Sampaio (2010, p. 204), dentre as características presentes tanto no contrato coletivo por adesão quanto no contrato coletivo empresarial destacam-se:

Uma característica é comum a ambas as modalidades de planos de assistência à saúde coletivos: podem ser contratados com ou sem patrocinador. O plano coletivo sem patrocinador é aquele em que os beneficiários arcam com a integralidade de seu custeio. No plano coletivo com patrocinador, por sua vez, as contraprestações pecuniárias são suportadas, total ou parcialmente, pela pessoa jurídica contratante. Nas duas modalidades de planos coletivos a responsabilidade pelo pagamento dos serviços prestados pela operadora – assim entendido o ato material de solver a obrigação pecuniária – será da pessoa jurídica contratante.

Por fim, quando o particular, a partir de previsão constitucional, atua prestando o serviço de saúde de forma suplementar, não se pode querer a equivalência da atividade quando comparado com a assistência realizada pelo ente público. Isso ocorre pelo fato de que os particulares que trabalham nesse mercado continuam buscando o lucro, como qualquer outro integrante da iniciativa privada. Conforme observa-se no relatório do anteprojeto do Novo Código Comercial¹⁹, a motivação principal para exploração da atividade econômica é a obtenção de lucro. Nesse sentido, não se pode exigir prestação de serviço nas mesmas

¹⁹ Art. 4o. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões: [...] § 1o. Decorre dos princípios da liberdade de iniciativa empresarial e da liberdade de concorrência o reconhecimento: [...] II – do lucro obtido com a exploração regular de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;

proporções quando um dos envolvidos, no caso o Poder Público, não possui a motivação de lucrar com a atividade.

Uma vez abordada a estrutura do sistema de saúde no Brasil, buscar-se-á, no próximo capítulo, examinar a questão da judicialização da saúde, posto que muito se discute sobre a legitimidade da intervenção judicial, bem como das consequências que esta pode causar. Para tanto serão analisados os dados colhidos por meio dos questionários aplicados aos magistrados do Poder Judiciário Federal e do Poder Judiciário do Estado do Ceará, de primeira instância, com atuação em Fortaleza, em Varas que julgam ações envolvendo direito à saúde, no campo público e privado.

2 INTERVENÇÃO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA

No presente capítulo, será abordada a questão da intervenção judicial no âmbito das ações envolvendo direito à saúde, tanto no âmbito público quanto no privado. Para tanto, primeiramente, far-se-á a análise do fenômeno da judicialização da saúde, elencando suas principais características, bem como expondo o número de processos em tramitação sobre a temática. Em seguida, tratar-se-á sobre o fenômeno da judicialização da saúde sob a ótica da análise econômica do direito, desenvolvendo o tema com base em teorias econômicas, tais como a teoria da seleção adversa e da influência das externalidades na atividade.

Posteriormente, a partir dos dados obtidos pela pesquisa realizada com os Magistrados Estaduais e Federais de primeira instância atuantes no município Fortaleza, será demonstrado o desempenho de referidos profissionais a fim de melhor compreender se os mesmos estão preparados ou não para solucionar tais litígios. O objetivo central neste segundo capítulo é melhor compreender a atuação dos magistrados responsáveis pelas demandas relacionadas às questões de saúde e saber até que ponto esta intervenção é eficaz para a atividade.

2.1 A judicialização da saúde

O fenômeno da judicialização da saúde tem como marco temporal a década de 90, com o surgimento das primeiras demandas ingressadas por pessoas portadoras do vírus HIV/Aids a fim de obter medicamentos e procedimentos médicos para o tratamento da enfermidade. Pleiteava-se o fornecimento gratuito de antirretrovirais, substância indispensável para a garantia da sobrevivência dos pacientes, visto que estes ainda não eram disponibilizados pelas unidades de saúde. O principal fundamento do pedido era a previsão constitucional de que a saúde é um dever do Estado e direito de todos os indivíduos. Contudo, os pedidos judiciais não se limitaram às questões envolvendo o vírus do HIV/Aids, conforme expõe João Maurício Sant'Ana e outros (2011, p. 138):

[...] Se no início dos anos 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, hoje o perfil das

ações é bem mais diversificado, abrangendo medicamentos para as mais variadas indicações terapêuticas.

A partir de levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça é possível perceber o crescimento do número de demandas sobre direito à saúde. No ano de 2014, por exemplo, tramitavam nos Tribunais de Justiça cerca de 330 mil processos envolvendo tanto questões de saúde pública quanto saúde privada, enquanto que em 2011, a quantidade de processos nos Tribunais de Justiça do país era de 240 mil. Observa-se que, em três anos, houve aumento de 37% do número de ações.

É a partir dessa elevação do número de processos envolvendo direito à saúde que passa a se questionar até que ponto a intervenção judicial é um instrumento eficaz para garantia desse direito. Sendo, portanto, necessário analisar se a atuação dos magistrados assegura ou não o acesso da população aos serviços de assistência médica e hospitalar. Nesse sentido, deve ser abordada a questão sob duas óticas, a primeira relacionada à saúde pública, em razão de compreender recursos públicos, já a segunda se refere à saúde suplementar, tendo em vista a interferência de terceiro em uma relação privada.

2.1.1 Controle judicial das políticas públicas de saúde

As políticas públicas são consideradas parte do planejamento das ações estatais a serem realizadas pelo Poder Público. A partir dos recursos arrecadados, cabe ao Estado alocá-los de forma a contemplar as necessidades da sociedade, concretizando as diretrizes expostas no texto constitucional (FALAVINHA, 2013, p. 53). Nesse sentido, Maria Paula Bucci (2002, p. 241) expõe que “as políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Jean-Claude Thoenig (1985, p. 7), por sua vez, afirma que “as políticas públicas estruturam o sistema político, definem e delimitam os espaços, os desafios, os atores”.

Segundo Enrique Saraiva (2006, p. 31) a política pública possui quatro elementos de configuração, quais sejam, institucional, decisório, comportamental e causal. Entende-se por institucional em razão de ser elaborada por uma autoridade competente, bem como ser coletivamente vinculante. É decisória por se tratar de um conjunto de escolhas em uma determinada situação para atender problemas sociais. Observa-se o elemento comportamental vez que implica um curso de ação para concretizar os direitos fundamentais. Por fim, o componente casual consiste nos resultados dos atos.

É importante destacar que a clássica divisão entre direitos fundamentais de caráter positivo e de caráter negativo deve ser reavaliada sob a ótica da aplicação das receitas. Entende-se, com base nessa divisão, que os direitos fundamentais negativos exigem uma postura de não fazer do Estado, enquanto que os direitos fundamentais positivos demandam uma efetiva atuação do poder estatal para se concretizar. O fato de as garantias negativas não necessitarem de ações concretas não significa que elas não causam um custo para o Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44). Também nesse sentido expõe José Casalta Nabais (2002, p. 20).

Não tem, por isso, o menor suporte a ideia, assente numa ficção de pendor libertário ou anarquista, de que a realização e protecção dos assim chamados direitos negativos, polarizados no direito de propriedade e na liberdade contratual, teriam apenas custos privados, sendo assim imunes a custos comunitários. Ou, dito de outro modo, não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. Pois, do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros

A referida função estatal, realizada por meio de serviços públicos, é percebida principalmente quando se trata de direitos sociais como saúde, educação, segurança, previdência, entre outros. Isso ocorre pelo fato de tais garantias exigirem, por parte do Estado, uma atuação ativa, esta, por sua vez, materializa-se em políticas públicas (BUCCI, 1997, p. 90). Destaca-se que o texto constitucional elencou no artigo 6º um rol de direitos sociais que, muitas vezes, diante da escassez dos recursos, não podem ser plenamente efetivados. Por esse motivo, Batista Júnior (2012, p. 102) afirma que:

É verdade que a ideia de eficiência só faz sentido se imaginar que os recursos são relativamente escassos, isto é, se existe uma escassez relativa de recursos. Quando existe abundância de recursos, não há que centrar as preocupações em problemas de distribuição ou de eficiência (stricto sensu). Por outro lado, perante a escassez extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as eficientísticas, firmando as atenções em questões atinentes a critérios para uma 'eleição trágica'.

A escassez dos recursos refere-se à insuficiência de bens para satisfazer a necessidade de todos os indivíduos. A escassez pode ser classificada, segundo Jon Elster (1992, p. 21-23), em maior ou menor grau, como natural, quase-natural, ou artificial. A primeira se manifesta quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta do produto. Já a escassez natural em menor grau ocorre quando é possível elevar a oferta, porém não será suficiente para atender a todos. A escassez quase-natural se manifesta quando o aumento da oferta é capaz de satisfazer

a demanda. Por fim, a escassez artificial se configura quando o Poder Público pode, se assim o quiser, tornar o bem acessível para todos.

Diante da escassez dos recursos, o Poder Público, ao gerir as receitas arrecadadas, deve tomar decisões com o fito de prestar serviços de forma eficaz. Não há como negar que a partir do momento que o Estado decide alocar os recursos em determinada área, implica-se em declinar de outros direitos. Com base nessa premissa, Guido Calabresi e Philip Bobbitt (1978) desenvolveram a teoria das escolhas trágicas. Para Gustavo Amaral (2001, p. 148):

As decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira chamada de decisão de primeira ordem e a outra de segunda ordem. As expressões foram cunhadas por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, com as decisões de primeira ordem²⁰ voltando-se à produção de bens onde há escassez natural. Jon Elster inclui nas decisões de primeira ordem todas as escolhas feitas ou induzidas com o propósito direto de afetar o total de bens disponíveis, incluindo escolhas individuais descentralizadas e a escassez quase-natural. Elster cria também o conceito de decisões de terceira ordem, que vêm a ser decisões tomadas pelos potenciais beneficiários dos bens escassos que afetam suas necessidades ou suas possibilidades de recebê-los, dentro de um dado esquema alocativo [...].

De acordo com a Constituição Federal de 1988²¹, é de competência privativa do Poder Executivo a iniciativa para a elaboração das leis que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Percebe-se que o constituinte originário, decidiu, diante do princípio da separação dos poderes, conferir ao Executivo a responsabilidade de alocar as receitas públicas. A Lei Orçamentária Anual²² é formada pela junção de três orçamentos, a) orçamento fiscal que se refere aos poderes da União, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta; b) orçamento de investimento das empresas cujo capital social com direito a voto pertence à União; c) orçamento da seguridade social, que abrange os direitos relativos à saúde, à previdência e assistência social.

O Poder Legislativo também possui importante função no âmbito da gestão das receitas públicas, visto que, segundo a Constituição Federal, as Leis Orçamentárias devem ser

²⁰ The first-order determinations define the global setting, whether existentially imposed, as in a condition of absolute natural scarcity, or, as is the more common case, one chosen on the basis of relative priorities within the larger context of ultimate natural scarcities, for instance, a population-restrictive policy which sets acceptable rates of procreation in a society (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19).

²¹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.

²² A Lei nº 13.414, de 10 de janeiro de 2017 (LOA da União para o exercício de 2017) estimulou para o orçamento da Seguridade Social, no que se refere à receita, R\$ 668.099.666.174,00. Enquanto para fins de despesa fixou o valor de R\$ 948.425.754.351,00

aprovadas pelo Congresso Nacional. Outrossim, para abertura de crédito suplementar ou especial é necessária a permissão do Poder Legislativo, conforme preconiza art. 167, V, da CF/88: “é vedada a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, diante do atual cenário constitucional, cabe ao Poder Executivo, juntamente com a autorização legislativa, a função de gerir os recursos públicos e estabelecer as políticas públicas para atender a necessidade da população. Contudo, quando as ações governamentais não são suficientes, o indivíduo busca meios alternativos para suprir suas carências. É nesse momento que se inicia as demandas judiciais com o objetivo de assegurar o cumprimento das garantias.

Como exemplo de atuação do Poder Judiciário em ações envolvendo direitos sociais, cita-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 1.185.474/SC. Em referido julgado é possível destacar pontos que determinam a forma de atuação dos magistrados em ações envolvendo direitos sociais. O primeiro consiste em estabelecer a importância dos direitos sociais, sendo estes justificáveis, por si só, principalmente os direitos à saúde e à educação. O segundo diz respeito a escassez dos recursos públicos, confirmando que os mesmos não são ilimitados, porém devem ser aplicados corretamente a fim de evitar privações às garantias constitucionais. O terceiro ponto afirma que o princípio da reserva do possível pode ser oponível à efetivação dos direitos sociais, contanto que seja concreta e não abstrata, devendo ser comprovada a real insuficiência dos recursos. Além disso, a reserva do possível não pode ser usada como argumento quando se está diante de questões envolvendo o mínimo existencial do indivíduo.

Portanto, de acordo com o entendimento do STJ, os direitos sociais devem ser protegidos judicialmente. Os argumentos desfavoráveis a essa intervenção, como a ausência de critérios técnicos ou a violação do princípio da separação dos poderes devem ser repensados e não devem prosperar em face dos comandos constitucionais de proteção às garantias individuais e coletivas. A questão sobre a efetiva inexistência de recursos públicos para fins de aplicação da reserva do possível também pode ser visualizada no julgamento da ADPF nº 45-9/DF, senão vejamos:

[...] A "reserva do possível" não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. Como ressalta o Min. Celso de Mello, "Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese -

mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Contudo, ao se analisar a intervenção judicial a partir de valores, constata-se que no âmbito da saúde, de acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, desde o ano de 2010, houve um aumento de mais de 700% nos gastos da União nessa área em razão da elevação das demandas judiciais²³. Em 2010, por exemplo, o valor consumido corresponde a mais de R\$ 139 milhões, enquanto que em 2014, a verba despendida foi cerca de R\$ 838 milhões. Entre o ano de 2010 até maio de 2016, mais de R\$ 3,9 bilhões foram dispendidos para o cumprimento de sentenças. No que se refere aos pedidos, no período de 2010 a 2015, os itens que mais foram judicializados estão relacionados com doenças raras e diabetes, são eles, tira reagente, insulina glargina, insulina lispro, insulina asparte e eculizumabe (VIEIRA, 2016, p. 4).

Apesar de, em um primeiro momento, a elevação dos gastos parecer um ponto positivo para a efetivação do direito à saúde no Brasil, há de se questionar se os referidos valores estão sendo implementados da melhor forma, pois sabe-se que o importante não é a quantidade que se gasta, mas a qualidade da prestação do serviço. Quando o Poder Judiciário soluciona as demandas individuais relativas à saúde, ele passa a atuar como verdadeiro gestor dos recursos públicos, pois não há como negar o fato de que a sentença vai influenciar no orçamento público como um todo.

É nesse ponto que se critica a atuação dos magistrados nas ações envolvendo direito à saúde, pois, conforme expõe Gustavo Amaral (2001, p. 143) “o judiciário vem tentando resolver as questões que lhe são postas com as fórmulas, com o instrumental próprio para resolver os microconflitos”. No ponto de vista da teoria da separação dos poderes, a atuação do Poder Judiciário, quando se está diante de demandas capazes de influenciar diretamente a alocação dos recursos públicos, esbarra-se na questão da ausência de legitimidade. Nesse sentido, expõe Daniel Wang (2008, p. 540):

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos

²³ Dados obtidos no sítio eletrônico: < [http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3354-ans-participa-de-reuniao-para-reduzir-judicializacao-da-saude?highlight=WyJhdW1lbnRvIiwYXVtZW50YSIsImF1bWVudGFzc2UiLCJhdW1lbnRhZG8iLCJhdW1lbnRhciIsImF1bWVudG9zIiwYXVtZW50YW0iLCJhdW1lbnRlIiwianVkaWNpYWxpemFcdTAwZTdcidTAwZTNvIl0](http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/3354-ans-participa-de-reuniao-para-reduzir-judicializacao-da-saude?highlight=WyJhdW1lbnRvIiwYXVtZW50YSIsImF1bWVudGFzc2UiLCJhdW1lbnRhZG8iLCJhdW1lbnRhciIsImF1bWVudG9zIiwYXVtZW50YW0iLCJhdW1lbnRlIiwianVkaWNpYWxpemFcdTAwZTdcidTAwZTNvIl0=) =>. Acesso em 22 de abril de 2017.

públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.

Como já foi visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o poder legítimo para gerir os recursos públicos é o Poder Executivo e não o Poder Judiciário. Dentre as justificativas para tal escolha, cita-se a questão de o chefe do Poder Executivo ser escolhido pela sociedade a partir de eleições diretas, enquanto que os membros do judiciário, em regra, são pessoas com conhecimentos jurídicos aprovadas em concursos públicos. Não sendo, portanto, escolhidos diretamente pelo povo.

Além do aspecto da competência do Poder Judiciário para dispor sobre questões envolvendo políticas públicas e alocação de recursos públicos, há de se questionar a respeito da formação técnica dos magistrados para realizar tal tarefa. Nas ações envolvendo direito à saúde, será que os juízes possuem competência técnica para decidir qual é o tratamento mais indicado para o paciente? Possuem conhecimentos sobre a eficácia dos medicamentos pleiteados? Ao sentenciar, os juízes são auxiliados por profissionais de saúde imparciais?

Destaca-se, também, que a Constituição Federal ao dispor sobre direito à saúde, enquadra-o como um direito social e não como um direito individual, sendo assim, a partir do momento em que se pleiteia judicialmente um tratamento médico, por exemplo, o magistrado soluciona o conflito como se fosse um direito individual. Por esse motivo, Daniel Wang (2008, p. 549) aponta ser “muito relevante a consideração do direito à saúde não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal”.

Tratando-se de decisões alocativas de recursos públicos, é preciso que se estabeleçam critérios claros capazes de justificar a razão por se optar em atender determinadas pessoas e outras não. Nesse sentido, Gustavo Amaral (2001, p. 37) afirma

[...] se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue liminar?

Contudo, no cenário atual, percebe-se que não há, em regra, esse cuidado por parte dos magistrados. Tal constatação pode ser feita, tomando por base o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, visto que há, no sítio eletrônico do referido Tribunal, modelos de decisões para o

deferimento de pedidos envolvendo a saúde. No sítio eletrônico é possível visualizar decisões padrões para demandas que pleiteiam leito de UTI²⁴, bem como para aquelas que buscam o fornecimento de medicamentos²⁵.

Ao fornecer modelos de sentença, demonstra-se que inexiste preocupação com a alocação dos recursos públicos, já que se decide sem analisar o caso concreto do paciente, assim como sem levar em consideração o impacto que o número excessivo de condenações ao Estado pode acarretar aos cofres públicos, prejudicando o sistema como um todo. Além de que, ao agir dessa forma, o Poder Judiciário acaba por favorecer apenas aqueles que buscam a Justiça, ferindo o princípio da isonomia e esquecendo de que a saúde é um direito coletivo e não individual. Conclui Daniel Wang (2008, p. 563) que:

Esse tipo de decisão ignora as consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar de direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e se esquece da realidade.

Desse modo, a excessiva intervenção judicial no âmbito das políticas públicas de saúde tende a prejudicar o próprio direito em si, visando favorecer apenas parcela da sociedade, ou seja, somente aqueles que buscam a tutela jurisdicional. Além de causar um desequilíbrio nas contas públicas, pois passam a criar e/ou aumentar as despesas financeiras do Estado que, no momento da elaboração do orçamento, não estavam previstas. No subtópico seguinte, será feita a análise da judicialização do direito à saúde, porém no âmbito da saúde suplementar, envolvendo as operadoras e seguradoras de saúde.

2.1.2 Controle judicial na atividade econômica das operadoras e seguradoras de saúde

Conforme abordado anteriormente, a Constituição Federal de 1988²⁶ permite que particulares atuem, com base nas regras de direito privado, prestando serviços de assistência

²⁴ Modelo de decisão para fins de deferimento de leito de UTI: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/10/DECIS%C3%83O-TUTELA-DE-URG%C3%8ANCIA-UTI-1.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

²⁵ Modelo de decisão para fins de deferimento de medicamento importado não incorporado pelo Sistema Único de Saúde: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/10/A%C3%87%C3%83O-CIVIL-P%C3%9ABLICA-S%C3%8DNDROME-DE-HUNTER-MEDICAMENTO-IDURSULFASE-ELAPRASE.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

²⁶ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

médica e hospitalar, sendo tal seara denominada de saúde suplementar. Sabe-se que cabe, precipuamente, ao Poder Público assegurar a todos os cidadãos o acesso de qualidade aos serviços de saúde, porém nem sempre é possível atender a demanda, por essa razão o número de brasileiros que possuem planos de saúde é elevado, correspondendo a mais de 47 milhões de beneficiários²⁷. Conceituando saúde suplementar, consigna Gabriel Schulman (2009, p. 201):

Entende-se por ‘saúde suplementar’ a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em outras palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado, a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.

No âmbito da saúde suplementar, a prestação do serviço é formalizada a partir da celebração de contratos. Nas hipóteses das operadoras de saúde, o consumidor fica obrigado a pagar antecipadamente e periodicamente determinado preço, e, em contrapartida, a empresa, em havendo necessidade do usuário, garante o fornecimento de atendimentos médicos, hospitalares e laboratoriais. Já no caso das seguradoras de saúde, o objeto do contrato é o ressarcimento das despesas geradas em razão de tratamento médico, relativas, principalmente, ao pagamento de honorários (SCAFF, 2010, p. 45).

Como marco regulatório da saúde suplementar no Brasil, tem-se a edição das Leis nº 9.656/1998 e a 9.961/2000. A primeira trata sobre os planos privados de saúde, abordando pontos importante para o funcionamento das empresas, dentre eles, destaca-se a preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro²⁸, pois, de acordo com Marco Aurélio Mello (2013, p. 11), já que “os contratos de seguro-saúde envolvem situações em que o indivíduo encontra-se fragilizada, porque convalescente, seria extremamente grave a impossibilidade de obter a cobertura médica previamente contratada por fato de recursos financeiros da operadora”.

Outro ponto que merece destaque da Lei nº 9.656/98 é a disposição da forma como a assistência médica deve constar nos contratos de planos de saúde. De acordo com o artigo 12

²⁷ Dado obtido no sítio eletrônico da Agência de Saúde Suplementar: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

²⁸ Art. 8º da Lei nº 9.656/1998 - Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS: [...] VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

da referida norma, quando um plano de saúde inclui o atendimento ambulatorial deve-se seguir as exigências mínimas previstas na norma, como a de cobertura de consultas médica, em número ilimitado, a serem realizadas em clínicas reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina. Outrossim, quando houver a prestação de serviço de internação hospitalar, esta cobertura não pode ter limitação por prazo, valor ou de quantidade.

Já a segunda Lei, dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS –, que consiste em uma autarquia federal sob regime especial, sendo vinculada ao Ministério da Saúde. A principal função da ANS é regular as atividades prestadas pelos particulares no âmbito da saúde suplementar. O próprio texto constitucional já havia previsto que a assistência de saúde suplementar seria fiscalizada pelo Poder Público. A fiscalização se apresenta como importante mecanismo para garantia da boa qualidade dos serviços ofertados, bem como é um meio capaz de assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica e da livre iniciativa. Do conjunto normativo responsável por tratar sobre a ANS, tem-se que a esta incumbe, conforme abordado por Rodrigo Silva (2008, p. 197):

Autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde e das operadoras de planos privados de assistência à saúde, que não poderão atuar e comercializar seus produtos sem o competente registro nessa agência; estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar reajustes; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos de privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência, podendo instituir, se necessário, o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; proceder à liquidação daquelas operadoras que tiveram cassada a autorização de funcionamento; promover a alienação da carteira de planos.

Como exemplo de atos de regulação, cita-se a Resolução Normativa nº 387, de 28 de outubro de 2015, que atualiza o rol de procedimento e eventos em saúde, os quais constituem a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde. Tem-se, também, a Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades por violação da legislação dos planos privados de assistência médica. Percebe-se, portanto, que além do respeito à Lei em sentido estrito, cabe, também, ao mercado da saúde suplementar a observância das Resoluções elaboradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Contudo, mesmo com a regulamentação feita pela Lei e pela ANS, que visa assegurar a boa prestação do serviço, o número de demandas judiciais envolvendo a saúde suplementar aumentou nos últimos anos. De acordo com pesquisa elaborada pela Faculdade de Medicina da USP, no Estado de São Paulo houve elevação de mais de 630% do número de ações judiciais

no período entre 2011 e 2016. Além disso, conforme aponta o estudo, em 90% dos casos o judiciário julga a ação em favor do usuário²⁹. Nos três primeiros meses de 2017, ainda em São Paulo, já foram julgadas mais de 4.775 ações, alcançando uma média de 115 decisões por dia³⁰.

No Estado do Ceará, a partir de pesquisa utilizando o sistema E-SAJ, constata-se, também, o aumento no número de decisões nos últimos anos. No ano de 2013, ao selecionar na opção de busca o assunto “plano de saúde”, verificou-se que foram expedidas apenas 36 sentenças referentes a temática, enquanto que em 2016, o número de decisões aumentou para 126. Dentre os principais pedidos no âmbito das ações envolvendo saúde suplementar, destaca-se a questão da cobertura dos planos, visto que muitas vezes o usuário requer a prestação de um serviço que não está assegurado no contrato.

Como exemplo, cita-se o Processo nº 0144009-59.2013.8.06.0001, em que o requerente pleiteia a autorização para o procedimento cirúrgico e internação em hospital específico, tendo em vista este disponibilizar de aparelhamento necessário para minimizar os riscos da cirurgia. Outra questão também debatida nas ações de saúde suplementar diz respeito ao reajuste das prestações em razão da mudança de faixa etária do usuário. Para fins de ilustração, aponta-se o Processo nº 0176725-42.2013.8.06.0001, no qual se discute a abusividade da cláusula que prevê referido reajuste de mensalidades por faixa etária.

Importante ponto a ser observado é a fundamentação das decisões, no primeiro processo supracitado, por exemplo, sentenciou-se favorável ao usuário, tendo sido usado como fundamento: a) o vínculo entre as partes constitui uma relação de consumo, devendo, portanto, serem aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor; b) o plano de saúde tem por objetivo garantir ao contratante a cobertura de produtos e serviços médico-hospitalares voltados a satisfação das necessidades do indivíduo; c) o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe a autonomia da vontade, de modo que as cláusulas contratuais devem ser analisadas com maior cautela; d) a operadora de plano de saúde não demonstrou que dispunha de infraestrutura e pessoal para realizar o procedimento cirúrgico almejado pelo usuário, bem como não forneceu elementos suficientes para comprovar que quando da celebração do contrato, tenha sido informadas à requerente as eventuais restrições de cobertura.

²⁹ Dados obtido no sítio eletrônico: < <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/acoes-contra-planos-de-saude-sobem-600-em-seis-anos-em-sao-paulo.html>>. Acesso em 2 de maio de 2017.

³⁰ Dados obtidos no sítio eletrônico < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-contra-planos-de-saude-disparam-em-sao-paulo-em-2017-sao-117-por-dia,70001757754>>. Acesso em 2 de maio de 2017.

Para melhor ilustrar os fundamentos usados pelos magistrados no âmbito das ações envolvendo saúde suplementar, selecionou-se as demandas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em 2015. Os dados podem ser visualizados por meio do sítio eletrônico “<http://esaj.tjce.jus.br>”. No momento em que foram feitas as buscas, utilizou-se as ferramentas de filtros, tendo sido selecionadas as opções: a) quanto à classe “apelação” e “apelação/reexame necessário”; b) quanto ao assunto “plano de saúde”.

Nas ações que pleiteiam exclusivamente a realização de serviços de assistência médica, em mais de 90% dos casos³¹, as operadoras de saúde foram condenadas. Nesse passo, analisa-se quais foram os principais argumentos usados pelos magistrados. Em pelo menos 80% dos acórdãos examinados, abordou-se a questão da proteção ao direito do consumidor, tendo em vista a relação entre usuário e plano de saúde ser considerada de consumo. Atrelada a questão da proteção ao consumidor, tem-se o fundamento da abusividade das cláusulas contratuais.

Como exemplo, tem-se o Processo nº 0483263-68.2010.8.06.0001, que, de acordo com o plano de saúde, o beneficiário não se enquadrava no perfil exposto no contrato para a submissão ao procedimento cirúrgico, razão pela qual o pedido de cirurgia foi administrativamente indeferido. Todavia, o Tribunal de Justiça considerou abusiva a negativa e afastou o disposto no contrato, com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – CDC –³², sendo determinado o pagamento de indenização por danos materiais para arcar com os gastos da intervenção cirúrgica.

Merece, também, ressalva a decisão proferida nos autos do Processo nº 0517226-33.2011.8.06.0001, no qual o beneficiário requeria que o plano de saúde fornecesse determinado material para a realização de uma cirurgia, todavia, o pedido foi indeferido em sede administrativa, visto se tratar de material importado, que havia previsão expressa no contrato de que o plano de saúde não cobria. Apesar da existência de cláusula contratual, o Tribunal de Justiça entendeu por bem afastá-la utilizando-se do seguinte argumento: “embora haja previsão específica de exclusão de material importado, imperioso reconhecer que o material solicitado é indispensável ao autor, conforme informado pelo médico”. Em parágrafo

³¹ Feita a busca no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, foram localizados 23 processos abordando a temática selecionada. Contudo, a pesquisa levou em consideração apenas as demandas que envolviam prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, reduzindo-se o número para 16 acórdãos. Desses 16 processos, em apenas um caso o plano de saúde não foi condenado.

³² Art. 14, CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

seguinte, continua “no que tange ao fato de a sonde solicitada constituir material importado, frise-se que é pacífico no meio científico que o dispositivo nacional não tem a mesma eficácia que o importado”.

Nesse referido caso, são analisados dois principais pontos da decisão. O primeiro diz respeito ao fato de o magistrado saber da previsão contratual, que não permitia o uso de material importado, mas, mesmo assim, preferir afastar o contrato haja vista se tratar de questão de urgência. Por outro lado, tem-se, também, o argumento de que o material importado é mais eficaz que o nacional, este fundamento, por si só, não se mostra adequado, uma vez que foi previamente estabelecido pelas partes a prestação de determinado padrão de material e não, necessariamente, o modelo requerido pelo usuário.

Em nenhuma das situações examinadas, o beneficiário argumentou o descumprimento de cláusula contratual, alegou-se tão somente a abusividade das disposições. Além disso, em mais de 80% dos casos analisados, a operadora de saúde sustentou que o pedido feito pelo usuário não possuía respaldo contratual, nesse sentido, chama-se atenção para a atuação da ANS. Conforme previsto na Lei nº 9.961/2000, os contratos de planos de saúde antes de serem disponibilizados ao público passam pela fiscalização da referida agência reguladora, com o fito de já serem excluídas cláusulas abusivas.

A intervenção judicial excessiva, tanto no âmbito da saúde pública, como no da saúde privada, podem causar consequências para a prestação do serviço. Questões envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro se destacam quando o assunto é judicialização. Nesse passo, o próximo tópico tem como objetivo inicial abordar teorias da análise econômica do direito que se enquadram na temática em exame. Para que, posteriormente, seja demonstrado como a intervenção judicial pode afetar a eficiência e a qualidade do serviço prestado.

2.2 Análise econômica da judicialização da saúde

O presente tópico tem como objetivo analisar as principais teorias referentes à análise econômica do direito que podem ser aplicadas à temática da judicialização da saúde. A partir do exame ora proposto será possível observar quais são as possíveis consequências que a intervenção judicial pode acarretar na prestação do serviço de saúde pública e privada. No primeiro momento, abordar-se-á a teoria dos contratos, ressaltando as características para sua configuração e, atrelada à referida teoria, tratar-se-á, também, da eficiência econômica.

Posteriormente, será apresentada a teoria dos custos de transação, das externalidades e da assimetria de informações, a fim de se verificar como o comportamento humano influi na eficiência do negócio jurídico. Por fim, tendo sido explanadas as referidas teorias econômicas, será feita a relação entre estas e a intervenção judicial nas demandas envolvendo questões de saúde pública e privada, para que se possa visualizar as consequências que a judicialização pode acarretar.

2.2.1 Teoria dos contratos e eficiência econômica

O ponto principal de um contrato é a promessa firmada entre os envolvidos. A elaboração desses acordos, com a abordagem dos principais encargos a serem cumpridos pelas partes, traz maior segurança para a efetivação das promessas. O instrumento contrato pode se materializar tanto de maneira escrita e formal, como não escrita e informal. Percebe-se, baseada em uma aceção econômica, que a noção de contrato pode ser visualizada a partir de três momentos: a) oferta e contrapartida da oferta; b) aceitação da oferta e da contrapartida; c) liquidação da promessa (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 111-112). Nesse sentido, Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn (2005, p. 104) afirmam:

Sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção. A teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas.

Com base nos três momentos apresentados acima, constata-se que a teoria da barganha está diretamente relacionada à constituição de um contrato. Barganhar pressupõe a existência de um diálogo prévio entre as partes sobre a oferta e a contrapartida, a fim de que possam chegar a um acordo. Pela teoria da barganha, o contrato somente estará completo quando houver uma promessa de um lado e de outro uma contraprestação, esta se caracteriza como indutor para o cumprimento daquela, para Cooter e Ulen (2010, p. 203) “a contraprestação contratual torna executável a promessa. A teoria da barganha sustenta que as promessas garantidas pela contraprestação são executáveis e que as promessas sem contraprestação são inexecutáveis”.

Precursor da teoria dos contratos, Ronald Coase (1937, p. 333) afirma que as transações não eram reguladas, exclusivamente, pelos sistemas de preços, mas também pela influência dos mecanismos lastreados nos contratos. Além disso, esses instrumentos devem ser utilizados,

também, para incentivar que os agentes da relação atuem de maneira coordenada visando seus objetivos. Desse modo, Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn (2005, p. 103) apontam que os contratos permitem que:

[...] os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através de especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura de promessa. Vistas como um conjunto de contratos, as firmas representam arranjos institucionais desenhados de modo a coordenar (governar) as transações que concretizam as promessas definidas em conjunto pelos agentes [...]

Como visto, o contrato é um instrumento em que se representam as promessas firmadas pelas partes, havendo uma imposição da forma como os envolvidos devem atuar. É nesse ponto que se questiona a razão de se contratar, vez que a partir do momento em que se dispõe sobre o comportamento e se restringe as possibilidades de ação, não seria pior para o desenvolvimento do negócio? Uma das respostas a esse questionamento pode ser concebida a partir da “Teoria dos Jogos”, também chamada de “Teoria da Interação Estratégica”. Esta teoria ficou popularmente conhecida no período da Segunda Guerra Mundial, com a publicação, em 1944, do trabalho *Teoria dos Jogos e comportamento econômico* desenvolvido por Von Neumann.

A “Teoria dos Jogos” pode ser compreendida quando duas – ou mais – pessoas se relacionam e seus atos se baseiam naquilo que se espera que o outro faça. De modo que, conforme abordam Armando Pinheiro e Jairo Saddi (2006, p. 157), “ao prever ou ajudar a entender o comportamento das pessoas, a Teoria dos Jogos auxilia o Direito, em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e identificar formas de melhorar a sua eficácia e sua eficiência”. O objetivo é a otimização do negócio e o encontro de um equilíbrio para que ambas as partes possam se satisfazer (COOTER; ULEN, 2010, p. 56-57). Em resumo, concluem Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn (2005, p. 115-116):

[...] há casos – bastante comuns, diga-se de passagem – em que a ação na busca do interesse individual resulta em uma situação indesejável pelo coletivo. Em outras palavras, ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar um resultado pior para todos. Há ganhos, portanto, ao limitar comportamento das partes (em especial aquele que é mais desejado do ponto de vista individual), com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior.

Outro aspecto característico da teoria do contrato é a busca pela eficiência do negócio. Esta eficiência pode ser compreendida, em termos puramente econômicos, como a relação entre benefício e custo agregados a determinada situação (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 120). Outro conceito sobre eficiência pode ser obtido pela análise da *Teoria do Ótimo de Pareto*. Esta considera eficiente a situação em que não é possível haver mudança com fins de melhorar a relação sem que um dos agentes tenha perda, ou seja, o *Ótimo de Pareto* configura-se quando

se alcança um status no qual nenhuma outra melhoria é cabível (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 164). Cooter e Ulen (2010, p. 38) apresentam como exemplo a seguinte hipótese:

Para fins de simplificação, suponhamos que haja apenas dois consumidores, Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os bens estão distribuídos entre eles. Essa alocação é Pareto eficiente? Sim, se é impossível realocar o pão e os guarda-chuvas de modo a deixar ou Smith ou Jones em situação melhor sem deixar o outro em situação pior.

Há, também, a interpretação de eficiência a partir do princípio *Kaldor-Hicks*, que se contrapõe, em certo ponto, ao *Ótimo de Pareto*, por levar em consideração a soma dos efeitos líquidos sobre todos os agentes e não a situação isolada de cada um. Assim, se a alteração resultar em um ganho total maior, comparado à situação anterior, aquela será a mais eficiente. Ou seja, o fato de a mudança acarretar ganhadores e perdedores, não significa, por si só, que essa nova situação é ineficiente, pois se o ganho dos ganhadores for superior à perda dos perdedores, esse novo contexto será eficiente (COOTER; ULEN, 2010, p. 64).

A eficiência do negócio é o que se busca com a celebração de contratos, com estes há maior segurança de que as promessas serão adimplidas. Esta otimização e maximização dos resultados se consubstancia nas premissas da teoria da eficiência (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 405). Por esse motivo, ressalta-se a importância de compreender como as transações ocorrem, bem como qual é o comportamento dos indivíduos envolvidos. É por meio da análise desses elementos que se poderá alcançar o equilíbrio econômico desejado (PERES, 2007, p. 16).

2.2.2 Custos de transação, externalidades e assimetria de informações

Para a teoria de Arrow-Debreu (1954), a partir de um ambiente em que a competição é perfeita, o equilíbrio obtido por meio da fixação dos preços e alocação de bens possibilita que os consumidores e as empresas maximizem, respectivamente, o uso e o lucro. Há, portanto, uma equivalência entre o número de vendedores fazendo a oferta e o número de compradores que desejam adquirir o produto. Porém, nem sempre é possível atingir referido equilíbrio, e um dos motivos que não possibilita o alcance são os custos de transação. Estes podem ser conceituados, conforme explicam Armando Pinheiro e Jairo Saddi (2006, p. 62):

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que opera. Segundo, a atividade

da negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.

Custo de transação é entendido, então, como o gasto envolvido em uma barganha, e para haver a formalização de negócios é necessário que as partes tenham que desembolsar valores para arcar com o cumprimento das promessas. Como exemplo de custos de transação, tem-se a importância despendida para monitorar o desempenho do acordo e punir uma das partes por eventual descumprimento contratual. Portanto, nas palavras de Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 105): “custos de transação são os custos das trocas ou comércio”.

No âmbito do setor público, os custos de transação estão relacionados com a criação, execução, monitoramento e avaliação das políticas públicas. Tem-se como exemplo o tempo e os esforços gastos pelos agentes públicos na procura de um acordo sobre determinada medida a ser tomada. A partir do momento em que se há incertezas e conflitos, aumenta-se o custo da transação (PERES, 2007, p. 21).

Desse modo, percebe-se que os custos de transações influenciam na fixação dos valores para o negócio. Tem-se que quanto maior for o custo de transação maior será o risco e, conseqüentemente, mais caro será o negócio. Para Armando Pinheiro e Jairo Saddi (2006, p. 62-63), as instituições econômicas possuem como finalidade a redução dos custos de transação. Em conclusão aponta Ronald Coase que (1937, p. 393) “*a firm becomes larger as additional transactions (which could be exchange transaction coordinated through the price mechanism) are organized by the entrepreneur and becomes smaller as he abandons the organization of such transaction*”³³.

Ligada à teoria dos custos de transação, visualiza-se a questão das externalidades do negócio, que podem ser compreendidas como a influência que a decisão de determinadas pessoas ou entes podem causar a terceiros que dela não participaram (DIAS; CAMINHA, 2015,

³³ Tradução livre: A empresa se torna maior à medida que as transações adicionais (que poderiam ser transações de câmbio coordenadas pela fixação de preços) são organizadas pelo empresário e se tornam menor à medida que o empresário abandona a organização dessa transação.

p. 97). As externalidades podem ser subdivididas em externalidade positiva e externalidade negativa. A primeira diz respeito àquelas ações que, mesmo não tendo sido tomadas pelos integrantes do contrato, acabam por beneficiar a execução do contrato (MOTA; CAMINHA, 2017, p. 172-173). Como exemplo de externalidade positiva, no âmbito de um contrato de plano de saúde, pode-se citar o caso em que é descoberto, por um laboratório, um tratamento para determinada enfermidade com menor custo e maior eficácia. Percebe-se na hipótese citada, que a descoberta feita por um laboratório, ou seja, um terceiro, observado a partir da relação usuário e plano de saúde, poderá influenciar na diminuição dos custos do serviço.

Já as externalidades negativas representam situações contrárias, pois, nesses casos, a atuação do terceiro influirá negativamente no negócio firmado pelas partes (MOTA; CAMINHA, 2017, p. 173). Em tais situações, tem-se o caso das sentenças judiciais, pois estas são tomadas por um terceiro – o juiz – que não participou da elaboração do negócio jurídico, porém a decisão afetará diretamente a relação jurídica pré-existente entre as partes. Ponto relevante sobre as externalidades negativas é saber até que ponto elas podem impactar o negócio jurídico. A depender do momento em que são realizadas, há a possibilidade de as externalidades serem internalizadas pelo negócio jurídico. O problema permeia, contudo, nos casos em que não é mais possível ocorrer a internalização. As prováveis consequências que esta ausência pode gerar é o aumento nos custos de transação e, conseqüente, elevação dos preços.

Além dos custos de transação e das externalidades, aponta-se a assimetria de informações, como outra falha no mercado capaz de acarretar na ineficiência do negócio. Tal efeito se configura quando uma das partes envolvidas na transação possui mais informações que a outra (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 166). Compreende-se como falha no mercado, pois a partir do momento em que os agentes econômicos transacionam sem, contudo, serem compartilhadas as informações necessárias sobre os custos e os benefícios não haverá maximização do bem-estar social (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 258-259).

A existência de assimetria de informações é considerada mais como regra do que exceção, visto que são poucas as situações em que os envolvidos terão o mesmo nível de conhecimento sobre o objeto da transação. Porém, nem sempre a regulação é necessária para garantir a eficiência do negócio, já que há casos em que o vendedor – parte que, em regra, possui mais expertise sobre o assunto – prefere manter uma boa reputação para fidelizar o cliente (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 259).

Existem situações em que a assimetria de informação pode ser erradicada, também, com a existência de garantias capazes de incentivar a redução do desequilíbrio de informações. Contudo, há casos, chamados de assimetria de informações graves, em que a simples troca voluntária não é capaz de assegurar a eficiência da transação. Nessas hipóteses, fala-se que a intervenção do governo pode, teoricamente, reduzir as desvantagens. Para exemplificar, expõem Cooter e Ulen (2010, p. 64):

[...] os compradores de uma casa estão, muitas vezes, em desvantagem em relação aos atuais proprietários no conhecimento de defeitos latentes, como a presença de cupins ou uma fundação danificada. Em decorrência disso, o mercado para a venda de casas poderá não funcionar com eficiência, os compradores podem estar pagando demais pelas casas ou, de maneira ineficiente, deixar de comprá-las por temerem defeitos latentes. Muitos estados reagiram exigindo que os vendedores divulguem o conhecimento de quaisquer defeitos latentes aos possíveis compradores de casas. Se os vendedores não divulgarem essa informação, poderão ser responsáveis pela correção desses defeitos.

Não sendo superadas a informações assimétricas, é possível visualizar dois problemas específicos, quais sejam, a seleção adversa e o risco moral. A primeira ocorre quando há assimetria de informações antes da formalização da transação. Já na segunda situação, o desequilíbrio das informações acontece em momento posterior ao firmamento do contrato.

O estudo sobre a seleção adversa foi desenvolvido pelo economista George Akerlof em 1970 no trabalho chamado *The market for lemons and asymmetric information*. A pesquisa, analisando o mercado de compra e venda de carros usados no Estados Unidos, observou que quando um dos agentes não possui todas as informações necessárias a respeito da qualidade do produto ou do serviço ele tende a julgar o mercado com base na qualidade média. Diante desse julgamento, a parte mal informada, em razão da incerteza do negócio, passa a exigir descontos/prêmios a fim de resguardar a transação.

Como exemplo, imagine-se a situação em que “A” e “B” pretendem vender um carro usado, o veículo de “A” está em boas condições, por isso se fixou o preço em R\$ 5.000,00, já o carro de “B” apresenta alguns problemas técnicos, de modo que “B” requer R\$ 4.000,00. O comprador “C”, visto não possuir as informações sobre qual dos dois veículos é melhor, tende a requerer do vendedor “A” um desconto, pois, há no mercado o vendedor “B” cujo valor do produto é mais barato. Destaca-se que nessa situação apresentada, “B” não disponibiliza a informação sobre a qualidade do veículo (VARIAN, 2012, p. 759-760).

Diante dessa situação, ao se exigir redução no valor fixado por “A”, em razão do preço menor de “B”, a consequência é tornar o mercado de revenda de carros não atrativo. Nesse

passo, o mercado se tornar insustentável para os bons vendedores, pois estes terão que reduzir o valor do produto, até o ponto em que não haverá mais lucro. Assim, com a saída dos bons vendedores do mercado, ficará apenas os maus vendedores, de modo que o produto comercializado não será o de melhor qualidade.

Já o risco moral – *moral hazard* – surge na medida que um dos agentes deixa de seguir o comportamento ajustado anteriormente, em razão de fiscalização imperfeita, visto esta se tornar custosa para a parte adversa (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 138). Como se percebe, o risco moral é fenômeno que ocorre após o firmamento do acordo, diferente da seleção adversa que é anterior a este. Com essa mudança de comportamento, aumentam-se os riscos do negócio para a parte contrária. Para melhor compreensão, cita-se situação abordada por Luciano Timm e João Francisco Guarisse (2014, p. 167):

O exemplo clássico é o da pessoa que, após contratar um seguro para seu carro, perde incentivos para tomar cuidados, como trancar sempre a porta, estacionar em locais seguros etc. As seguradoras estão conscientes dessa alteração de incentivos do segurado e, em consequência, exigem garantias de que isso não ocorrerá, introduzem prêmios ou simplesmente aumentam os preços. Isso então faz com que haja menos transações do que a quantidade eficiente.

Tanto o risco moral como a seleção adversa são considerados, como visto, consequências da assimetria de informações. Esta, por sua vez, consiste, juntamente com as externalidades e os custos de transação, em elementos de teorias econômicas que visam melhor compreender o funcionamento do mercado, a fim de o tornar mais eficiente. No próximo tópico, essas teorias serão relacionadas com a questão da judicialização da saúde, de modo a verificar se o fenômeno da intervenção excessiva é capaz de prejudicar ou não a prestação dos serviços de assistência médica.

2.2.3 Consequências da judicialização nos serviços de saúde

Nesta seção, serão apresentadas as consequências que a intervenção judicial excessiva pode acarretar ao serviço de saúde, tanto no âmbito público quanto no privado. A partir das teorias econômicas abordadas anteriormente, buscar-se-á examinar os impactos da judicialização, principalmente no que se refere à eficiência e à qualidade do serviço prestado.

O primeiro ponto a ser destacado é a caracterização das decisões judiciais como uma externalidade negativa aos serviços de saúde. Isso porque o magistrado é um terceiro que, ao proferir a sentença, influencia diretamente na relação pré-existente. No âmbito público, sabe-se que os recursos arrecadados pelo Estado são fixados no orçamento para fins de controle das

despesas e dos ganhos. Desse modo, os gastos que o Poder Público terá com serviços de saúde estarão devidamente expostos no orçamento.

O orçamento é elaborado no ano anterior ao que se pretende vigor, de acordo com o artigo 35, §2º, III do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –, que explica: se é pretendido implementar o orçamento para o exercício financeiro de 2018, o Projeto da Lei Orçamentária deve ser encaminhado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, até o dia 31 de agosto de 2017 e deverá ser devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa, ou seja, 22 de dezembro de 2017. A vigência da Lei Orçamentária Anual iniciará, no exemplo abordado, em 1 de janeiro de 2018 e terminará em 31 de dezembro de 2018 (LEITE, 2015, p. 145-146).

Percebe-se, dessa forma, que os gastos com a saúde para o exercício financeiro de 2018 já estarão prefixados conforme o projeto elaborado em 2017. É nesse ponto que, a partir do momento que se condena o Estado ao cumprimento de obrigações de prestação de serviço de saúde, – normalmente tais decisões possuem caráter de urgência – haverá um desbalanceamento na alocação dos recursos anteriormente projetada. Observa-se, portanto, a condição de externalidade da decisão judicial, ante a influência que esta acarreta no gerenciamento dos gastos.

A questão se torna mais complexa, pois, no momento em que a sentença judicial é proferida, o orçamento, em regra, já está em andamento, de modo que os novos custos não podem ser mais internalizados. A internalização das externalidades é ponto crucial para saber as consequências que estas podem causar. No caso do serviço público de saúde, a internalização poderia ocorrer se fosse possível adicionar os gastos em decorrência da intervenção judicial – ação de terceiro alheio ao serviço – ao orçamento público, a fim de redistribuir os custos (VARIAN, 2012, p. 685-686). Sobre externalidades e a internalização destas, dispõem Cooter e Ulen (2010, p. 182):

Os custos e benefícios transmitidos fora do mercado não são precificados. Sempre que os custos ou benefícios não são precificados, o fornecedor carece de incentivos para fornecer a quantidade eficiente. A superação do problema do incentivo exige que se precifique a externalidade. Quando uma externalidade é precificada, seu fornecimento é canalizado através de um mercado, o que se chama de internalizar a externalidade. Assim, a solução para usos interdependentes da propriedade é canalizá-los através do mercado ou internalizar a externalidade.

Contudo, não se tem como mensurar o número de condenações que o Estado sofrerá no ano, bem como o valor total delas, tais informações, apesar de serem fundamentais, não são de

fácil obtenção. Uma solução que poderia ser implementada é a abertura de créditos adicionais³⁴, visto que estes têm por finalidade autorizar despesas não computadas ou insuficientemente dotadas no orçamento. A Constituição Federal no artigo 167, V permite a criação de créditos suplementares e especiais, desde que haja autorização legislativa. As regras sobre a abertura de créditos adicionais estão expostas no Título V da Lei nº 4.320/64.

Todavia, se a cada nova condenação fossem requeridos créditos adicionais, isso ocasionaria tumulto no funcionamento da máquina pública como um todo. Desse modo, demonstrada a dificuldade de internalizar os custos das despesas geradas pelas condenações judiciais, resta saber quais são as consequências que tal fenômeno poderá acarretar no serviço público de saúde.

O primeiro ponto é a elevação dos custos, já que se gastará mais com serviços de assistência médica, porém, como já foi abordado, a elevação desses gastos não necessariamente significa melhoria na qualidade do serviço, pelo contrário, quando uma decisão judicial é proferida, a regra é que ela seja em favor de um determinado indivíduo, ou seja, haverá elevação das despesas, porém o usufruto será restrito a uma só pessoa e não direcionado para toda a coletividade, de modo que questiona-se nessas situações o respeito ao princípio da isonomia, que pode pôr em risco, portanto, a eficiência do serviço. Nesse sentido, percebe-se que a outra consequência da intervenção judicial excessiva no serviço público de saúde é justamente a ineficiência, visto o aumento das despesas, sem a consequente melhoria na qualidade da assistência médica.

A elevação dos gastos com saúde no âmbito público, também, configura-se quando há determinação judicial para fornecimento de medicamentos e insumos. A urgência para o cumprimento da obrigação muitas vezes faz com que a aquisição de tais produtos seja feita com ausência de processo licitatório, de modo que o não planejamento da compra dificulta a negociação do Poder Público com os fornecedores para fins obtenção de melhores preços.

³⁴ De acordo com o art. 41 da Lei nº 4.320/64, os créditos adicionais se subdividem em: a) créditos suplementares; b) créditos especiais; e, c) créditos extraordinários. Os primeiros possuem a função de complementar uma dotação já existente no orçamento público. Já os segundos consistem em abertura de uma nova dotação. Tanto os créditos suplementares como os especiais necessitam de autorização do legislativo para serem efetivados. Tais créditos serão autorizados por lei e executados mediante decreto do executivo. Os créditos extraordinários, por sua vez, são abertos para cobrir despesas imprevisíveis ou urgentes, como as decorrentes de guerra ou calamidade pública. Nesses casos, não se faz necessária a autorização do Poder Legislativo, sendo a abertura feita pelo próprio Poder Executivo por meio de medida provisória.

No que se refere à saúde suplementar, estudou-se que os contratos envolvendo essa relação tem por finalidade, de um lado, a prestação do serviço de assistência médica e, de outro, o pagamento de um valor pré-determinado. Conforme analisado nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará no ano de 2015 referentes aos planos e seguradoras de saúde, em 75% dos casos as cláusulas contratuais são consideradas abusivas e, por conseguinte, afastadas pelos magistrados, sendo deferido o pleito do usuário. Por essa razão, consideram-se as decisões judiciais, também no âmbito da saúde privada, como uma externalidade.

Do mesmo modo como ocorre no serviço público de saúde, essa externalidade não mais pode ser internalizada, por acontecer em momento posterior ao firmamento do contrato. A ausência de internalização pode acarretar efeitos que prejudicam o funcionamento do mercado, como o risco moral e a seleção adversa. A primeira consequência resta configurada, por exemplo, quando o usuário, observando a tendência dos julgamentos, passar a adquirir plano com menor cobertura, pois se algum dia houver necessidade de serviço não abrangido pelo contrato, ingressa-se com demanda judicial, já que a predisposição da sentença é de afastar o acordo considerando-o abusivo (MOTA; CAMINHA, 2017, p. 173-174). O risco moral, nessas situações, consiste na conduta desonesta de um dos agentes, sob a influência da ação de terceiro estranho ao negócio (MANKIW, 2009, p. 195-196).

Visualiza-se que essa conduta impacta diretamente na arrecadação das operadoras de saúde, todavia, mesmo com a diminuição das receitas, não há qualquer alteração no custo da assistência, visto que a demanda pelos serviços continuará a mesma. Em tese, esse custo excedente seria repartido para os demais usuários da operadora de saúde, por meio do aumento das mensalidades, porém, quando se falar em elevação do valor das prestações, é necessário que haja autorização da Agência Reguladora – ANS – conforme previsão no artigo 4º, XVII da Lei nº 9.961/2000, o que nem sempre é permitido. Desse modo, as operadoras não conseguiriam se manter em atividade, em razão do desequilíbrio entre os custos e o lucro.

Porém, supõe-se que tenha sido permitido o aumento do valor da prestação, é a partir dessa circunstância que se observa a possibilidade de ocorrência da seleção adversa. Explica-se que, ao cobrar um preço mais alto pelo serviço, este não mais será vantajoso para o “bom” usuário, aquele que respeita as cláusulas contratuais e cumpre com as obrigações financeiras, pois a cobertura de assistência médica continuará a mesma, não havendo mais nenhum induzimento para permanência no mercado. Por outro lado, os “maus” usuários, representados pelos agentes que não consideram os termos contratuais e buscam a ampliação da cobertura

com ingresso de demanda judicial, continuarão no mercado. Nesse sentido, abordam Luciano Timm e Francisco Alves:

Quando a seguradora é condenada a pagar indenização não prevista deve ela despende quantia não provisionada. Cria-se um desequilíbrio na malha de contratos, pois o padrão é quebrado. Assim acaba a seguradora obrigada a aumentar o preço dos serviços por ela prestados e o valor dos prêmios pagos, também procedendo com a realocação de seus recursos no plano interno da firma. O impacto imediato é verificado, portanto, no sistema de preços. A seguradora não arcará com os prejuízos oriundos das decisões judiciais, mas repassará estes custos “extras” a seus clientes, ou seja, aos outros segurados. “As indenizações impostas judicialmente, quando possível, passam a integrar o processo produtivo e são transferidas para a sociedade o que é uma externalidade resultante de decisão judicial”.

Em resumo, portanto, pode-se perceber graves consequências para o serviço de saúde tanto no âmbito público como no privado, em função da intervenção judicial excessiva. Não se fala, contudo, em erradicar a possibilidade de ingresso de demandas envolvendo esse tema, mas sim na forma como as ações estão sendo resolvidas. A conjuntura atual das decisões judiciais consubstancia na chamada jurisprudência paternalista, enquadrando-se, por exemplo, as sentenças que afastam os limites contratuais previstos até quando estes são expostos no contrato com clareza e em destaque, bem como são adequados à contraprestação devida pelo usuário (MELLO, 2013, p. 7).

2.3 Exame de dados

O presente tópico tem por objetivo analisar o perfil dos Magistrados da Comarca de Fortaleza, que atuam em demandas envolvendo o direito à saúde, tanto no âmbito público como no privado. Para isto serão examinadas as decisões proferidas em determinado período de tempo pelos Juízes Estaduais, bem como as respostas dos questionários aplicados aos Juízes Federais.

Inicialmente, serão expostos os dados catalogados das sentenças dos Juízes Estaduais das Varas Cíveis, em seguida, dos Magistrados das Varas da Fazenda Pública e, por fim, abordar-se-á o perfil dos Magistrados Federais. O exame de tais informações se mostra importante, pois permitirá uma melhor compreensão sobre a problemática envolvendo a judicialização da saúde, visto que serão demonstradas as principais características dos Magistrados atuantes na referida seara.

2.3.1 Justiça Estadual Varas Cíveis

De acordo com os dados obtidos no sítio eletrônico³⁵ do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, atualmente, existem 39 Varas Cíveis em funcionamento na Comarca de Fortaleza. Em relação à judicialização da saúde, as principais demandas que tramitam nas referidas varas abordam a relação entre planos de saúde e seus usuários. Para fim de traçar o perfil dos magistrados atuantes em tais litígios, analisaram-se todas as sentenças proferidas no ano de 2016.

Sobre a metodologia da pesquisa, de início cabe salientar que os dados foram obtidos por intermédio do sítio eletrônico de consulta de jurisprudência disponibilizado pelo Tribunal de Justiça³⁶. Ao acessar o referido endereço, selecionou-se a opção “Consulta de Julgados de Primeiro Grau”, posteriormente, usou-se os filtros “assunto” e “data” para delimitar o recorte dos dados, elegeu-se a opção “plano de saúde” para o assunto e o período entre 01 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016 para data, foram encontradas 126 sentenças.

Importante ressaltar que das 126 sentenças selecionadas, deixou-se de analisar 34 decisões, visto que estas não tratavam de sentença de mérito em demanda envolvendo plano de saúde e usuário. Como exemplo, cita-se o Processo nº 0151827-57.2016.8.06.0001 e o nº 0134933-06.2016.8.06.0001, o primeiro cuida de um embargo de declaração e o segundo envolve o Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará, cuja competência pertence à Vara da Fazenda Pública. Assim, excluindo tais situações, chega-se a um total de 92 processos para o estudo.

Diante do resultado obtido, analisou-se cada decisão, extraindo os principais pontos de cada demanda. Buscou-se examinar sobre: a) pedido pleiteado; b) concessão ou não de decisão liminar; c) argumentos da defesa; d) fundamentos da sentença; e) realização de perícia médica imparcial; f) análise do impacto econômico da decisão; g) condenação em dano moral; h) vencedor e vencido. Tais dados foram catalogados em uma planilha³⁷ para facilitar o estudo.

Com fins de tornar mais clara a compreensão, apresentam-se os dados por meio de gráficos. O Gráfico 1 corresponde aos principais pedidos que são feitos no âmbito das Varas Cíveis da Comarca de Fortaleza, quando o assunto selecionado é “plano de saúde”. Percebe-se

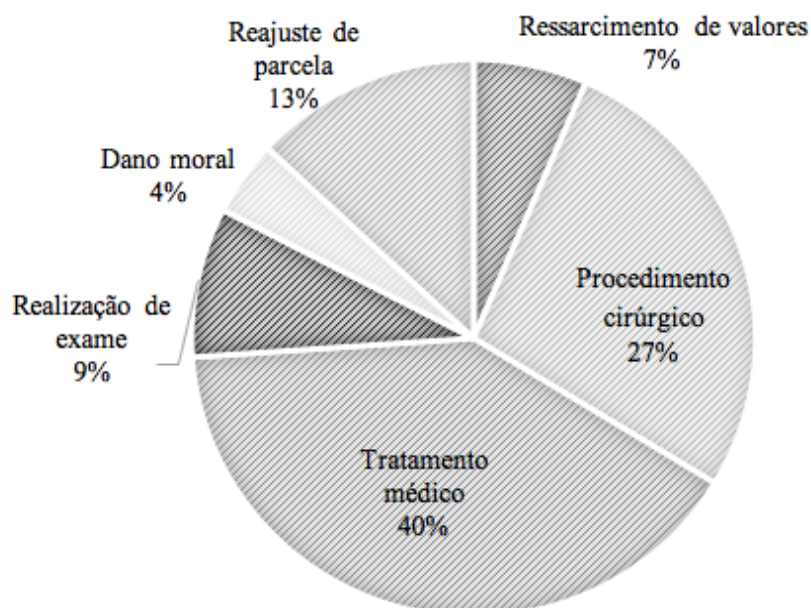
³⁵ Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/Meta-7-Abril-2017.pdf>> Acesso em 19 de jun. de 2017.

³⁶ Sítio eletrônico usado para obtenção dos dados: <<http://esaj.tjce.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>> Acesso entre 9-11 de jun. de 2017.

³⁷ A planilha elaborada se encontra em anexo.

que a maioria dos pleitos está relacionada com a realização de procedimento cirúrgico ou tratamento médico, sendo a incidência, respectivamente, de 27% e 40% dos casos analisados. É importante destacar que no âmbito dos pedidos de tratamento médico, inclui-se requerimento de internação em leito de UTI, fornecimento de materiais e de medicamentos, bem como a prestação do serviço “*home care*”.

Gráfico 1 – Condenação das Operadoras de Saúde



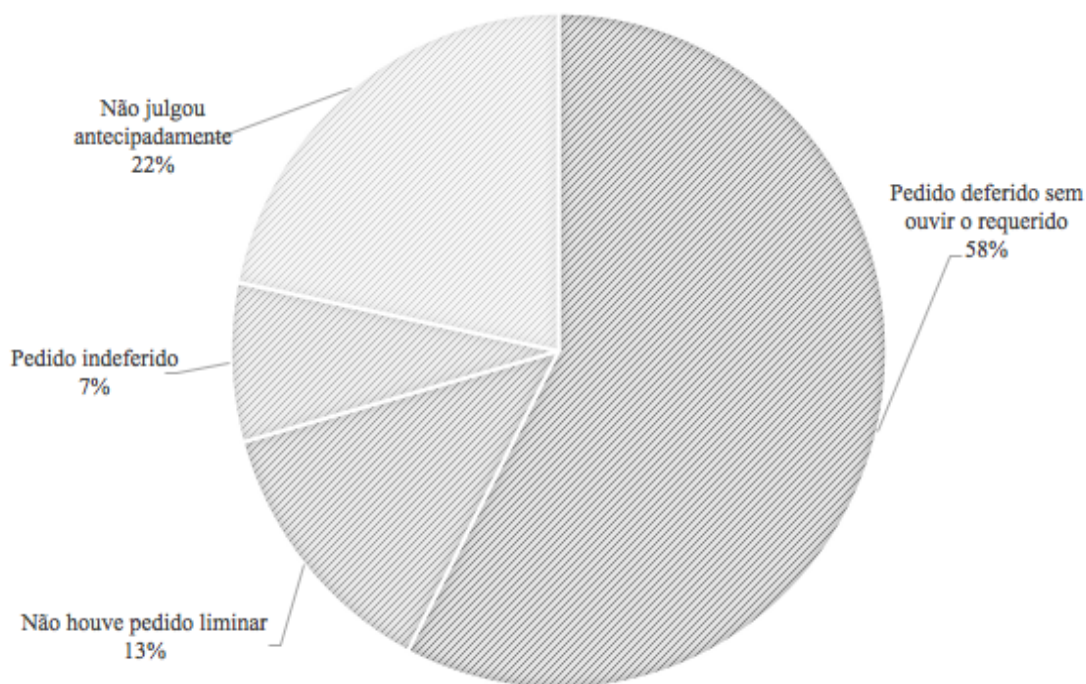
Fonte: própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.

Elaboração

Outro ponto que merece ser ressaltado é a questão do deferimento ou não de pedido liminar. Das 92 sentenças examinadas, em 80 a parte autora requeria a concessão do pleito em caráter liminar, desse número, em 53 casos houve a concessão do pedido sem a oitiva da operadora de saúde, ou seja, em mais da metade das demandas, a parte autora, no caso, o usuário do plano de saúde, satisfaz a pretensão sem que a operadora de saúde apresente contestação. O Gráfico 2 ilustra referida conjuntura:

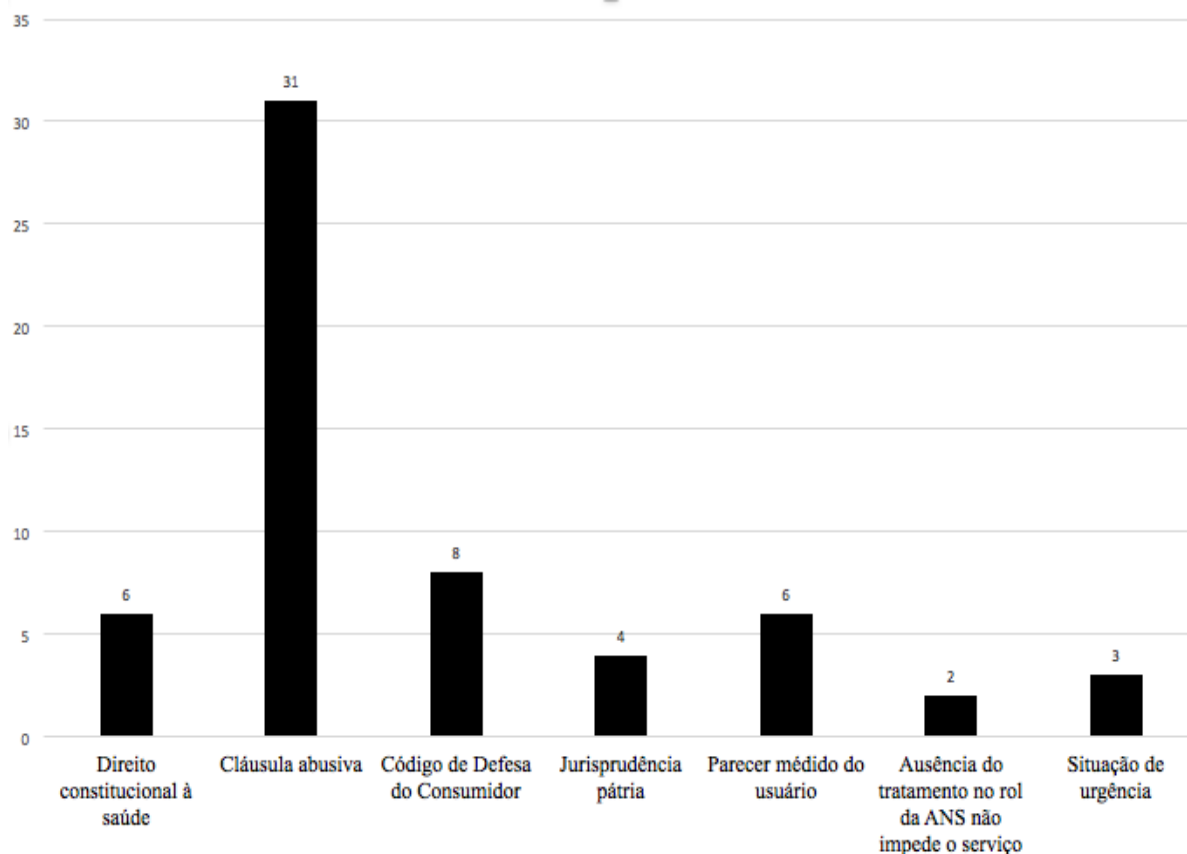
Gráfico 2 – Concessão de liminar nas ações de saúde suplementar

Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.



Em relação à defesa apresentada pela operadora de saúde, destaca-se que o principal argumento utilizado consiste na ausência de cobertura contratual do pleito que está sendo requerido pelo usuário. Além disso, sobressaem situações em que o requerido afirma não constar o tratamento médico solicitado no rol de procedimentos estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No que se refere ao resultado final da demanda, a partir dos dados analisados, em 16 situações o litígio foi solucionado em função de acordo firmado entre as partes. Nos demais 76 processos, o usuário foi vencedor em 60 casos, enquanto que a operadora em apenas 16. Sobre os fundamentos usados pelos magistrados para deferir os pedidos, o Gráfico 3 apresenta aqueles com maior incidência:

Gráfico 3 – Principais fundamentos das decisões

Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.

Outrossim, cabe destacar que em nenhuma das decisões examinadas o magistrado requereu a realização de perícia médica imparcial, bastando o atestado médico da parte autora. Além disso, em apenas 7 decisões o juiz atentou para questões do equilíbrio econômico da atividade empresarial exercida pelas operadoras de saúde. Com base nessa premissa, transcreve-se trecho da sentença (p. 122-123) proferida no Processo nº 0173074-02.2013.8.06.0001:

Obrigar o plano de saúde a custear o tratamento da parte autora, mesmo sem comprovação dos requisitos necessários, especificamente carência, estaria penalizando os demais participantes do plano, pois em última análise quem suporta os custos são todos os consumidores vinculados ao contrato.

Neste sentido, restaria prejudicada a base atuarial dos planos de saúde, comprometendo a liquidez financeira e a sustentabilidade do serviço. O promovente poderia ter firmado um contrato com maior cobertura, ou mesmo sem carência, mediante aumento do valor do plano, mas aderiu a um de menor abrangência.

Com a alegação do direito universal à saúde, os planos têm sido penalizados a ponto de tornarem-se insolventes, como ocorreu na Unimed de São Paulo. Logo, muito mais prejudicada ficará a sociedade se o referido direito destruir a viabilidade financeira das empresas administradoras dos planos de saúde, haja vista a insegurança jurídica suportada. Não existe direito irrestrito, até a vida tem suas limitações.

A partir da análise das referidas sentenças, percebe-se que a tendência de julgamento é pela concessão do pedido pleiteado pelo usuário, sem que para tal seja realizada perícia médica

imparcial, bem como analisados eventuais impactos financeiros que o pedido pode vir a causar na atividade das operadoras de saúde.

Por fim, cabe a exposição das informações obtidas em entrevista realizada com a Magistrada Titular do 22^a Juizado Especial de Fortaleza. Quando questionada, a juíza afirmou que o número de ações de sua competência envolvendo direito à saúde, corresponde a mais 95% dos processos em tramitação. Isso ocorre, pois, diante da localização do Juizado, este acaba por abranger, territorialmente, a maior parte dos planos de saúde atuantes em Fortaleza.

Dentre os pontos debatidos, merece destaque à importância dada pela entrevistada a respeito dos possíveis impactos econômicos das decisões judiciais. Assim, para a Magistrada, as sentenças devem ser baseadas em evidências científicas, tanto para garantir que o paciente receba o tratamento correto, quanto para assegurar o equilíbrio econômico do plano de saúde. Foi ressaltado que, em algumas situações, os juízes, no âmbito de ações de saúde suplementar, não observam o rol de procedimentos estabelecido pela ANS, de modo que, essa relação é afastada.

Salienta-se também a fala da entrevistada no que se refere à compreensão dos magistrados sobre o sistema de saúde, seja este público ou privado. Não podendo o juiz restringir os fundamentos de suas decisões apenas a determinações expostas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, mais que isso, é necessária a análise das normas específicas do sistema de saúde, como exemplo, foi citada a Lei nº 8.080/90, Lei nº 9.656/98, as Resoluções da ANS e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME.

Outrossim, a entrevistada destacou a relevância de mecanismos pré-processuais, em especial a mediação para o combate à judicialização, bem como considera importante a criação de varas especializadas em demandas de saúde, visto que referido tema encontra-se em ascensão. Constata-se pela entrevista que o pensamento da referida Magistrada não se assemelha com o da maioria dos demais juízes atuantes na área, diante dos dados obtidos pelas sentenças. No próximo subtópico, também serão analisadas decisões envolvendo questões sobre o direito à saúde, porém com enfoque na saúde pública.

2.3.2 Justiça Estadual Varas da Fazenda Pública

No presente subtópico serão expostos dados obtidos por intermédio de pesquisa realizada a partir de decisões envolvendo direito à saúde proferidas pelas Varas da Fazenda Pública da

Comarca de Fortaleza. Tem-se como objetivo expor as principais características dos magistrados para melhor compreender o fenômeno da judicialização da saúde. De início, cabe ressaltar a existência de 15 Varas da Fazenda Pública atuando em Fortaleza.

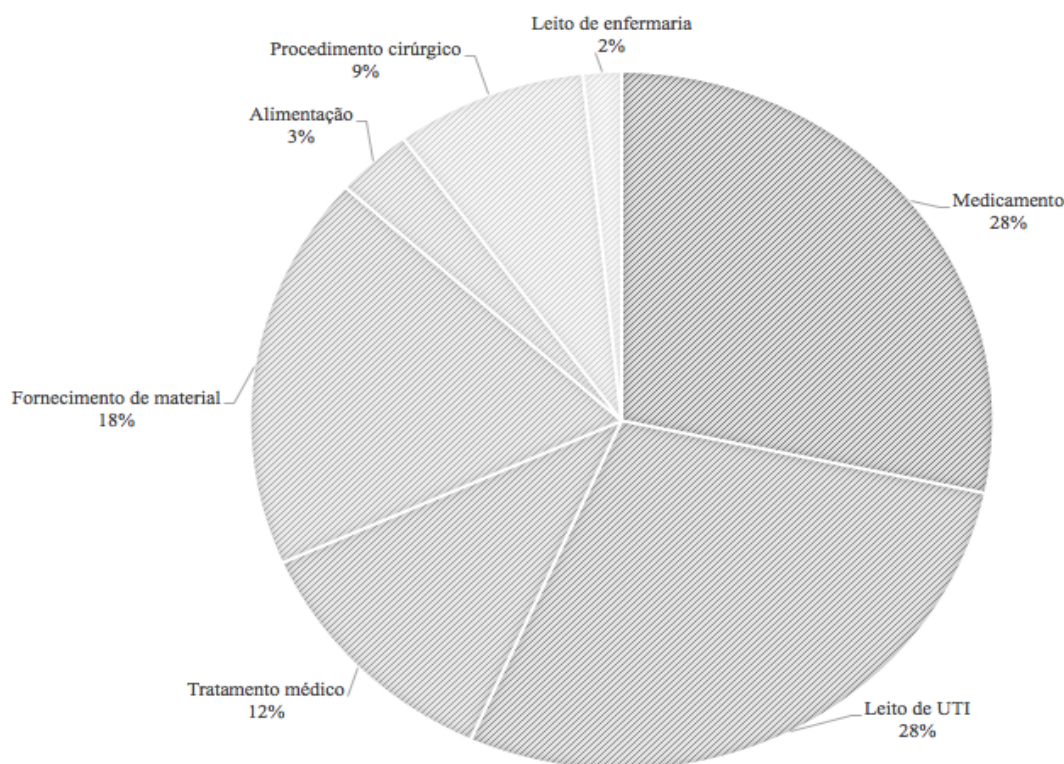
Em relação à metodologia da pesquisa, primeiro, por meio de documento³⁸ constante no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, catalogou-se o nome dos Magistrados em atuação nas Varas da Fazenda Pública. Em seguida, pelo portal eletrônico de decisões³⁹ do referido Tribunal, selecionou-se a opção “Consulta de Julgados de Primeiro Grau”. Posteriormente, já na seção de busca, utilizou-se filtros para realizar o recorte da pesquisa. Em relação ao assunto, elegeu-se a opção “saúde pública”. No que se refere ao período, usou-se 1º de junho de 2016 a 1º de maio de 2017. Por fim, restringiu-se, também, a pesquisa apenas aos Magistrados atuantes nas Varas da Fazenda Pública. Para cada Juiz, examinaram-se cinco decisões, no total foram analisadas 60 sentenças, visto que não foram encontrados resultados para 3 Magistrados e para 1 Juiz não havia decisões de mérito.

Após o exame das sentenças, catalogaram-se os dados em uma planilha⁴⁰. Os principais pontos explorados são: a) o pedido; b) concessão ou não de decisão liminar; c) argumentos usados pela defesa; d) ente que figura no polo passivo da demanda; e) fundamentos dos julgados; e, por fim, f) resultado final. Com fins de melhor expor as informações examinadas, elaborou-se gráficos. No gráfico 4, visualiza-se os pleitos que são requeridos:

³⁸ O documento ora tratado diz respeito à produtividade dos magistrados no período de maio de 2017. Neste arquivo é possível visualizar o nome dos magistrados em exercício, bem como a respectiva vara que está respondendo. No total, constatou-se que existem 16 magistrados em atuação. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/06/Meta-7-Abril-2017.pdf>> Acesso em: 13 de jun. de 2017.

³⁹ Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/>> Acesso em: 13 de jun. de 2017.

⁴⁰ A planilha elaborada se encontra em anexo.

Gráfico 4 – Principais pedidos formulados

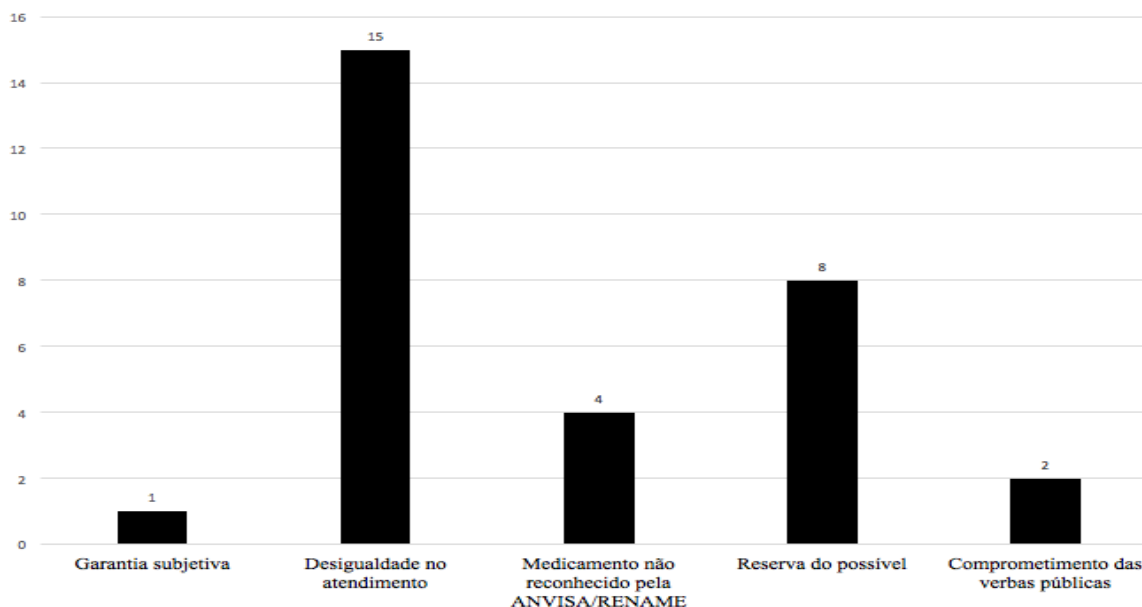
Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.

Com os dados do Gráfico 4, percebe-se que os pedidos com maior incidência correspondem ao fornecimento de medicamentos e à internação em leito de UTI, ambos com o mesmo número de aparições. Dos 60 julgados analisados, 17 pediam medicamentos e outros 17 requeriam vaga em leito de UTI. O fornecimento de material aparece como o terceiro mais solicitado, dentre os materiais pleiteados estão fraldas, máscara nasal, cadeira de rodas, entre outros.

No que se refere ao pedido liminar, em todos os processos analisados havia referido pleito. Em 58 casos, o pedido foi deferido sem a oitiva da parte contrária e, em apenas duas situações, o pleito foi indeferido. Em relação aos argumentos trazidos pelo Poder Público na contestação, de início, faz-se necessário constar que em 30 processos o ente público não apresentou defesa. Ou seja, em 50% das demandas examinadas o Poder Público foi revel. Outrossim, é importante salientar que, a Justiça Estadual possui competência para julgar demandas em face tanto do Estado quanto do Município, desse modo, 51 dos processos

examinados encontram-se no polo passivo do Estado do Ceará⁴¹, enquanto nas outras 9 demandas, o pleito foi movido em face do Município de Fortaleza. Dos demais processos, os principais argumentos levantados pela defesa podem ser visualizados no Gráfico 5.

Gráfico 5 – Principais argumentos da defesa



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.

Dentre os argumentos usados, há de se destacar a questão do não reconhecimento pela ANVISA do medicamento pleiteado. Como exemplo, cita-se o ocorrido no Processo nº 0187783-37.2016.8.06.0001, em que a parte autora pleiteava o fornecimento do remédio chamado CANABIDIOL (CDB). Em sede de contestação, o Estado do Ceará afirmou que o referido fármaco não possui registro na ANVISA, razão pela qual não seria possível o fornecimento do mesmo, contudo, a decisão, mesmo diante desse argumento, deferiu o pleito. Cabe ressaltar, ainda, que o julgado sequer enfrentou a argumentação da defesa. Em situações como a exposta, interessante seria a oitiva de perito capaz de examinar o quadro clínico do paciente e oferecer alternativas de tratamento de acordo com as normas reguladoras do Sistema Único de Saúde.

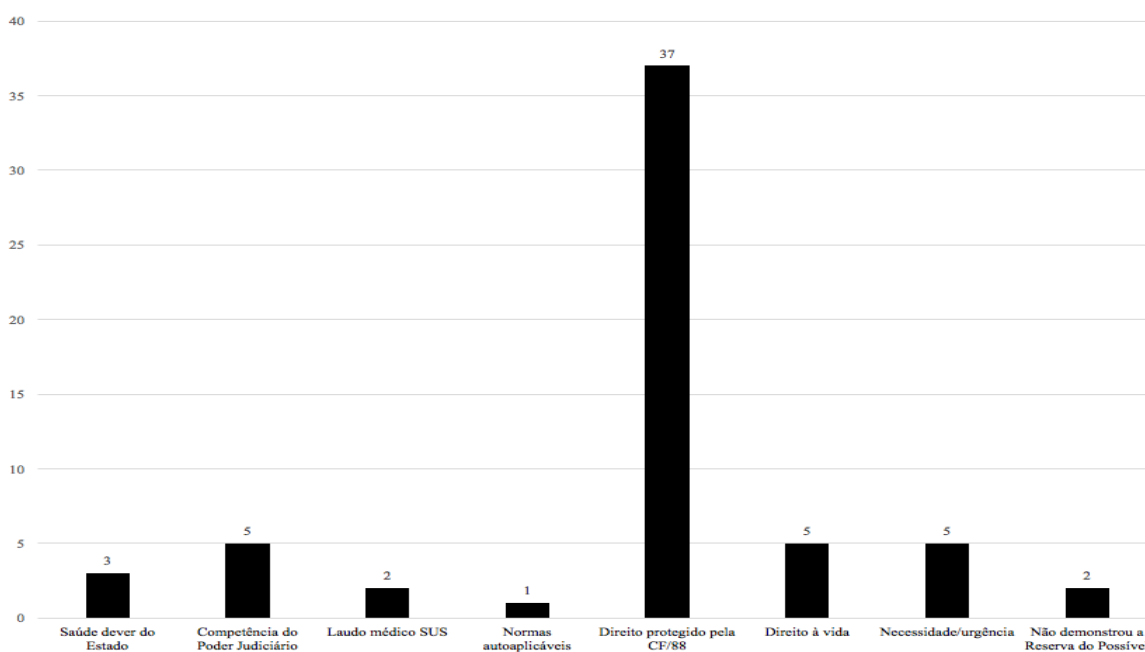
No que se refere ao argumento “garantia subjetiva” cabe ressaltar que este é utilizado pela defesa com o viés de demonstrar que o direito à saúde não pode ser analisado sob uma perspectiva individualista. Na verdade, segundo fundamentos expostos pelo requerido no Processo nº 0885163-79.2014.8.06.0001, a Constituição Federal de 1988 não positivou direitos

⁴¹ Interessante ressaltar que em todos os processos que o Poder Público foi revel, figura no polo passivo o Estado do Ceará.

subjetivos a determinados serviços de saúde, mas sim impôs ao Poder Público o dever de elaborar e executar políticas públicas nesta área, de forma a garantir tal direito a todos. Já no tocante à alegação de “desigualdade no atendimento”, esta é compreendida a partir do momento em que, por exemplo, determina-se a concessão de leito de UTI, havendo o desrespeito da ordem estabelecida pelas Centrais de Regulação⁴².

Em relação ao resultado final das demandas, constatou-se, a partir dos julgados examinados, que dos 60 processos, a parte autora foi vencedora em 59 situações. Por essa razão, é importante dispor sobre os principais argumentos presentes nas sentenças que deferem o pedido autoral. O Gráfico 6 aborda alguns dos fundamentos, bem como a incidência destes nas sentenças.

Gráfico 6 – Argumentos das decisões



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Ceará.

Percebe-se, portanto, que as decisões tendem a ser favoráveis para a parte autora e os fundamentos para concessão do pedido se resumem no caráter constitucional das normas sobre direito à saúde. Não se faz uma análise das questões econômicas envolvendo a temática. No subtópico seguinte, será exposto o perfil dos Magistrados Federais atuantes na cidade de Fortaleza.

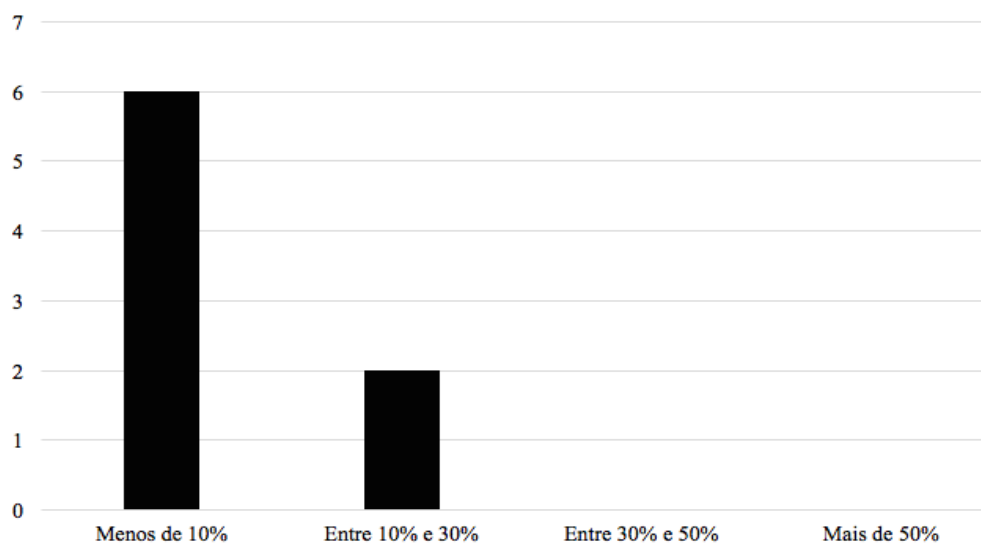
⁴² No âmbito do Município de Fortaleza a competência para regular a ordem de internação em leitos hospitalares cabe à Central Integrada de Regulação de Fortaleza

2.3.3 Justiça Federal

Neste último subtópico será abordado o perfil dos Juízes Federais atuantes na cidade de Fortaleza. Para tanto, foram aplicados questionários aos referidos Magistrados cujas perguntas envolvem questões relacionadas ao direito à saúde. O principal objetivo desta pesquisa consiste em demonstrar como os julgadores compreendem referida temática. É importante destacar que tais questionários foram submetidos e devidamente aprovados pelo Comitê de Ética em Pesquisa envolvendo seres humanos da Universidade de Fortaleza, além disso, os magistrados que responderam à pesquisa assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido em duas vias.

Após a aplicação dos questionários⁴³, os dados obtidos foram catalogados em uma planilha para, posteriormente, serem elaborados gráficos com os resultados. Cabe destacar que, atualmente, de acordo com informações do sítio eletrônico da Justiça Federal no Ceará⁴⁴, existem 19 Varas Federais na cidade de Fortaleza. A pesquisa buscou os Juízes Titulares das referidas Varas para participarem do estudo, a adesão foi de 50% dos magistrados. Passando para a análise dos dados, o primeiro ponto que merece destaque consiste em saber o total de ações judiciais sob a responsabilidade do magistrado que dizem respeito ao direito à saúde. Conforme se observa no Gráfico 7 prevalece que o número de demandas sobre direito à saúde corresponde a menos de 10% dos processos em tramitação.

Gráfico 7 – Total de ações envolvendo direito à saúde.



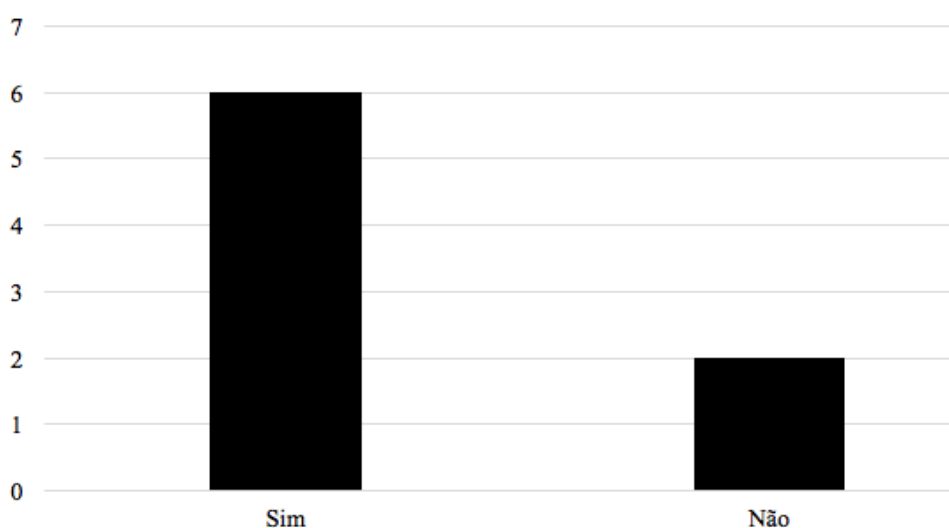
⁴³ O questionário aplicado encontra-se em anexo.

⁴⁴ Conforme informações do sítio eletrônico, as varas federais cuja competência territorial é a cidade de Fortaleza são: 1ª a 14ª, 20ª, 26ª, 28ª, 32ª e 33ª. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/institucional/composicao.html> Acesso em: 26 de jun. de 2017.

Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa realizada com os juízes federais atuantes na cidade de Fortaleza.

Contudo, apesar de o número de demandas corresponder a menos de 10% dos processos da vara, é importante destacar que todos os magistrados, quando indagados se houve ou não aumento na quantidade de litígios envolvendo direito à saúde nos últimos anos, responderam afirmando a ocorrência do crescimento do total de processos sobre referido tema. O Gráfico 8 apresenta dados a respeito da atuação dos juízes no caso concreto, a pergunta feita relaciona-se à oitiva ou não da parte contrária para o deferimento da eventual liminar pleiteada.

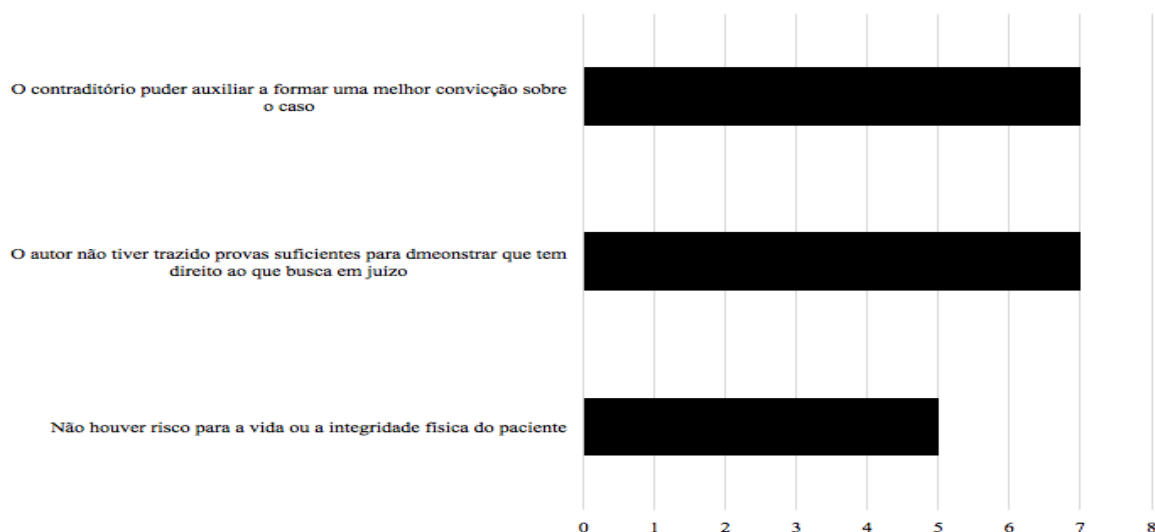
Gráfico 8 – Contraditório antes do deferimento de pedido de liminar.



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa realizada com os juízes federais atuantes na cidade de Fortaleza.

Constata-se, portanto, que o respeito ao contraditório prevalece mesmo diante de situações de urgência, isso pode demonstrar maior cautela dos juízes quanto ao exame do mérito, pois sem que a parte contrária possa se defender, não há como o magistrado ter certeza sobre o direito em questão. Nesse sentido, o Gráfico 9 apresenta as principais situações em que os Magistrados Federais consideram importante a oitiva do requerido. Ressalta-se que, nessa indagação os magistrados poderiam selecionar mais de uma das opções apresentadas.

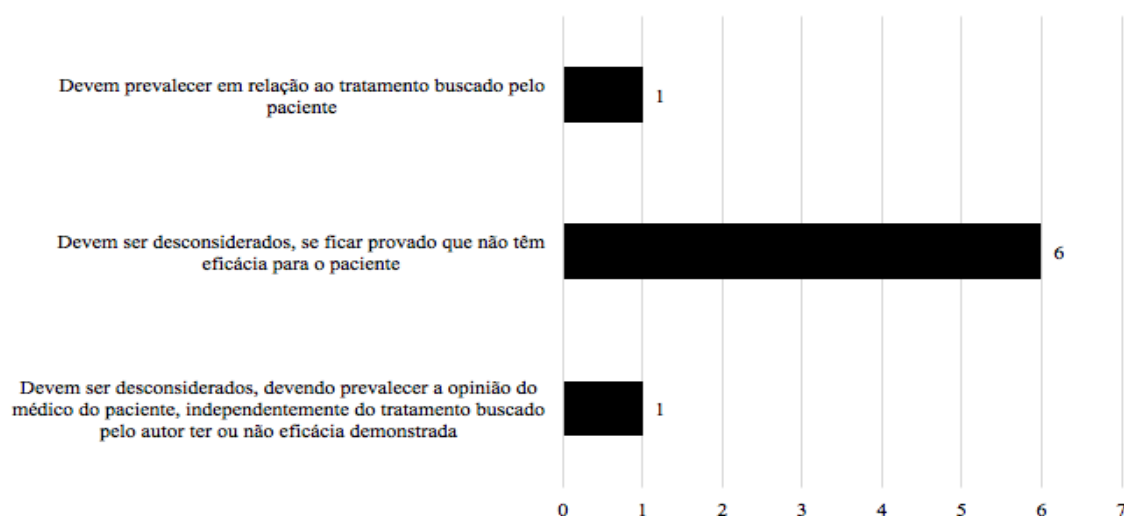
Gráfico 9 – Situações que considera necessário ouvir previamente o réu.



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa realizada com os juízes federais atuantes na cidade de Fortaleza.

Outro ponto que merece ser ressaltado, diz respeito a situações em que a parte contrária aponta a existência de tratamentos alternativos ou protocolos clínicos que devem ser respeitados. Em hipóteses como tais, o que se questionou foi a importância que as referidas informações trazem ao processo, ou seja, deve-se prevalecer o pedido autoral acompanhado do respectivo laudo médico ou, quando é possível, adotar orientação de tratamento diversa da pretendida pelo autor. O Gráfico 10 aponta que, para a maioria dos juízes, tais informações não devem ser consideradas se não for demonstrada sua eficácia.

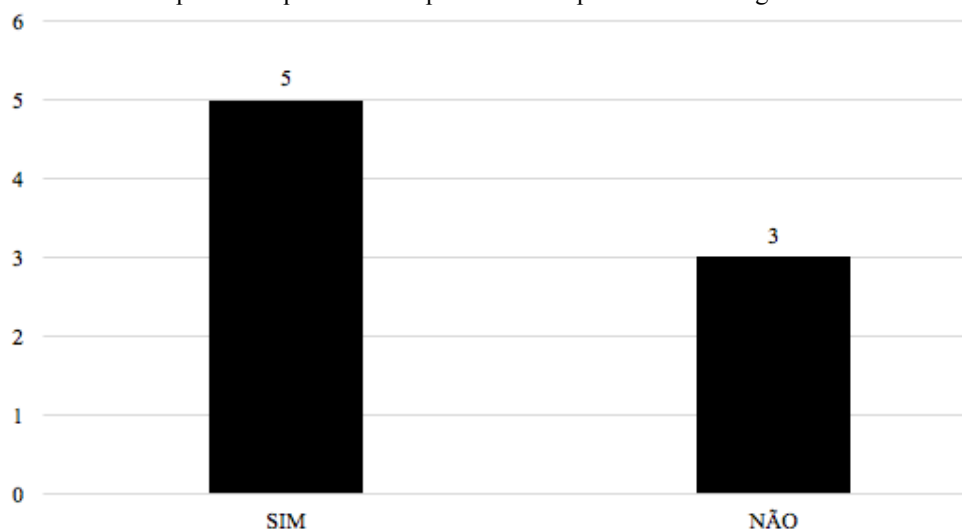
Gráfico 10 – Uso de protocolo clínico, tratamento alternativo ou orientação diversa daquela pretendida pelo autor da ação para tratamento de sua patologia.



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa realizada com os juízes federais atuantes na cidade de Fortaleza.

Porém, como se sabe, muitas vezes o magistrado não possui conhecimento técnico específico para solucionar questões com tamanha peculiaridade como as hipóteses de saber qual seria o tratamento mais indicado para o paciente. Por tais razões, indagou-se sobre a existência de auxílio técnico ou esclarecimento para fins de sanar dúvidas, bem como se eventual resposta é obtida em tempo hábil. O Gráfico 11 demonstra que para a maioria dos magistrados, é sim possível obter subsídios para fundamentar as decisões que venham a ser tomadas.

Gráfico 11 – Na sua atuação, quando há uma dúvida técnica específica sobre o tratamento pretendido pelo autor, consegue obter uma resposta adequada em tempo necessário para atender à urgência do caso?



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa realizada com os juízes federais atuantes na cidade de Fortaleza.

Ainda sobre o auxílio técnico, questionou-se como este pode ser oferecido. Dentre as alternativas existentes no questionário a que mais se destacou foi a relacionada à celebração de convênios com entidades públicas para a disponibilização de apoio técnico, sendo marcada por 75% dos magistrados. As outras duas opções, “celebração de convênios com entidades privadas ou credenciamento de médicos particulares para atuarem como peritos dos juízos” e “disponibilização de profissionais da área pelo tribunal perante o qual atua” foram escolhidas por 50% e 37,5%, respectivamente. Destaca-se que nesse questionamento havia a possibilidade de marcar mais de uma resposta.

Cabe ressaltar o resultado sobre a opinião dos juízes a respeito do uso da mediação como forma de solucionar controvérsias relativas ao direito à saúde. Todos os juízes consideraram viável a utilização de métodos alternativos à via judicial, em especial a mediação, como mecanismos para enfrentar o problema do acesso a serviços e prestações na área da saúde. Além disso, 87% dos magistrados entrevistados julgam ser necessário que os Tribunais e as escolas de magistratura ampliem a discussão e disponibilizem cursos e treinamentos referentes ao direito à saúde.

Por fim, é importante destacar que o mesmo questionário aplicado aos Juízes Federais foi encaminhado para os Juízes Estaduais das Varas Cíveis e da Fazenda Pública do município de Fortaleza. Contudo, em razão da baixa adesão, não foi possível colher um número razoável capaz de servir de parâmetro para a pesquisa, por exemplo, no que se refere aos Juízes Cíveis, apesar de existirem 39 Varas, apenas 2 magistrados responderam ao questionário. Por tais razões, adotou-se outra metodologia com enfoque na análise das decisões proferidas, conforme examinado nos subtópicos anteriores.

3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No presente capítulo, serão aludidas possíveis soluções para combater o fenômeno da judicialização da saúde. Em um primeiro momento, tratar-se-á sobre formas consensuais de resolução de controvérsias, destacando a mediação como alternativa à intervenção judicial. Já no segundo tópico, será abordada a criação dos Núcleos de Apoio Técnico – NAT – no âmbito dos Tribunais de Justiça. Esses núcleos são compostos por profissionais da área da saúde e buscam fornecer amparo técnico-científico com o fito de auxiliar os magistrados nas demandas. Por fim, o último tópico referir-se-á aos mecanismos que podem ser utilizados no âmbito da saúde pública para fins de diminuir a intervenção judicial. Como exemplo, cita-se o chamado compromisso significativo que consiste na construção jurisprudencial da Corte Constitucional da África do Sul cujo objetivo se baseia na obtenção de soluções compartilhadas entre os Poderes e a sociedade.

3.1 A mediação como alternativa à judicialização

A mediação de conflitos pode ser compreendida como um procedimento no qual há um terceiro imparcial e independente cuja responsabilidade é coordenar reuniões com as partes conflitantes, estes podem ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, que buscam uma solução para atender os anseios de ambos os envolvidos. Na mediação há preponderância da autonomia das partes, visto que o mediador atua como facilitador da comunicação entre elas. Sendo assim, a solução encontrada, muitas vezes, resulta em cumprimento espontâneo das obrigações assumidas (BRAGA NETO, 2012, p. 103). Nesse sentido, expõe Roberto Bacellar (2012, p. 85):

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.

John Haynes e Marilene Marodin (1996, p. 11-12), por sua vez, compreendem a mediação como um processo em que um terceiro – chamado de mediador – ajuda os conflitantes a encontrarem a melhor solução para o litígio. O acordo alcançado resolve a problemática existente a partir de uma decisão mutualmente agradável, de modo que todos os envolvidos sairão como vencedores, preservando, assim, a continuidade da relação pré-existente.

Em razão da importância da mediação, como meio de resolução de conflitos, o presente tópico busca melhor compreender tal alternativa. De início, aborda-se a relação da mediação com o princípio do acesso à justiça, visto que aquela, por protagonizar as partes, tende a resultar em soluções mais justas e eficazes. Em seguida, examina-se como a mediação está disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando as principais disposições da nova Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015 – e do Novo Código de Processo Civil.

3.1.1 A mediação e o acesso à ordem jurídica

Em um primeiro momento, como forma de assegurar os direitos individuais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, porém, a garantia irrestrita de acesso nem sempre acarreta resoluções eficientes para os conflitos. Surge, então, uma nova perspectiva sobre o assunto, deve-se garantir não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas o chamado acesso à ordem jurídica justa, esta compreendida como um processamento do litígio de forma adequada e em tempo razoável. Assim, dispõe Roberto Bacellar (2012, p. 42) que o acesso deverá “ser medido pela correspondência mais próxima que houver entre a qualidade esperada do Poder Judiciário e a experimentada pelo jurisdicionado”.

Desse modo, não se pode restringir somente ao Poder Judiciário a função de solucionar os litígios, visto que a Instituição não tem condições para lidar com tamanha demanda, de modo que o serviço, muitas vezes, não é prestado de forma eficiente. Existem outras alternativas que podem ser utilizadas, principalmente para conflitos de menor complexidade. Fala-se, de um lado, da autocomposição que é compreendida como instrumento de resolução de controvérsias em que as próprias partes envolvidas buscam a obtenção de solução, sem que haja a imposição de decisão por um terceiro alheio à relação pré-existente (LUCHIARI, 2012, p. 10).

De outro lado, tem-se a heterocomposição que também consiste em uma alternativa para resolução de controvérsias, porém nesse caso há intervenção direta de terceiro. As partes

entendem ser melhor que uma pessoa imparcial em relação à demanda analise-a para proferir uma decisão, a qual os conflitantes estão obrigados a respeitar. Percebe-se que o processo judicial se configura como caso de heterocomposição, atuando o juiz como terceiro imparcial.

Mesmo sendo a busca pelo Poder Judiciário o principal método para resolução de conflitos, não significa dizer que os demais devam ser desconsiderados, pelo contrário, os meios que envolvem a autocomposição, a depender da complexidade do litígio, apresentam-se como alternativas mais eficazes, visto que os próprios conflitantes, a partir de negociações, encontrarão a solução que mais os agrada. Nesse sentido, consigna Luis Alberto Warat (2001, p. 83):

A mediação é assim, uma forma alternativa – com o outro – de intervenção de conflitos. Falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos.

Nesse passo, tem-se a mediação compreendida como um processo cooperativo, sendo capaz de trazer mais benefícios para as partes, destacando-se, conforme explica Ângela Mendonça (2003, p. 34), “a rapidez e a efetividade de seus resultados, a redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e de sigilo, a facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, a transformação das relações e a melhoria dos relacionamentos”.

A experiência norte-americana demonstra a eficiência da mediação como forma de resolução de conflito. A mediação se tornou popular nos Estados Unidos a partir da década de 70, período em que os Tribunais estavam sobrecarregados de demandas, acarretando, por conseguinte, a demora dos julgamentos. Em pesquisa realizada com empresas de grande porte, constatou-se que: a) 90% dos entrevistados julgam a mediação o meio com menos custos financeiros comparado com o Judiciário; b) 88% das empresas usam a mediação; c) 59% consideram a mediação como forma mais eficaz para preservar a continuidade das relações comerciais (SCRIPLLITI; CAETANO, 2004, p. 319).

A utilização de outros métodos, portanto, apresenta-se como uma alternativa benéfica para a sociedade como um todo. Se o objetivo a ser alcançado é a pacificação do conflito, a forma como esta será obtida não precisa ser restrita à atuação jurisdicional. É com base nessa premissa que Roberto Bacellar (2012, p. 45) propõe “uma ação integrada que estimule métodos

consensuais extrajudiciais e judiciais deve ser pensada a partir da ideia de que o mais importante é encontrar a paz”.

Nesse sentido, fala-se na criação de um sistema de multiportas capaz de oferecer alternativas extrajudiciais, com formas e metodologias constituídas a partir de mecanismos de negociação e, caso essas novas possibilidades não consigam resolver o conflito, deve-se garantir o acesso ao Judiciário. No próximo subtópico será examinado como o ordenamento jurídico brasileiro disciplina esses métodos alternativos de solução de controvérsias, dando enfoque à mediação, sendo abordada a Lei nº 13.140/15 e o Novo Código de Processo Civil.

3.1.2 Tratamento jurídico dado pela Lei nº 13.140/15 e pelo Novo Código de Processo Civil

Diante do crescente aumento⁴⁵ no número de litígios submetidos ao Poder Judiciário, em decorrência, principalmente, da previsão constitucional do acesso à Justiça, faz-se necessário buscar novos mecanismos capazes de viabilizar a resolução de controvérsias. Nesse sentido, fala-se na utilização de métodos como a mediação a fim de servir de instrumento para prover a pacificação social das demandas de maneira mais célere, sem que haja a limitação do acesso ao Judiciário.

Com a intenção de fortalecer o uso de métodos alternativos para solucionar conflitos, o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução nº 125 de 2010, destacou a importância da mediação, incentivando e apresentando a necessidade de criação, no âmbito dos Tribunais, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito. Em decorrência dessa nova legislação, surgiram os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs – que são responsáveis por realizarem sessões de conciliação e mediação pré-processuais. Os agentes que atuam nestes centros são devidamente credenciados pelos Tribunais.

Importante destacar que a solução de conflitos na sociedade contemporânea exige muito mais do que a pura aplicação da legislação vigente, é necessário que ocorra também a aproximação dos conflitantes para que ao fim do processo se possa observar de fato a pacificação social e não simplesmente o cumprimento de formalismos mecânicos. Dessa forma,

⁴⁵Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, previstos no relatório *Justiça em números 2015*, consta que desde o ano de 2009 o número de processos pendentes é sempre crescente. O estoque inicial de processos em 2014 foi de 70,8 milhões de demandas, enquanto que em 2013 foi de 67,1 milhões. Além disso, observa-se que o número de novas demandas também vem se elevando com os anos, em 2013, por exemplo, foram aproximadamente 28,6 milhões de novos casos, enquanto que em 2014 contabilizam-se 28,9 milhões de novas ações.

fala-se que, para a eficaz solução do conflito, faz-se imperiosa a participação ativa das partes em conflito (HAONAT; VIEIRA, 2015, p. 395).

A partir da necessidade de envolvimento das partes litigantes para a real solução do conflito, os instrumentos como a mediação e a conciliação surgem para auxiliar o sistema judiciário. Nesse sentido, Torres (2005, p. 158) expõe que “a conciliação, assim como a mediação, são meios eficazes que objetivam a transação, porque a mediação promove a aproximação das partes e propicia que elas mesmas consigam interagir, e a conciliação conduz uma conversaçãõ”.

Analisando a mediação, depreende-se que esta age como mecanismo de abordagem consensual dos litígios nos quais uma pessoa imparcial, isenta e capacitada, atua com a finalidade de facilitar e promover a comunicação entre os conflitantes para que estes mesmos possam desenvolver meios de solucionar o conflito, cabendo destacar que esse mediador não possui nenhum poder decisório. A conciliação, por sua vez, é o meio pelo qual um terceiro, também imparcial e isento, intercede, escutando e auxiliando os litigantes a firmar um acordo para solver o conflito. A depender da situação, o conciliador pode apresentar as vantagens e as desvantagens, bem como propor alternativas para solucionar a controvérsia (BOLZAM; SANTOS, 2015, p. 163-164).

Observada a importância da mediação tanto no que se refere ao auxílio na solução mais célere dos conflitos quanto no respeito ao alcance da pacificação social, é essencial que haja o estímulo desse instrumento na formação jurídica nos cursos de Direito. Ademais, é imperioso que os agentes, sejam eles os mediadores, os juízes ou os advogados, submetam-se a cursos específicos para garantir a capacidade profissional necessária para o desenvolvimento dessa atividade.

A respeito da legislação específica sobre a mediação, destaca-se inicialmente a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça que teve como finalidade divulgar a política nacional de mediação no Poder Judiciário. A resolução estabelece, por exemplo, os princípios básicos da atividade no âmbito judicial, determinando um Código de Ética a ser respeitado pelos mediadores e conciliadores, bem como traz o conteúdo detalhado de um programa educacional para a formação de novos agentes.

Com a publicação da Resolução nº 125, pode-se perceber uma inovação no que se refere aos métodos de solução de conflito paralelo ao processo judicial, a finalidade de garantir o acesso à justiça para toda a população evidencia que as novas alternativas de pacificação consistem em um processo justo e adequado. Durante a abertura do seminário sobre “Mediação e Conciliação: Estruturação da Política Judiciário Nacional”, o então Ministro Cezar Peluso (2011, p. 3) afirmou que a Resolução nº 125 possui dois objetivos principais:

Em primeiro lugar, firmar, entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas. Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação ne núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.

Ressalta-se, também, o destaque feito pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em que logo no artigo 3º, §§ 2º e 3º prevê expressamente a promoção da solução consensual dos litígios e o dever dos magistrados, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos de estimular a mediação no curso de processo judicial. Percebe-se, portanto, que o diploma legal institucionalizou a mediação nos processos judiciais, cujo objetivo principal é conferir celeridade na solução dos conflitos e reaproximar as partes para obtenção de soluções mais eficientes.

Observa-se que há amplo incentivo aos métodos de autocomposição, esta, anteriormente, executada extrajudicialmente. Um dos pontos de destaque da nova legislação, em consonância com a Resolução nº 125 do CNJ, é a criação, conforme artigo 165⁴⁶ do Novo Código de Processo Civil, dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, bem como o estímulo ao desenvolvimento de programas de auxílio e orientação da autocomposição. Além disso, no artigo 174⁴⁷ há a previsão de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituam câmaras de mediação e conciliação para solucionar litígios no âmbito administrativo.

⁴⁶ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁴⁷ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir

Ressalta-se ainda que o Novo Código estabelece a regulamentação das atividades dos mediadores, devendo estes serem devidamente inscritos⁴⁸ no cadastro nacional e no cadastro do respectivo Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, após sua capacitação no curso disponibilizado pela entidade credenciada. No que se refere à remuneração dos mediadores, prevê o artigo 169 que os profissionais devem ser pagos de acordo com a tabela fixada pelo Tribunal e conforme os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, ressalvados os casos em que há a criação de um quadro próprio de conciliadores e mediadores, pois nesse caso o ofício será preenchido por concurso público.

Seguindo as disposições do Novo Código, observa-se, no inciso I do §4º do artigo 334⁴⁹, a regra de submeter previamente a demanda judicial à tentativa de mediação de forma obrigatória, desde que não haja improcedência preliminar do pedido. Contudo, caso as partes apresentem expressamente desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição, esta não será realizada. Essa imposição de tentativa prévia de mediação encontra fundamento na doutrina de Ada Pellegrini Grinover, pois segundo a jurista o que se coloca de maneira obrigatória é apenas tentar a autocomposição e não a celebração de um acordo (HAONAT; VIEIRA, 2015, p. 401).

Por fim, há de se destacar a publicação da Lei nº 13.140 de 2015, mais conhecida como Lei da Mediação. Observa-se logo no artigo 2º os princípios que devem ser orientadores da atividade de mediação, destacando-se a autonomia da vontade das partes e a busca do consenso. Em seguida os artigos 4º ao 13 visam regulamentar a atuação dos agentes mediadores, trazendo a figura dos mediadores extrajudiciais e os mediadores judiciais. O destaque para essas disposições se faz necessário haja vista que o papel de mediador deve ser realizado corretamente a fim de se alcançar a pacificação social. É nesse sentido que Zapparolli e Krähenbühl afirmam que (2010, p. 39):

conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁴⁸ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá o registro dos profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

⁴⁹ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência [...] § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

O mediador é um especialista em técnicas de mediação. É um terceiro estranho ao conflito trazido ao processo de mediação, escolhido ou aceito pelos mediados, rege o processo com equidistância; questiona respeitosamente, busca os reais interesses, além das posições dos mediados; trabalho em regime de confidencialidade; não é um juiz, não decide, não aconselha e não propõe acordo aos mediados; facilita a comunicação; possibilita a escuta recíproca e a reconstrução das narrativas; focaliza na transformação dos padrões comunicativos e relacionais e; resgata as habilidades dos sujeitos para que se sintam capazes de decidir e gerir seus próprios conflitos e solucionar seus próprios problemas.

Assim, para que um indivíduo possa exercer referida função há de serem respeitados os requisitos previstos no artigo 9º⁵⁰ da Lei 13.140/2015 para os mediadores extrajudiciais e os pressupostos do artigo 11⁵¹ para os mediadores judiciais. Da leitura da Lei, os artigos 14 a 31 abordam os aspectos procedimentais das mediações tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial. Um importante avanço trazido pela Lei da Mediação foi a possibilidade de utilização da autocomposição em conflitos envolvendo a Administração Pública.

O artigo 32 da Lei 13.140/2015 prevê a criação de câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, como a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias Gerais dos Estados e Municípios. Sua competência alcança: a) a resolução de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública (artigo 32, I); b) a solução de controvérsias entre particulares e pessoas jurídicas de direito público (artigo 32, II); c) a celebração, quando couber, de termos de ajustamento de condutas (artigo 32, III); d) a solução de controvérsias entre particulares, no tocante a atividades reguladas ou supervisionadas pelo Estado, como é o caso da saúde suplementar (artigo 43). Por fim, outro elemento que merece relevância é a confirmação do uso de meio eletrônico⁵² para realização das audiências de mediação.

Caberá ao regulamento definir o modo de funcionamento e a estrutura das câmaras no âmbito da Administração Pública, sendo que a submissão do conflito a elas é facultativa e admitido apenas nos casos previstos no mesmo ato. Não se sujeita à competência das câmaras

⁵⁰ Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

⁵¹ Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

⁵² A possibilidade de utilização de meio eletrônico para a realização de audiência de mediação está prevista tanto §7º do artigo 334 da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) quanto no artigo 46 da Lei nº 13.140/2015.

controvérsias que demandam atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. Interessante, ainda, é a possibilidade de o órgão da Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios instaurar, por ofício ou mediante provocação, mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos (artigo 33, parágrafo único). Aqui pode ser inserida a prestação de serviços de saúde, dependendo o êxito da iniciativa, porém, do teor do regulamento que venha a ser editado e dos poderes que poderão ser concedidos à Advocacia Pública para resolver a controvérsia.

Questão que se apresenta no tocante à mediação realizada no âmbito da Administração Pública diz respeito à garantia da imparcialidade, uma vez que serão os próprios servidores do órgão os responsáveis por conduzir a mediação. Sabe-se que a imparcialidade é requisito indispensável para realização desse método de resolução de conflito, por isso, faz-se imperiosa a realização prévia de cursos preparatórios e a capacitação dos agentes, a fim de assegurar o êxito dos procedimentos. Sugere-se que o regulamento sobre o funcionamento e estrutura da câmara já defina como ocorrerá a formação dos profissionais que irão atuar na atividade e os limites que deverão ser observados na solução de controvérsias.

Tendo, portanto, sido analisadas as novas perspectivas sobre o instituto da mediação, cumpre saber como a referida forma de solução dos conflitos pode ser utilizada nas demandas envolvendo questões de saúde, seja na esfera pública ou na privada. Sendo assim, o próximo tópico do presente trabalho pretende examinar situações em que se pode utilizar a mediação, abordando, inclusive, exemplos de iniciativas já desenvolvidas no âmbito dos Tribunais e da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

3.2 Uso da mediação em demandas envolvendo saúde

Tendo sido vista a importância da mediação como instrumento para a solução de conflitos, resta saber de que modo essa alternativa pode ser utilizada para diminuir o número de ações relacionadas à saúde. Os benefícios gerados pelo uso da mediação estão atrelados tanto à eficiência da decisão, como à redução da problemática da judicialização. Neste tópico, serão abordadas duas experiências com a mediação no âmbito da saúde, quais sejam, o Núcleo de Apoio Técnico e a Notificação de Intermediação Preliminar.

3.2.1 Núcleo de Apoio Técnico

Em 2009, foi realizada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Audiência Pública nº 4, da qual participaram profissionais e especialistas da área da saúde com o fito de obter alternativas para a atuação da Corte e do Poder Judiciário como um todo nas demandas envolvendo direito à saúde. Em decorrência de referido encontro, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, orientando os Tribunais de Justiça Estaduais e os Tribunais Regionais Federais a celebrar convênios para disponibilizar apoio técnico, composto por médicos, farmacêuticos, entre outros profissionais da saúde, com o fim de auxiliar os magistrados na apreciação das questões relacionadas à saúde.

Além disso, também se recomendou que os Tribunais, por intermédio das respectivas corregedorias, orientassem os juízes a instruir as demandas com relatórios médicos em que haja a descrição da patologia, inclusive registrando a Classificação Internacional da Doença – CID – correspondente. Outrossim, deve haver a prescrição de medicação de forma genérica ou relacionada com o princípio, sem que restrinja apenas a um medicamento. Destaca-se, também, a orientação de não serem concedidos fármacos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental.

A recomendação faz importante menção à necessidade de ser realizada consulta prévia, preferencialmente por meio eletrônico, aos gestores públicos antes que seja concedida a medida de urgência e, nos casos em que há o deferimento do pedido, estes devem estar abrangidos por políticas públicas já existentes, de modo que o beneficiário da decisão seja inscrito no referido programa.

Outra medida adotada pelo CNJ ocorreu com a instituição do Fórum Nacional do Judiciário, a partir da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, cuja função consiste no monitoramento e na resolução de demandas relacionadas à assistência médica. Posteriormente, editou-se a Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011, específica para as ações envolvendo saúde suplementar, para que também sejam celebrados convênio que objetivem disponibilizar apoio técnico para os magistrados.

Considerado pioneiro no que se refere ao cumprimento da Recomendação nº 36 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro criou em 2009 o chamado Núcleo de Assessoria Técnica⁵³ em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde. Os magistrados que atuarem no

⁵³ Notícia disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro < <http://www.tjrj.jus.br/ca/home/-/noticias/visualizar/162902>> Acesso em 22 de maio de 2017.

plantão judiciário contarão com o apoio de profissionais da saúde para melhor fundamentar as decisões proferidas. Serão sete médicos – um para cada dia da semana – que ficarão à disposição do juiz plantonista para elaborar pareceres nas demandas envolvendo solicitações de internação. A iniciativa tem como objetivo trazer maior segurança técnica e jurídica, de modo que a prestação jurisdicional possua maior eficiência e mais qualidade.

Em 2011, havia cerca de 23 profissionais atuando no NAT-RJ, sendo um médico, treze farmacêuticos, dois enfermeiros, quatro na área da administração e três nutricionistas. A elaboração do parecer técnico deve ocorrer no máximo em 48h. Segundo dados fornecidos pelo CNJ⁵⁴, no ano de 2009 – ano que foi instituído – o NAT produziu mais de 980 laudos, já em 2010, o número de laudos emitidos subiu para 1.440.

Posteriormente, no ano de 2015, também com o objetivo de atender à Recomendação nº 36 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵⁵ criou o chamado Núcleo de Apoio Técnico – NAT – que tem como finalidade auxiliar os magistrados nas demandas envolvendo direito à saúde. A atuação ocorre previamente à apreciação dos pedidos liminares de ações movidas contra planos e seguro de saúde. O objetivo é a obtenção de composição entre as partes, não sendo esta possível, o NAT irá subsidiar os juízes com informações técnicas a respeito do caso concreto analisado. A implantação do NAT-SP conta com a participação conjunta do Tribunal de Justiça, da Agência Nacional de Saúde, da Associação Brasileiro de Medicina de Grupo – ABRAMGE – e da Federação Nacional de Saúde Suplementar – FENASAÚDE.

O NAT, inicialmente, atuará por meio da elaboração, em até vinte de quatro horas, de proposta de autocomposição para o processo. Caso não seja aceita a solução pelos envolvidos, o Núcleo encaminhará as informações técnicas relacionadas ao pleito para o juízo competente. Percebe-se, então, que além de proporcionar uma maneira de resolução do litígio mais célere, possibilita também o auxílio, a partir de elementos técnicos, que permitirão a elaboração de decisões com melhor fundamentação.

⁵⁴ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56965-nucleo-de-assistencia-as-demandas-judiciais-de-saude-do-rj-ja-emitiu-2800-pareceres>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁵⁵ Notícia divulgada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272>> Acesso em 22 de maio de 2017.

É possível visualizar experiências semelhantes em outros Tribunais de Justiça, no Estado do Acre⁵⁶, por exemplo, o Núcleo de Apoio Técnico em Saúde – NAT-jus – foi instituído pela Portaria nº 1.962/2016, visando a garantia de decisões com maior segurança, caráter científico, padronização e eficiência. De acordo com o Termo de Cooperação Técnica nº 17/2012, assinado pelo Estado do Acre e o Tribunal de Justiça do Estado, a coordenação do NAT-jus fica a cargo de um magistrado e na composição do núcleo devem figurar técnicos da Secretaria de Saúde do Estado do Acre, bem como profissionais da área da saúde. Sendo a estes vedado ter relação de qualquer natureza com a indústria farmacêutica, laboratórios etc.

Com o recebimento da demanda, esta será encaminhada para o técnico do NAT-jus que terá o prazo de três dias úteis para emitir Parecer Técnico, salvo situações de urgência, cujo prazo será reduzido para 48 horas. O parecer deve ser fundamentado conforme critérios da Medicina Baseada em Evidências, contudo, antes da elaboração de referido laudo técnico, deverá ser tentada a composição amigável com a ajuda do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC⁵⁷. Também em obediência à Recomendação nº 31 do CNJ, o Tribunal de Justiça do Tocantins instituiu um NAT para auxiliar a atuação dos juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, tendo o núcleo os seguintes objetivos (TJTO, *online*)⁵⁸:

- I. Subsidiar os magistrados e demais operadores do direito com informações relacionadas ao Sistema Único de Saúde e emissão de pareceres técnicos;
- II. Fortalecer o diálogo entre o Poder Executivo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Instituições de Ensino e Sociedade Civil;
- III. Realizar estudos, estimular debates e propor medidas de gestão que contribuam para a redução das ações judiciais no âmbito do SUS, bem como para a melhoria da assistência à saúde pública no Estado do Tocantins.

No Tribunal de Justiça do Espírito Santo⁵⁹, o programa iniciou com a preparação de 20 mediadores direcionados para atuar, exclusivamente, nas ações envolvendo saúde, no âmbito da câmara de saúde instalada no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de

⁵⁶ Notícia disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Acre: < <https://www.tjac.jus.br/noticias/atual-gestao-do-tjac-institui-nucleo-de-apoio-tecnico-em-saude/>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁵⁷ Notícia disponibilizada no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83249-justica-do-acre-incluiu-conciliacao-as-atividades-de-nucleo-de-saude>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁵⁸ Disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Tocantins: < <http://www.tjto.jus.br/saude/index.php/nat-nucleo-de-apoio-tecnico>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁵⁹ Notícia veiculada pelo sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80941-mediacao-em-demandas-de-saude-deve-reduzir-processos-no-tjes>> Acesso em 23 de maio de 2017.

Vitória – CEJUSC. Deverão ser examinados processos envolvendo tanto conflitos com o Sistema Único de Saúde, quanto com planos e seguradoras de saúde complementar.

O TJES instalou, por intermédio do Ato Normativo nº 274/2015, um Grupo de Trabalho para implantação de Políticas Públicas de Resolução e Prevenção de novos Conflitos relacionados às ações de Assistência Social e de Saúde do Estado, dos Municípios e Suplementar. O objetivo do referido grupo consiste em monitorar e fornecer possíveis soluções para demandas referentes ao direito à assistência social e à saúde, bem como apresentar propostas para adesão de medidas e criação de parcerias com fim de resolver administrativamente os conflitos.

Em diversos outros estados, também, visualiza-se propostas semelhantes às já expostas. No Distrito Federal⁶⁰, por exemplo, desde 2013, foi instaurada uma Câmara de Mediação no âmbito do Comitê Distrital de Saúde, sendo esta composta por membros da Secretaria de Saúde do Estado, Defensoria Pública, Ministério Público e Tribunal de Justiça. A Câmara tem por finalidade principal a busca por soluções às demandas por serviços e produtos de saúde oferecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Em Minas Gerais⁶¹, o Tribunal de Justiça implementa, desde 2012, experiência similar, na qual atuam em conjunto com o Comitê de Saúde de Minas Gerais e o Hospital das Clínicas.

No Estado do Ceará, a criação do Núcleo de Apoio Técnico ocorreu mediante o Termo de Cooperação Técnica nº 07/2016⁶² firmado entre o Governo do Estado, o Tribunal de Justiça, a Prefeitura de Fortaleza, as Secretarias de Saúde do Estado e do Município de Fortaleza e o Hospital Universitário Walter Cantídio. Tem-se como objetivo a cooperação mútua na elaboração de documentos técnicos e especializadas na área da saúde para fins de dar suporte aos Magistrados das Varas da Fazenda Pública, dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e da Turma Recursal da Fazenda Pública.

⁶⁰ Notícia disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2013/fevereiro/comite-de-saude-institui-camara-de-mediacao-em-saude>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁶¹ Notícia veiculada pelo sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79196-comites-subsidiam-juizes-paulistas-e-mineiros-com-demandas-de-saude>> Acesso em 23 de maio de 2017.

⁶² Documento obtido no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/12/Termo-Coopera%C3%A7%C3%A3o-T%C3%A9cnica-n%C2%BA-07-20161.-ASSINADO.pdf>> Acesso em 24 de maio de 2017.

Nos laudos deverão constar informações referentes: a) ao caso concreto exposto no processo judicial; b) às referências bibliográficas correspondentes a demandas examinadas; c) a possibilidade de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde do medicamento ou tratamento pleiteado, caso não seja disponível, deve-se juntar a justificativa da não utilização do protocolo SUS. O auxílio técnico poderá ser formulado a partir de dois documentos, quais sejam, a Resposta Técnica Rápida e a Nota Técnica.

O primeiro é usado para situações em que não seja necessário levantamento bibliográfico, sendo suficiente o fornecimento de informações científicas imediatas. Já as Notas Técnicas são documentos que abrangem circunstâncias específicas e complexas, as quais exigem maior revisão bibliográfica, exame sobre os custos, disposições sobre riscos e benefícios da liberação ou não de tecnologia não abrangida pelo protocolo SUS. Os dois modelos de pareceres devem ser entregues em até 5 dias úteis contados a partir da data do recebimento da solicitação.

A Câmara Técnica, responsável pelos pareceres, será composta por médicos e farmacêuticos do quadro de servidores efetivos dos entes colaboradores. O profissional designado para compor a referida Câmara terá mandato de dois anos, prorrogável por igual período. É importante ressaltar que esses especialistas prestarão o compromisso legal, com assinatura de Termo de Compromisso, para fins de garantir o exercício das atividades de forma neutra e imparcial. As questões relativas à remuneração e à compensação de horas ou de jornada de trabalho serão resolvidas internamente entre o servidor e o respectivo órgão de origem.

É de competência do Estado do Ceará, por intermédio da Secretaria de Saúde do Estado, do Município de Fortaleza, por meio da Secretaria Municipal de Saúde, e do Hospital Universitário Walter Cantídio, a disponibilização, para composição da Câmara Técnica, dos profissionais de saúde, sendo estes três médicos e três farmacêuticos. Já o Tribunal de Justiça fica responsável por fornecer espaço físico para o adequado funcionamento da Câmara.

Como forma de demonstrar a atuação do NAT-Jus-CE, cita-se o Processo nº 0101289-38.2017.8.06.0001. No caso concreto, o demandante é portador de Transtorno de Espectro de Autismo – TEA – e necessita da medicação ARIRIPRAZOL 15mg, todavia, por referido remédio ser de alto custo, o autor não tem condições financeira de arcar com o tratamento, ingressando, por conta disso, com demanda judicial pleiteando o fornecimento do medicamento de forma gratuita pelo Estado do Ceará. Visando decisão mais eficaz e eficiente, o Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública solicitou parecer técnico, senão vejamos:

Outrossim, considerando que a medicação prescrita encontra-se registrada para tratamento de esquizofrenia e transtorno afetivo bipolar, doenças distintas da que acometem o autor, e que em matéria de saúde o juiz deve decidir com base na medicina por evidência científica, determino, de logo, que se colha parecer da Câmara Técnica do NAT-CE, instituída pelo TCT nº 07/2016.

Em função da solicitação do Magistrado, o NAT-Jus-CE viabilizou a Resposta Rápida nº 001/2017 concluindo que, com base no conhecimento científico atual, o medicamento requerido pelo autor possui pouca efetividade para o tratamento do Transtorno de Espectro de Autismo – TEA – bem como não é disponibilizado pelo SUS. Recomendou-se o uso de RISPERIDONA como opção terapêutica. O laudo foi elaborado por um médico infectologista vinculado ao NAT-Jus-CE.

Apesar de o Núcleo de Apoio Técnico do Ceará ainda não proporcionar a mediação entre as partes envolvidas, percebe-se que a disponibilização de um profissional de saúde imparcial se mostra como uma alternativa aos efeitos negativos da intervenção judicial. No próximo subtópico será analisada a chamada Notificação de Intermediação Preliminar, instrumento criado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

3.2.2 Notificação de Intermediação Preliminar

Com o objetivo de reduzir o número de demandas judiciais envolvendo seguradoras e operadoras de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar instituiu por meio da Resolução nº 226, de 5 de agosto de 2010, o procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, que tem por finalidade a aproximação das partes a fim de solucionar os conflitos existentes a respeito da negativa de tratamento, sem que seja necessário o ingresso no Poder Judiciário. A referida norma foi posteriormente revogada pela Resolução Normativa nº 343, de 17 de dezembro de 2013. Atualmente, encontra-se em vigor, para regulamentar tal procedimento, a Resolução Normativa nº 388, de 25 de novembro de 2015.

A NIP ocorre a partir de uma frustrada procura de diálogo entre as próprias partes, no qual o usuário não logra êxito no pedido formulado ao plano ou seguradora de saúde. De acordo com o artigo 5º da RN nº 388, pode ser classificada como assistencial ou não assistencial. Na primeira, a notificação a ser realizada terá como pedido toda e qualquer restrição de acesso quanto à cobertura de assistência médica. Já na segunda, o procedimento terá como objetivo solucionar conflitos que não estão relacionados com a prestação do serviço em si, mas referentes a outras questões em que o usuário seja diretamente afetado, bem como capaz de ser

resolvida pela intermediação, como exemplo, tem-se as situações correspondentes ao pagamento das mensalidades.

Todos os casos que se enquadrem em uma das definições acima tratadas serão recepcionados pelo ANS e devidamente registrados no procedimento da NIP. Já as situações envolvendo o descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais por parte da operadora ou seguradora de saúde consistirão em demandas de reclamação. Nessas hipóteses, o beneficiário deverá apresentar o número de protocolo gerado pelos serviços de atendimento ao consumidor da empresa. Ressalta-se que em se tratando de situação de urgência será dispensado o número do protocolo para fins de registro da reclamação.

Os atos de comunicação entre a ANS e a operadora de saúde deverão ser realizados, conforme artigo 7º da RN nº 388, exclusivamente por intermédio de sistema eletrônico disponível no portal da agência reguladora. Para fins de possibilitar a troca de mensagens, as empresas deverão se identificar por meio de *login* e senha, no espaço destinados ao procedimento da NIP. Uma vez identificada, a operadora poderá visualizar as eventuais notificações recebidas, bem como os documentos atrelados a demanda, a fim de que se possa praticar os atos que são de sua competência.

O procedimento da NIP será composto por duas fases, quais sejam, a notificação preliminar e a análise fiscalizatória, ambas deverão ocorrer, exclusivamente, por meio eletrônico. Na primeira, uma vez recebida a reclamação pela ANS, esta notificará a operadora para que sejam adotadas as medidas cabíveis a fim de solucionar o conflito. Caso se trate de NIP assistencial, o prazo para resposta é de até cinco dias úteis, já para a NIP não assistencial o prazo será de até dez dias úteis. Considera-se notificada a operadora na data de disponibilização da notificação e o prazo fluirá a partir do primeiro dia útil seguinte à data da notificação.

A resposta da operadora deverá vir acompanhada de documentos que possam facilitar a análise da demanda, incluindo a comprovação de contato com o beneficiário ou seu representante, bem como o Código de Controle Operacional do usuário, de acordo com as informações constantes no Sistema de Informação de Beneficiários⁶³ da ANS. Referida documentação tem por finalidade demonstrar que: a) a demanda já foi devidamente solucionada

⁶³ Por meio do Sistema de Informações de Beneficiários – SIB – as operadoras de plano de saúde enviam, mensalmente, para a ANS dados vinculados aos usuários, correspondentes ao uso dos serviços de saúde. Deve-se incluir informações referentes à inclusão, alterações e cancelamento de plano de saúde.

pela operadora, assim como a cientificação do beneficiário quanto à resolução, devendo constar o meio pelo qual se contactou o usuário, a data e o respectivo teor; b) o pedido não merece ser deferido.

Se após as informações prestadas pelas operadoras, o usuário, devidamente notificado, deixar transcorrer o prazo de dez dias sem oferecer nenhuma réplica, a reclamação será considerada resolvida. Importante salientar que a referida presunção não impede que o beneficiário, a qualquer tempo, retorne o contato com a ANS e relate que a demanda ainda não foi solucionada. Uma vez reaberto o procedimento ou sendo oferecida réplica, passa-se para a fase da análise fiscalizatória.

De acordo com o artigo 13 da RN nº 388, a análise fiscalizatória ocorrerá nas seguintes situações, quando: a) o beneficiário informa que a questão ainda não foi resolvida; b) a demanda não foi respondida pela operadora; c) o caso retratar a realização de procedimento no SUS; d) situações em que há decisão judicial para ser cumprida; e) litígios institucionais, originários dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; f) processo que envolve infração de natureza coletiva; g) ocorrências que tenham sido instauradas de ofício pela ANS.

Durante a fase da análise fiscalizatória, a demanda será examinada a partir dos dados trazidos pelas partes. Ao fim, a conclusão, devidamente fundamentada, poderá classificar o litígio em: a) não procedente; b) solucionado por meio da reparação voluntária e eficaz; c) não resolvida; d) usuário não pertence à operadora; e) demanda em duplicidade; f) insuficiência de informações para identificação do beneficiário, da operadora e da infração relatada. O status de finalização da NIP pode ser melhor compreendido a partir da Tabela 1.

Tabela 1: Classificação do status de finalização da NIP

NIP ASSISTENCIAL		NIP NÃO ASSISTENCIAL	
Resolvida	RVE	Resolvida	INATIVA
Não Resolvida	NÚCLEO	Não Resolvida	NÚCLEO
Não Procedente	NP		
Assistencial Inativa	INATIVA		
Dados Insuficientes	N/A		

Beneficiário não pertence à operadora	
Duplicidade	

Nota Fonte: ANS, Relatório de Resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS, 1º Semestre de 2016: Impactos da implementação da Resolução Normativa nº 388, de 2015. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatorio_de_resultados_da_diretoria_de_fiscalizacao_1_semestre_2016.pdf> Acesso em 29 de maio de 2017.

A Reparação Voluntária e Eficaz consiste na adoção, por parte da operadora, de providências necessária a fim de solucionar o conflito existente. O objetivo é a reparação dos eventuais prejuízos ou danos acarretados aos usuários, bem como o cumprimento útil da obrigação. Nas situações tratadas pela Notificação de Intermediação Preliminar, para que a Reparação Voluntária e Eficaz possa ser reconhecida, faz-se mister que as medidas sejam propostas e devidamente cumpridas dentro do prazo daquele procedimento.

Em pesquisa elaborada pela ANS⁶⁴, observou-se que 75% dos litígios não assistenciais encaminhados aos Núcleos da ANS para fins de processo administrativo sancionador e apuração eram arquivados em razão de insubsistência de indícios da infração. Em 2011, por exemplo, mais de 2.600 processos foram arquivados por inexistência de infração e mais de 630 por impossibilidade de comprovação. Já no ano de 2015, o número de demandas arquivadas elevou-se, respectivamente, para 6.265 e 1.011.

Com a publicação da RN nº 388 da ANS, houve uma melhora no índice de resolutividade das demandas apresentadas à Agência Reguladora. Nos primeiros cinco meses de 2016, mais de 90% dos processos foram resolvidos. Das 42.445 demandas NIP analisadas, 30.888 (77%) foram solucionadas ainda na fase eletrônica, ou seja, durante a notificação preliminar. Enquanto que as outras 9.460 (23%) demandas passaram para a segunda fase de análise fiscalizatória. Na Tabela 2 é possível observar o número de demandas solucionadas pela ANS no primeiro semestre de 2016:

Tabela 2: Litígios examinados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar a partir da sua classificação (período: 1º semestre de 2016)

Natureza	Assistencial	Não Assistencial
Análise Fiscalizatória	5.771	3.689
N/A	581	302

⁶⁴ Dados obtidos a partir de pesquisa realizada pela ANS, disponível em <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatorio_de_resultados_da_diretoria_de_fiscalizacao_1_semestre_2016.pdf> Acesso em 29 de maio de 2017.

NP	1.709	882
NÚCLEO	2.716	2.498
RVE	765	7

Nota Fonte: ANS, Relatório de Resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS, 1º Semestre de 2016: Impactos da implementação da Resolução Normativa nº 388, de 2015. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatorio_de_resultados_da_diretoria_de_fiscalizacao_1_ semestre_2016.pdf> Acesso em 29 de maio de 2017.

Percebe-se, portanto, que, no âmbito da saúde suplementar, a existência de procedimentos como a NIP consiste em alternativa para a judicialização da saúde, vez que o conflito passa a ser solucionado por meio do diálogo entre as próprias partes, sem a necessidade de ingresso de demanda judicial. No próximo tópico, buscar-se-á fazer a análise de outras possíveis soluções à intervenção do Poder Judiciário, porém será dado enfoque nas questões envolvendo saúde pública.

3.3 Alternativas à judicialização no âmbito da saúde pública

Nos tópicos anteriores se analisou a importância da mediação como forma de reduzir a intervenção judicial nas ações envolvendo saúde. Passa-se, porém, a examinar outros instrumentos que também podem ser utilizados para fins de alternativas à judicialização. O primeiro deles é o chamado Compromisso Significativo que consiste em uma construção da jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul cujo principal objetivo é a aproximação das instituições para solucionar conflitos envolvendo concretização de direitos sociais.

O segundo instrumento é o uso do orçamento participativo. Esse mecanismo já é previsto no âmbito dos Municípios, os quais, quando da elaboração do orçamento público, devem consultar a população para fins de legitimar a disposição das despesas públicas. Por fim, fala-se da importância das ações coletivas no âmbito da defesa do direito à saúde, sabe-se que a saúde está prevista na Constituição Federal de 1988 como um direito social, nesse sentido, faz-se mister que a abordagem feita pelo Poder Judiciário seja realizada não em uma perspectiva individualista, mas sob a ótica da coletividade.

3.3.1 Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo

A abordagem do instituto do Compromisso Significativo deve ser feita a partir da evolução da atuação do Poder Judiciário. Sendo assim, cabe examinar a questão da intervenção judicial sob a ótica do chamado Estado de Coisas Inconstitucional. Esse instrumento foi

reconhecido pela primeira vez no ano de 1997 pela Corte Constitucional Colombiana, quando do julgamento da *Sentencia de Unificación* nº 599/1997, em que se discutia a garantia ou não de direitos previdenciários aos professores. O segundo caso – *Sentencia de Tutela* nº 153/1998 – envolveu a questão penitenciária, e o terceiro – *Sentencia de T-025/2004* – que correspondia ao deslocamento forçado de pessoas em razão da violência decorrente da atuação de grupos armados (LAZARI; PIRES, 2017, p. 106).

O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI – pode ser compreendido como conjunto de procedimentos internos com o objetivo de identificação de violações sistemáticas dos direitos fundamentais. Busca-se por meio desse instrumento apresentar soluções institucionais de posturas ativas e deferentes por parte do Poder Judiciário. Por tal motivo, percebe-se que o uso desenfreado do mecanismo pode acarretar em uma verdadeira substituição dos demais órgãos constitucionais. Sendo assim, é preciso estipular parâmetros para a sua utilização, nesse ponto, a partir da análise feita pela Corte Constitucional Colombiana, para que haja o reconhecimento do ECI, faz-se mister a presença de três premissas que, segundo Marco Antônio da Costa (2017, p. 157), são:

- (i) o descumprimento generalizado de direitos fundamentais, ou seja, a constatação de um quadro de violação massiva desses direitos, afetando um número considerável e indeterminado de pessoas (a mácula, portanto, deve ser grave, contínua e sistêmica);
- (ii) inépcia ou inabilidade reiterada e contumaz das autoridades públicas para solucionar aludida situação (incluindo-se, neste ponto, a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias – denotando falha estrutural do Estado que contribui à deterioração dos problemas em tela); e o fato de (iii) a resolução das violações demandar uma postura ativa, não de apenas uma, mas de um conjunto de autoridades, ou seja, os remédios necessários para enfrentar as inconstitucionalidades sistêmicas necessariamente decorrem da adoção de soluções ou mudanças estruturais.

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais não visa apenas a declaração de violação sistêmica de direitos fundamentais, mas sim o fornecimento das chamadas decisões estruturantes. Estas são inspiradas nas *structural injunctions*, criadas nos Estados Unidos cujo objetivo consiste em ir além da lógica binária, baseada no direito processual clássico, ou seja, busca-se propiciar soluções às questões coletivas, a partir do emprego de decisões e medidas graduais capazes de orientar um estado de coisas no futuro (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 314). Juliana Pondé Fonseca (2015, p. 206) aponta que as medidas estruturantes “realizam a reforma de uma instituição para impedir que ela siga violando os direitos dos cidadãos, constituindo, na verdade, uma série de decisões complexas que podem perdurar por muitos anos – décadas, inclusive”.

No Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecido pela primeira vez diante da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Tratava-se da questão penitenciária pátria, o requerente pleiteava o reconhecimento da falência da política penitenciária adotada, visto entender que esta desrespeitava o princípio da dignidade humana, em razão, principalmente, da superlotação dos presídios (LAZARI; PIRES, 2017, p. 107). Em face das similaridades, importante salientar a diferença entre o ECI e as omissões constitucionais que podem ser solucionadas por intermédio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A ADI por omissão é utilizada nas hipóteses de omissões normativas, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, nas quais busca-se declarar a inércia do legislador sobre determinado tema para que este possa elaborar as normas necessárias para regulamentar a matéria ou implementar medidas de cunho predominantemente jurídico. Já no Estado de Coisas Inconstitucional o objetivo envolve o reconhecimento fático de um determinado desrespeito de direitos e a devida adoção de medidas materiais e jurídicas, capazes de interromper a violação de garantias (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 315).

O Estado de Coisas Inconstitucional se apresenta como uma evolução da atuação do Poder Judiciário e, tendo sido visto o funcionamento de referido mecanismo, é necessário ter-se precaução quando da sua utilização. Por esse motivo, fala-se na importância do uso de outros instrumentos capazes de garantir o respeito das demais instituições. Nesse sentido, apresenta-se o Compromisso Significativo para tais situações em que se exige uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário.

O primeiro caso em que buscou-se implementar as medidas desejadas pelos requerentes, mas ao mesmo tempo, ponderou-se a questão da razoabilidade do pleito, foi o chamado caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul, que envolvia o cumprimento do direito à moradia. A decisão da Corte foi no sentido de requerer a realização de um programa razoável capaz de permitir o acesso da população à moradia. A ideia de assegurar o princípio da razoabilidade nas demandas envolvendo direitos sociais foi-se refinando até que, na decisão do caso *Olivia Road*, usou-se, pela primeira vez, o conceito de Compromisso Significativo (PARDO, 2013, p. 176).

Neste último caso, analisava-se a situação de quatrocentos ocupantes de dois prédios na Cidade de Johannesburgo que buscavam garantir seu direito à moradia, vez que a municipalidade

havia decidido pela desocupação da área, sob o argumento de razões de segurança e de saúde. A Corte Sul-Africana, diante da situação, emitiu uma ordem provisória para que os ocupantes e a Administração Pública se comprometessem a: a) solucionar o litígio à luz dos valores constitucionais; b) examinar as circunstâncias dos que vivem na edificação, a fim de assegurar a segurança dos mesmos; c) aludir os resultados obtidos ao Tribunal na data fixada (PARDO, 2013, p. 176). Lilian Chenwi e Kate Tissington (2010, p. 9) resumem Compromisso Significativo como:

So, more broadly, meaningful engagement happens when communities and government talk and listen to each other and try to understand each other's perspectives, so that they can achieve a particular goal. It is a neutral space where people and the state can discuss and shape options and solutions to difficult issues.

Percebe-se que no Compromisso Significativo, o requerente não obtém a solução do conflito por meio de uma decisão judicial, mas sim por intermédio de uma negociação com a Administração Pública. Em referido método, os indivíduos se tornam parceiros das decisões que serão tomadas, e não meros receptores dos comandos. Brian Ray (2009, p. 19-20) ressalta três aspectos que devem estar presentes: a) compreendê-lo como um processo iterativo e coordená-lo ativamente; b) possibilidade de impor sanções caso haja descumprimento do acordo; c) o Tribunal deve manter a função de fiscalizar o andamento das medidas. Para Guilherme Alvarenga (2016, p. 60):

[...] a ideia de compromisso significativo corresponde a participação da própria sociedade na construção dos programas socioeconômicos em conjunto com o Poder Público, aproximando-se da tese de Peter Peter Häberle (1997) de sociedade aberta dos intérpretes, em que as forças sociais e privadas não podem ser tratadas como mero objeto, mas ativamente como sujeitos, abrindo espaço a um diálogo não somente interinstitucional, mas com os próprios setores populares afetados pela política pública a ser adotada, já que haveria um compartilhamento de decisões entre a sociedade e o governo.

O Compromisso Significativo permite, portanto, uma aproximação das partes para que estas, a partir de negociações, possam elencar as políticas públicas que devem ser adotadas para fins de assegurar os direitos sociais. A partir dessa perspectiva, constata-se a estreita ligação do referido método com a garantia de cidadania, já que serão os próprios indivíduos responsáveis pelas escolhas a serem tomadas pela Administração Pública. Outrossim, David Pardo (2013, p. 178) afirma que:

O novo conceito joga luz também sobre o argumento do orçamento. O compromisso significativo exige a implementação progressiva dos direitos reivindicados, levando em conta os recursos disponíveis, mediante fiscalização dos juízes. Porém, a Administração Pública mantém o controle direto e imediato sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de executar de maneira continuada as políticas

públicas requeridas para satisfação dos direitos. Essa situação não se distingue daquela habitual de o Estado ter que distribuir os recursos disponíveis entre os diversos programas que rotineiramente executa. É bem verdade que se acrescentam novas despesas às já existentes. Porém, além de poder balancear os novos custos dentro do quadro geral de desembolso, certo é que a exigência de levar adiante mais uma política pública custosa pode significar a fissura de um bloqueio orçamentário excludente. Se a deliberação política exigida pelo compromisso significativo resulta em reconhecer a legitimidade de uma demanda, então o obstáculo financeiro tinha mesmo o sentido de uma exclusão inconstitucional. Aqui, vale recordar novamente a obrigação de o Estado se submeter a uma deliberação. Pois o próprio argumento da política o exige.

No Brasil, tramita, no Senado Federal, Projeto de Lei que visa a positivação tanto do Estado de Coisas Inconstitucional como do Compromisso Significativo no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade. O Projeto de Lei Suplementar nº 736/2015 busca alterar a Lei nº 9.882/99 que trata sobre o processo e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Propõe-se a inserção de dispositivos sobre: a) possibilidade de reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional para fundamentar decisões liminares ou definitivas na ADPF, desde que estejam presentes certos requisitos, como, um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais e previsão na Constituição Federal de políticas pública que necessitam de concretização; b) uma vez reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, deve-se determinar a celebração do Compromisso Significativo; c) as diretrizes e os requisitos a serem observados pelo compromisso firmado.

Em resumo, o Compromisso Significativo apresenta-se como uma alternativa à intervenção judicial em políticas públicas, vez que a partir desse método, busca-se, na verdade, uma aproximação entre a sociedade e o Poder Público para que estes possam solucionar as contingências sociais. O papel do Judiciário passa a ser de fiscal do cumprimento do acordo firmado pelos envolvidos. No subtópico seguinte, aborda-se a possibilidade do uso do orçamento participativo também como instrumento capaz de diminuir a problemática da judicialização.

3.3.2 Orçamento participativo

No subtópico anterior, analisou-se a evolução da atuação do Poder Judiciário, a partir da criação de novos instrumentos, quais sejam, o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo, que buscam assegurar o respeito às garantias fundamentais dos indivíduos. Tendo sido consolidados referidos mecanismos, passa-se ao exame do chamado

orçamento participativo, para tanto, faz-se mister iniciar a abordagem tratando sobre as principais características do orçamento público.

Conforme visto anteriormente, compete privativamente ao Poder Executivo a elaboração da proposta da Lei Orçamentária Anual, cabendo, posteriormente, a análise por parte do Poder Legislativo para fins de aprovação. O orçamento anual, consoante o artigo 5º da Lei Complementar nº 101/2000, há de ser compatível com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, buscando disciplinar sobre as receitas e as despesas do Poder Público. Nesse contexto, Maristela Heidemann (2002, p. 4-5) dispõe que:

[...] o orçamento público é o planejamento que se apresenta como um instrumento essencial de viabilização para atingir o bem-comum da sociedade, cujo objetivo é apresentar um plano de financiamento e fornecer informações detalhadas a seu respeito. Apresenta-se, portanto, como um instrumento de planejamento. Assim sendo, ele representa a mais importante fonte de informação e de controle democrático do Estado, sendo importante observar que é ao longo desse processo que se concretizam as tarefas rotineiras do planejamento (conjunto coordenado de formulações com visa a possibilitar o alcance das metas indispensáveis à consecução dos objetivos) e que o desenvolvimento tem início na análise da realidade atual, sobre a qual, pela reflexão, propõem-se objetivos em direção a um modelo futuro proposto, fazendo-se necessário adotar decisões que induzam os diversos agentes de mudanças a se comportarem com eficiência, eficácia e criatividade, para que as metas propostas sejam alcançadas.

Percebe-se que o orçamento público possui como principal finalidade a disciplina das finanças públicas, porém não se pode olvidar o caráter fiscalizatório, vez que os órgãos de representação exercem um controle político sobre as decisões tomadas pelo Executivo, ou seja, essa vigilância se compreende a partir do momento em que cabe ao Poder Legislativo o exame das propostas elaboradas pelo chefe do Executivo (GIACOMANI, 2010, p. 56-57).

No âmbito da elaboração do orçamento público, pode-se falar do chamado orçamento participativo cuja estrutura se apresenta como um conjunto de instituições agindo para garantir a participação popular. Sob outra ótica, fala-se da perspectiva processual para a tomadas de decisões em relação aos recursos públicos (KAZMIERCZAK; ALVES, 2013, p. 428). Assim, o orçamento participativo surge como um elemento de descentralização administrativa capaz de permitir a atuação da sociedade na discussão sobre as questões orçamentárias (HEIDEMANN, 2002, p. 92). Por essa razão, considera-se a ocorrência de uma inversão lógica de representação, vez que os representantes ordinários cedem lugar para a participação do povo.

Expõe-se como pilares do orçamento participativo os princípios da participação universal, do vínculo entre democracia direta e democracia representativa e da distribuição balanceada dos recursos. A ideia do orçamento participativo está atrelada ao conceito de cidadania

participativa, já que esta é compreendida como a efetiva e direta participação do cidadão nas questões sociais e políticas determinantes para o desenvolvimento da sociedade. Diante de uma nova concepção sobre o princípio da cidadania, dispõe José Luiz Magalhães (2009, p. 19):

O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva sistêmica na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático.

O orçamento participativo, portanto, é compreendido como um processo para tomada de decisões em relação aos fins que devam ser dados aos recursos públicos. Para tanto, os cidadãos passam a negociar entre si, bem como entre os oficiais do governo, os projetos a serem realizados nas mais diversas áreas. Marta Nunes da Costa (2011, p. 258) descreve quatro momentos do orçamento participativo: “primeiro, o momento de diagnóstico, i.e., identificação dos trabalhos a realizar; segundo, o momento de deliberação; terceiro, o momento de tomada de decisão; por último, o momento de controle de que o trabalho está a ser eficazmente realizado”.

Atualmente, a participação da população para fins de tomadas de decisões está garantida no âmbito do Estatuto das Cidades. Em referido diploma legal, observa-se no artigo 2º, II que uma das diretrizes da política urbana consiste na gestão democrática por intermédio da participação da população e das associações representativas na elaboração, execução e acompanhamento das metas, programas e projetos para o desenvolvimento urbano.

Outrossim, o artigo 40, §4º, I, também do Estatuto da Cidades, dispõe a necessidade de serem realizadas audiências públicas e debates com a população a fim de que possa ser estruturado do Plano Diretor, ou seja, mais uma vez o legislador requer a participação ativa dos cidadãos nas tomadas de decisões importantes para o progresso social. O ponto que mais merece destaque no diploma legal em análise é o artigo 44, vez que aborda a questão da gestão orçamentária participativa, afirmando a necessidade de consultas públicas quando da elaboração das propostas do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do orçamento anual.

Para exemplificar o processo de criação do orçamento participativo, cita-se como exemplo a cidade de Porto Alegre, o primeiro município a fazer uso de referido instrumento. De início, a cidade é dividida em sub-regiões nas quais a população se reúne para discutir as

respectivas prioridades, cabendo ao Poder Executivo realizar prestação de contas dos recursos utilizados no exercício financeiro anterior, demonstrar o desenvolvimento dos projetos em andamento e, por fim, apresentar os métodos de aplicação para o exercício seguinte. Posteriormente, são realizados debates e consultas em cada sub-região para fins de determinar as prioridades da população.

Por fim, constitui-se o Conselho de Orçamento Participativo, composto por membros eleitos de cada sub-região. Tal órgão tem por finalidade assessorar o Poder Executivo na produção da proposta orçamentária, esta, ao fim do processo, deve ser encaminhada para a Câmara de Vereadores com intuito de aprovação (BOSI, 2007, p. 49-50). Em resumo, Maristela Heidemann (2002, p. 94) apresenta os três principais atores para o funcionamento do orçamento participativo:

1) o Poder Executivo – a administração pública, através de uma política de socialização das finanças públicas e a sua aplicação em serviços públicos é o ato principal do Orçamento Participativo. Através dele é que se instituem todas as etapas de funcionamento e toda a estrutura do Orçamento Participativo; 2) a sociedade civil, através de movimentos organizados e também do cidadão singularmente considerado que, numa vontade de participar do processo, se faz presente nas etapas instituídas para o funcionamento do Orçamento Participativo; e 3) o Poder Legislativo, que, na sistemática jurídica positiva brasileira é o responsável pela aprovação do orçamento público.

Apesar de a Constituição Federal não trazer nenhum dispositivo específico sobre a necessidade de participação da população no âmbito da elaboração das Leis Orçamentárias da União, dos Estados e do Distrito Federal, o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014 instituiu a chamada Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, cuja finalidade consiste em aproximar e fortalecer os mecanismos para o diálogo e atuação conjunta entre a sociedade civil e a Administração Pública Federal. Dentre os objetivos dos referidos planos, destaca-se a presente no artigo 4, V que busca “desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento” (BRASIL, 2014).

A Lei nº 13.249/2015 que institui o Plano Plurianual para o período 2016-2019 também prevê, no artigo 12, §3º, a necessidade de se adotar mecanismos para assegurar a participação da sociedade civil na gestão do PPA 2016-2019. Contudo, mesmo havendo referidas previsões legais sobre a importância da atuação em conjunto do Poder Público e da população, percebe-se que, na prática, a opinião desta não possui grande relevância, primeiro em razão do caráter meramente opinativo, de modo que as escolhas feitas pela população não serão necessariamente

acolhidas pela Administração Pública e, segundo por motivo de baixa adesão da população, devido à falta de ampla divulgação da ferramenta.

A ideia de um orçamento participativo, em que as escolhas feitas pela população sejam realmente levadas em consideração se apresenta como importante alternativa para a judicialização no âmbito do direito à saúde, em razão, principalmente, de acarretar maior legitimidade para as políticas públicas implementadas pela Administração Pública, vez que aquelas estariam sendo escolhidas também pela sociedade civil. Desse modo, a intervenção judicial passaria a ter mais um obstáculo, já que a sentença de um juiz estaria se sobrepondo às decisões tomadas pela própria população e pelas instituições legitimamente eleitas para função de elaborar e implementar políticas públicas.

3.3.3 Uso de ações coletivas para assegurar o direito à saúde

Conforme já abordado, com a constitucionalização do direito à saúde houve um aumento no número de ações visando assegurar essa garantia. Desse modo, a atuação do Poder Judiciário se faz cada vez mais presente, de modo que tal poder passou a assumir o papel de concretizador dos direitos sociais como um todo. Contudo, a problemática que se apresenta em razão da intervenção judicial é a forma como esta é desenvolvida, já que o magistrado, diante do caso concreto, tende a examinar a demanda sob um viés individualista. Assim, aponta Gisele Alcântara (2012, p. 91) a formação de uma “espécie de miopia cognitiva, que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação”.

O exame dos direitos consagrados em favor da sociedade sob uma ótica individualista tende a tornar inviável a garantia para todos. Nesse ponto, propõe-se aos julgadores que as soluções das demandas sejam tomadas levando em consideração não apenas o exposto no caso concreto, mas também a repercussão que a ação pode gerar. Requer-se que ocorra a ampliação dos horizontes da decisão, a fim de estimular um diagnóstico com enfoque na macrojustiça, desse modo os efeitos da sentença não estarão restritos àquela demanda específica, podendo, então, ser aplicados em situações similares.

Portanto, compreende-se como justiça do caso concreto aquela capaz de assegurar a solução tomada na demanda para outras situações similares que venham a surgir, de modo que se tem resguardado o princípio da isonomia, bem como o da segurança jurídica (AMARAL, 2001, p. 39). Além disso, não se pode olvidar a questão sobre a escassez dos recursos e a

respectiva alocação destes, tais pontos corroboram para que os magistrados ponderem os efeitos prospectivos e concretos da decisão diante da realidade socioeconômica (ALCÂNTARA, 2012, p. 91). Tendo em conta a limitação orçamentária nas situações julgadas sem a reflexão sobre as possíveis consequências, Gustavo Amaral (2001, p. 146) dispõe que:

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplente o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos nem sempre bem empregados.

Diante das possíveis consequências que as ações individuais podem acarretar no desenvolvimento das políticas públicas de saúde, já que ocorre um direcionamento na alocação dos recursos apenas para aqueles indivíduos que buscam o Poder Judiciário, sugere-se que as demandas envolvendo direitos sociais, em especial o direito à saúde, sejam discutidas em sede de ações coletivas ou abstratas. Importante frisar que o processo deve corroborar para a estabilidade das instituições políticas, ou seja, a harmonia dos poderes.

Percebe-se, assim, que por meio de ações coletivas é possível garantir o equilíbrio e a estabilidade das instituições políticas, bem como assegurar a tutela do direito à saúde de forma universal, devendo ser excepcionais as demandas individuais sobre o assunto. Para atingir tais objetivos, faz-se mister a mudança de comportamento de todos os envolvidos no processo, já que o direito à saúde não mais pode ser compreendido sob a ótica individualista, mas como uma garantia pertencente a toda a sociedade.

Desse modo, o uso de ações coletivas permite que o exame dos conflitos seja feito a partir de um contexto geral das políticas públicas empregadas, tornando mais eficaz a análise. Os legitimados ativos, na maioria dos casos o Ministério Público, associações e a Defensoria Pública, passam a ter mais condições de demonstrar elementos nos autos, de modo a tornar possível uma ponderação mais realista sobre as necessidades da sociedade e da quantidade de recursos que devam ser disponibilizados para atingir os objetivos (BARROSO, 2009, p. 43). Como exemplo de ação coletiva cita-se o cabimento de Ação Civil Pública como meio para assegurar determinadas políticas públicas. Segundo Álvaro Ciarlini (2010, p. 105)

[...] o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração de norma jurídica genérica, aplicável erga omnes, inclusive com a extensão dos direitos do julgado aos casos futuros e análogos, ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos.

Dentre os pontos positivos das ações coletivas, ressalta-se o caráter *erga omnes* do provimento judicial, de modo que as decisões tomadas não mais surtirão efeitos somente na esfera individual. Assim, as sentenças terão condão de orientar a atuação estatal para fins de atendimento dos interesses de maior número de jurisdicionados, de sorte que se assegura o princípio da isonomia. Outrossim, o magistrado poderá ponderar de forma mais eficiente sobre os valores pecuniários necessários para o cumprimento da obrigação, analisando a questão da escassez dos recursos e das contingências existentes na sociedade. Desse modo, aponta Álvaro Ciarlini (2013, p. 237) que:

[...] o juiz deverá possibilitar a realização de audiências para colher o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, registrando nos autos, além da *opinião* dos técnicos responsáveis por essas ações e serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõe o Sistema Único de Saúde, podendo igualmente possibilitar a oitiva de outros integrantes da sociedade civil.

Outro destaque que merece atenção é a questão da segurança jurídica, já que, como a decisão possui caráter *erga omnes*, o administrador público poderá se orientar com base na sentença prolatada para todos os casos, presentes e futuros, que estejam atrelados ao discutido no processo. Assim, as políticas públicas a serem adotadas também possuirão maior aceitabilidade pela sociedade, visto que aquelas visarão atender contingências predeterminadas. Além disso, as ações coletivas permitem que a política pública adotada pelo Governo seja questionada na sua integralidade.

Como exemplo, cita-se a questão da incorporação de novas drogas para tratar determinada enfermidade. As ações coletivas são capazes de melhorar a forma pela qual a incorporação possa ocorrer, já que possibilita-se maior atuação da sociedade no debate com a Administração Pública. Por essas razões, tem-se que a intervenção judicial, por meio de ações coletivas, não mais provocará desperdícios de recursos públicos, nem desordenará as funções da Administração Pública, pelo contrário, tais decisões irão contribuir para o planejamento da atuação estatal (BARROSO, 2009, p. 44).

CONCLUSÃO

A prestação do serviço de saúde no Brasil pode ser dividida em três setores: o público, o complementar e o suplementar. Cada esfera possui uma seara de atuação. No primeiro, a assistência médica é de responsabilidade exclusiva do Poder Público, que fornece os serviços por intermédio do Sistema Único de Saúde; no segundo, a atuação ocorre por entidades privadas, com ou sem finalidade lucrativa, que atuam em conjunto com o Estado, os recursos são obtidos tanto do âmbito público quanto do privado e, nesse caso, a participação da iniciativa privada pressupõe a insuficiência da rede pública de saúde; por fim, tem-se o setor suplementar que trata da prestação da atividade por particulares e está fora do âmbito estatal, muito embora tenha relevância pública e seja fiscalizado pelo Estado, ou seja, empresas utilizando de rede própria disponibilizam os serviços para a população.

Em razão da nova perspectiva constitucional referente à saúde, com a especial consagração dada a tal garantia como um dos direitos sociais, conforme preconiza o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, ocorreu o aumento do número de demandas judiciais buscando assegurar e implementar referida posição jurídica. Não são raras as situações em que magistrados, no âmbito de um processo, determinam, compulsoriamente, que os gestores públicos prestem determinada tipo de serviço. Na esfera privada não é diferente, diversos são os casos em que o juiz ordena que as operadoras de saúde forneçam o que está sendo pleiteado pelo usuário.

O fenômeno da judicialização pode ser observado a partir de duas principais razões: a) a facilidade na propositura de ações contra o Poder Público e os planos de saúde, tendo em vista a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário; b) a elevada chance de êxito da demanda, em razão do padrão das decisões tomadas pelos magistrados. Dentre as consequências que esta intervenção judicial pode causar, destaca-se o desequilíbrio das contas públicas e da equação econômico-financeira dos contratos celebrados com operadoras de planos de saúde e de seguros-saúde.

Não se pode determinar o cumprimento de uma obrigação, no âmbito público, sem levar em consideração os impactos orçamentários, as receitas públicas são limitadas, de modo que o Poder Público ao selecionar as políticas públicas a serem implementadas tem consciência de até que ponto estas podem ser adimplidas. Em contrapartida, o Poder Judiciário, por não ser o poder responsável para tomar decisões na seara da Administração Pública, não possui as informações necessárias para saber se aquele serviço que está sendo pleiteado tem condições financeiras de ser implantado.

Para melhor explorar o fenômeno da judicialização, a presente dissertação traçou o perfil dos Magistrados Estaduais e Federais atuantes em Fortaleza cuja competência aborda questões de saúde, seja pública ou privada. Na esfera do judiciário estadual, foram analisadas decisões de mérito proferidas pelos juízes, elencando os principais pontos que foram armazenados em uma planilha, já no âmbito federal, aplicou-se questionário aos magistrados e a partir das respostas foi possível observar a forma como os julgadores compreendem o direito à saúde no Brasil. Cabe, também, destacar a entrevista realizada com a Juíza da 22ª Unidade do Juizado Especial de Fortaleza.

Das informações obtidas, ressalta-se a diferença de atuação dos Juízes Federais para os Estaduais. Percebeu-se, de início, que aqueles são mais propícios a primeiro ouvir a parte contrária para depois conceder alguma decisão em sede de liminar, situação diversa da que ocorre no âmbito estadual, vez que, dos 60 processos analisados que tramitam na Vara da Fazenda Pública, em apenas dois foi ouvido o Poder Público antes de ser julgado o pedido liminar.

Nas ações envolvendo saúde suplementar, ou seja, litígio sobre a relação privada estabelecida entre a operadora de saúde e o usuário, a situação é semelhante, das 92 demandas examinadas, a operadora foi vencida em 60 processos, cabendo destacar que para o julgamento procedente do processo os juízes afastam os termos expostos no contrato, considerando-os como abusivos. Contudo, sabe-se que os contratos de planos de saúde antes de serem disponibilizados passam por uma análise da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que tem competência de excluir do acordo cláusulas consideradas abusivas. Desse modo, constata-se que os contratos acabam passando por duas fiscalizações, o que não pode ser tido como certo por contribuir para a insegurança jurídica em ditas relações.

A intervenção judicial, principalmente na seara da saúde suplementar, é compreendida como uma externalidade do negócio, vez que o juiz ao decidir atua como um terceiro cujos atos trarão consequências para a relação entre a operadora e o usuário previamente firmada. O problema envolvendo essa externalidade é a impossibilidade de ela ser internalizada pelas partes, vez que a relação já se encontra devidamente formalizada.

É a partir dessa dificuldade de internalização das decisões judiciais que se expõe sobre as consequências da judicialização. Diante deste cenário, fala-se da incidência do risco moral, que se configura pelo comportamento indesejável de um dos contratantes. Exemplificando com o aumento das mensalidades, em razão dos custos adicionais gerados pela intervenção judicial, aqueles que são tidos como bons usuários rescindirão o contrato, vez que a elevação dos valores ocorreu sem nenhuma melhoria nos serviços fornecidos, mas tão somente para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da atividade.

Consideram-se bons usuários aqueles que respeitam o pacto firmado previamente com a operadora, ou seja, são as pessoas que sabem os limites da cobertura que o plano pode fornecer. Não se pode olvidar que não cabe às operadoras de saúde assegurar de forma irrestrita a assistência médica aos seus usuários, pelo contrário, deve-se observar os termos do contrato a fim de não prejudicar a atividade como um todo.

Contudo, ao ingressar com demanda judicial, a tendência constatada é o afastamento do contrato firmado de modo que as operadoras de saúde são obrigadas a fornecer serviços aos usuários que, em termos contratuais, não têm direito. Tais ordens trazem como consequência direta o desequilíbrio atuarial da empresa.

No âmbito da saúde pública, pode-se dizer que o fenômeno da judicialização da saúde causa prejuízo para o Sistema Público de Saúde a partir da preferência de indivíduos que buscam o Poder Judiciário para aqueles que não, ou seja, há desrespeito ao princípio da isonomia e ao da igualdade de tratamento, vez que quem procura o judiciário acaba por receber assistência privilegiada. Não são raras as situações em que se busca leito em UTI por intermédio de processo judicial e, nesses casos, quando o magistrado concede o pedido, não se observa, por exemplo, a ordem coordenada pela Centrais de Regulação.

Além disso, a intervenção judicial, diante dos processos examinados, na maioria das demandas não leva em consideração o impacto financeiro que as decisões podem acarretar. Atuar sem se preocupar com as consequências da demanda, apresenta-se como uma tutela

insuficiente. Como se sabe o direito à saúde é uma garantia de toda a sociedade e não podendo, portanto, ser analisado a partir de uma perspectiva individual.

Diante dos efeitos que a judicialização da saúde podem causar, busca-se expor possíveis alternativas à intervenção judicial. Uma delas corresponde ao uso da mediação como meio para solucionar os conflitos, tal instituto tem como finalidade a aproximação entre os conflitantes a fim de que estes possam decidir o litígio. Dentre os benefícios da utilização da mediação, tem-se, primeiramente, uma verdadeira pacificação da relação, visto que a decisão foi tomada pelos próprios envolvidos e não imposta por um terceiro.

No Brasil, já existem algumas experiências com o uso da mediação para solucionar conflitos envolvendo direito à saúde. Cita-se como exemplo a criação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar do procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar, que tem como objetivo a aproximação entre os usuários e as operadoras de saúde nas situações em que há negativa de prestação do serviço. A NIP atua como intermediadora a fim de que a solução seja tomada pelos envolvidos.

Outra iniciativa que merece destaque é a criação de Núcleos de Apoio Técnico no âmbito dos Tribunais de Justiça. Sabe-se que os magistrados, muitas vezes, não possuem conhecimento técnico específico sobre demandas envolvendo questões de saúde e, de fato, os juízes não são preparados para prescrever receitas médicas, tal função cabe ao profissional de saúde, por essa razão, a instituição desse núcleo se apresenta como uma alternativa para tornar mais legítimas as decisões proferidas. O auxílio técnico funciona como um mecanismo capaz de assegurar o tratamento ou o medicamento mais indicado para a situação em exame.

Além disso, é importante dispor sobre o Compromisso Significativo, instituto criado a partir de construção jurisprudencial da Corte Constitucional da África do Sul com a finalidade de se tomar decisões em conjunto com a participação da sociedade e da Administração Pública. Em demandas envolvendo direito à saúde, o uso de tal mecanismos se mostraria como um meio para tornar mais adequada a atuação do Judiciário, ponderando os interesses envolvidos e respeitando a competência dos entes públicos, principalmente no âmbito da saúde pública, já que a solução foi apresentada não por magistrados, mas sim pela negociação entre a Administração Pública e a sociedade.

Com já foi abordado, o direito à saúde consiste em um direito social assegurado pela Constituição Federal de 1988, de modo que essa garantia não deve ser julgada sob a ótica

individual, sendo assim, o uso de ações coletivas para assegurar tal direito se apresenta como o mecanismo jurídico ideal, já que as decisões proferidas analisaram o direito com uma perspectiva coletiva abordando políticas públicas a serem empregadas. Além disso, não se pode olvidar a eficácia *erga omnes* que as decisões terão.

Por fim, sabe-se que a problemática que envolve judicialização da saúde não se resolverá de forma automática, bem como os efeitos das decisões já tomadas tendem a se perpetuar no sistema. Contudo, a criação e a implementação dos mecanismos alternativos à intervenção judicial se mostram como possíveis ferramentas capazes de reduzir os impactos que as sentenças proferidas em demandas envolvendo direito à saúde podem acarretar.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias. **Resolução nº 388**, de 25 de novembro de 2015.

_____. Institui o procedimento de Notificação de Investigação Preliminar – NIP – e altera a redação do art. 11 da Resolução Normativa – RN nº 48, de 19 de setembro de 2003. **Resolução nº 226**, de 5 de agosto de 2010.

_____. **Relatório de Resultados da Diretoria de Fiscalização da ANS, 1º Semestre de 2016**: Impactos da implementação da Resolução Normativa nº 388, de 2015. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/relatorio_de_resultados_da_diretoria_de_fiscalizacao_1_semestre_2016.pdf> Acesso em 29 de maio de 2017.

AKERLOF, George. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 84, n. 3, p.488-500, ago. 1970.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 57, p.88-94, jun. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 2, p.457-483, ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 34, p. 11-43, 2009.

_____. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA JÚNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceitos e técnicas, p. 103-125. In Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva (org.). **Negociação, mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Código (2015). **Código de Processo Civil**. 8ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar: Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. v. 11. Brasília: CONASS, 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro11.pdf> Acesso em: 11 de maio de 2016.

_____. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>.

Acesso em: 22 de dez. de 2016.

_____. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 22 de dez. de 2016.

_____. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 22 de dez. de 2016.

_____. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 22 de dez. de 2016.

_____. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 22 de dez. de 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 23.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. **Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919**. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 18 de jan. de 1919.

_____. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos

empregados. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 24 de jan. de 1923.

_____. **Decreto nº 22.872, de 20 de junho de 1933.** Crêa o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, regula o seu funcionamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 30 de jun. de 1933.

_____. **Decreto-lei nº 72, de 21 de novembro de 1966.** Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 22 de nov. de 1966.

_____. **Direito à Saúde: Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei nº 6.229, de 17 de julho de 1975.** Dispõe sobre a organização do sistema Nacional de Saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 17 de jul. de 1975.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 19 de set. de 1990.

_____. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 28 de dez. de 1990.

_____. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 4 de jun. de 1988.

_____. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 27 de jan. de 1999.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 29 de jun. de 2015.

_____. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o §3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Distrito Federal, 16 de jan. de 2012.

_____. **Projeto de Lei do Senado no 736, de 2015**. Altera as Leis no 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília. 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAM, Angelica Cortelazzi; SANTOS, Rafael Fernando dos. A Mediação e a Conciliação no Novo Código de Processo Civil. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 15, n. 28, p.159-169, 30 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOSI, José Alfredo. **Democracia Participativa: Uma alternativa para novos desenhos institucionais**. 2007. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BUCCI, Maria Paula. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRESI, Guido.; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socioeconomic rights: a focus on the right to housing**. Western Cape: Community Law Centre/University of the Western Cape, 2010.

CIARLINI, Álvaro Desjudicialização da Saúde: um bem necessário? **Direito Público**, Porto Alegre, v. 28, p. 102-106, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3a ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meses. Dilemas na eficácia dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 98, p. 309-332, 2016.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm** in *Economica*, v.4, no 16, 1937.

COHN, Amélia. NUNES, Edison. JACOBI, Pedro R. KARSCH, Ursula S. **A saúde como direito e como serviço**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010.

_____. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Resolução nº 107**, de 6 de abril de 2010.

_____. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar. **Recomendação nº 36**, de 12 de julho de 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed., Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Marco Antônio Moreira da. **Novos instrumentos do ativismo judicial: jurisprudência cruzadas, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**. 2016. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

COSTA, Marta Nunes. Constituição, Democracia e Orçamento participativo: Perspectiva Comparada entre Portugal e Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 59, p. 241-276, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 8, n. 3, p.9-34, nov. 2009.

_____. Sueli Gandolfi. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988.

DIAS, Eduardo Rocha; CAMINHA, Unie. Saúde privada e a Medicina baseada em evidências como fonte de critérios orientadores da intervenção judicial. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 31, n. 9, p.80-109, abr. 2015.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova Previdência Social do Servidor Público**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. Justiça restaurativa e saúde privada: uma alternativa à judicialização? In: **XXIV Congresso Nacional do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Em Direito**, 2015, Minas Gerais. XXIV Congresso Nacional do Conpedi, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de saúde no Brasil: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto. **A judicialização da saúde e o controle judicial de políticas públicas: uma análise de como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Estadual Paulista, Franca, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Viseu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar – Manual**

Jurídico de Planos e Seguros de Saúde. 2. ed., Gen/Forense: Rio de Janeiro, 2012.

FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no Judiciário brasileiro**. 2015. Tese. Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, 2015.

FUHRMANN, Ítalo Roberto. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil: Aspectos Teórico-Normativos e Práxis Jurisdicional. **Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique**, v. 20, p. 111-162, 2016.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HAONAT, Angela Issa; VIEIRA, Murilo Braz. A ação comunicativa como fundamento da mediação no Novo Código de Processo Civil In: **XXIV Congresso Nacional do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Em Direito**, 2015, Minas Gerais. XXIV Congresso Nacional do Conpedi, 2015.

HAYNES, Jonh; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da Mediação Familiar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

HEIDEMANN, Maristela Gheller. **Orçamento Participativo**. 2002. 219 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of right: why liberty depends on taxes**. New York City: W. W. Norron & Company, 1999.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; ALVES, Fernando de Brito. O orçamento participativo como forma de exercício dos direitos políticos. **Revista Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 14, p. 417-436, 2013.

LANZILLOTTI, Guilherme Emmanuel. A declaração do estado de coisas inconstitucional na saúde pública brasileira e a celebração de compromisso significativo para efetivação do direito social. **V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU**. Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina. 1ed.FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2016, v. 1, p. 45-65.

LAZARI, Rafael de; PIRES, Hugo. Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 100, p. 103-116, 2017.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 5ª ed. Salvador: jusPODIVM, 2016.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUÑO, Anotnio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 9ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Luiz. Comentários aos artigos 1 e 3 da Constituição Federal de 1988. In: Jorge Miranda; Paulo Bonavides e Walber de Moura Agra. (Org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1ed.Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 7-38.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias MESC s. 2**. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar: Segurança Jurídica e Equilíbrio Econômico-Financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org.). **Planos de saúde: Aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTA, Beatriz Randal Pompeu; CAMINHA, Unie. A Intervenção judicial e suas consequências na atividade econômica das operadoras de saúde: uma análise a partir das decisões do TJ/CE. RSDE. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 153-171, 2017.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 3, p.9-30, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 7 de dez. de 2016

_____. **Declaração de Alma-Ata, 1978**. Disponível em <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>>. Acesso em: 23 de dez. de 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 22 de dez. de 2016.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. The Brazilian health System: history, advances and challenges. In: **The Lancet**, vol. 377, maio 2011, p. 1778-1797.

PARDO, David. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, p. 161-210, 2013.

PERES, Úrsula Dias. Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 9, nº 24, p. 15-30, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

PIVETTA, Saulo Londorfer. **Direito fundamental à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 23 de dez. de 2016.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, 1966. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 23 de dez. de 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAY, Brian. **Engagement’s possibilities and limits as a socioeconomic rights remedy**. The Selected Works of Brian Ray, 2009. Disponível em: <http://works.bepress.com/brian_ray/3> Acesso em: 1 de jun. de 2017.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. **Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais**. 2011. 134 p. Dissertação - Curso de Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011.

SANTANA João Maurício, Pepe VLE, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Rev Panam Salud Publica**. 2011;29(2):138–44.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 125-160.

SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, E. (Org.). **Políticas públicas: coletânea**. Brasília, DF: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Ingo Wolfgang; FIGUEREIDO, Mariana Filhtiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista do Consumidor**, Brasília, n. 67, p. 125-172, 2008

_____. Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filhtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 171-213, out-dez 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à Saúde no Âmbito Privado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. **Planos de Saúde**: Saúde e Contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 2, n. 1, p.27-38, mar. 2001a.

_____. Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.

SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela; CAETANO, José Fernando. Aspectos relevantes da mediação. **Revista de Arbitragem e mediação**. São Paulo: RT, 2004. v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**. São Paulo: Ltr, 2008.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direitos Fundamental à Saúde – O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Rodrigo Alberto Correia da. **Regulamentação econômica da saúde**. São Paulo: LCTE Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Sistema Único de Saúde**: componentes, diretrizes e políticas públicas. São Paulo: Érica, 2014.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do Direito**. São Paulo: Makron Books, 1993.

THOENIG, Jean-Claude. L'analyse des politiques publiques. In: GRAWITZ, Madeleine; LÉCA, Jean. **Traité de science politique**. V. 4: **Les politiques publiques**. Paris: PUF, 1985.

TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: Proteger o segurado é socialmente desejável. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI.. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos, p. 158-179. In Luciano Benetti Timm (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARIAN, Hal Ronald. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Garantia do direito à saúde, judicialização e o mito de que os recursos não são escassos**: desafios atuais e futuros do Estado brasileiro. IX Congresso Consad de Gestão Pública. Brasília. 2016.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 539-568, 2009.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. 281 p. Tese - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gáscon. 10. ed. Madri: Trotta, 2011.

ZAPPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida**: prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas. São Paulo: LTr, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN Rachel. Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas, p. 102-112. In Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (org.). **Direito & Economia**: análise econômica do Direito e das Obrigações. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

ANEXOS

ANEXO A

QUESTIONÁRIO DATA: ____/____/____	
IDADE:	SEXO: () Masculino () Feminino
Tempo de magistratura:	
Até dois anos () Entre dois e cinco anos () Entre cinco e dez anos () Mais de dez anos ()	
ESCOLARIDADE:	() Superior Completo () Pós-Graduado
PARA ATENDIMENTO À PRÓPRIA SAÚDE, NORMALMENTE USA: <input type="checkbox"/> Plano de saúde <input type="checkbox"/> o SUS <input type="checkbox"/> Serviço médico disponibilizado pelo Tribunal	
JÁ USOU O SUS ALGUMA VEZ? <input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	
JUÍZO EM QUE ATUA: FEDERAL () - ESTADUAL ()	TIPO DE AÇÕES EM QUE ATUA: <input type="checkbox"/> ENVOLVENDO O SUS <input type="checkbox"/> ENVOLVENDO PLANOS DE SAÚDE
DO TOTAL DAS AÇÕES JUDICIAIS SOB SUA RESPONSABILIDADE, AS QUE DIZEM RESPEITO AO DIREITO À SAÚDE, ENTENDIDAS COMO AQUELAS EM QUE SE PEDE A CONCESSÃO DE UM TRATAMENTO E/OU DE UM	

MEDICAMENTO, INCLUINDO INTERNAÇÃO⁶⁵, CORRESPONDEM, APROXIMADAMENTE, A:

() Menos de 10% () Entre 10% e 30% () Entre 30% e 50% () Mais de 50%

COMPARANDO OS ÚLTIMOS ANOS, A SUA IMPRESSÃO A RESPEITO DO NÚMERO DE AÇÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE É QUE:

() Diminuiu () Aumentou () Permaneceu aproximadamente o mesmo

CASO DISPONHA DE DADOS NUMÉRICOS MAIS PRECISOS ACERCA DA QUANTIDADE DE AÇÕES JUDICIAIS PROPOSTAS PERANTE O JUÍZO EM QUE ATUA ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE (ESPECIFICAMENTE PEDIDOS DE CONCESSÃO DE TRATAMENTOS E/OU DE MEDICAMENTOS, INCLUINDO INTERNAÇÕES) NOS ANOS DE 2014 E/OU DE 2015, PEDIMOS QUE SEJA INFORMADO:

DESCREVA A SUA CONCEPÇÃO A RESPEITO DO DIREITO À SAÚDE:

65

A pergunta não envolve os seguintes temas: busca de tratamentos odontológicos ou psicológicos, nem ações que buscam benefícios previdenciários ou assistenciais, ainda que em razão de doença ou incapacidade da parte autora, nem ações de revisão de benefício previdenciário. Também estão excluídas ações de indenização cível ou trabalhista, decorrentes de ato ilícito, para cobertura de tratamento médico

A PROCURA PELO PODER JUDICIÁRIO, POR MEIO DE AÇÕES QUE VISAM IMPLEMENTAR O DIREITO À SAÚDE, DECORRE DE QUAL OU DE QUAIS FATORES? DENTRE OS FATORES INDICADOS ABAIXO, INDIQUE, EM ORDEM NUMÉRICA CRESCENTE (SENDO 1 MAIS IMPORTANTE QUE 2 E ASSIM SUCESSIVAMENTE), OS QUE CONSIDERA MAIS RELEVANTES (PODEM SER ASSINALADOS MAIS DE UM ITEM):

- Maior conhecimento dos seus direitos por parte dos usuários**
- Maior reconhecimento de direitos, em especial após a Constituição de 1988, que consagrou a saúde como direito de todos**
- No tocante aos planos e seguros de saúde, a proteção decorrente do Código de Defesa do Consumidor**
- O descumprimento pelo Estado e/ou por planos e seguros de saúde dos direitos dos indivíduos**
- O crescimento da demanda pelo SUS, após 1988, e por planos e seguros privados de saúde, que levaram à piora da qualidade do atendimento**
- Desorganização, falta de preparo e de eficiência na prestação dos serviços no âmbito do SUS/dos planos de saúde**
- Insuficiência de recursos e de pessoal na saúde pública que levam a uma prestação deficiente**

Se quiser, complemente, a sua resposta com considerações que julgar apropriadas:

NA SUA ATUAÇÃO JURISDICIONAL, COSTUMA CONSIDERAR OS POSSÍVEIS IMPACTOS ECONÔMICOS QUE DECORREM DE DECISÕES QUE CONCEDEM TRATAMENTOS E/OU MEDICAMENTOS PODEM ACARRETAR AO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE OU AOS PLANOS DE SAÚDE?

Sim Não

Se quiser, pode complementar sua resposta:

NA SUA ATUAÇÃO JURISDICIONAL, COSTUMA OUVIR PREVIAMENTE O ENTE PÚBLICO OU O PLANO DE SAÚDE ANTES DE CONCEDER UMA MEDIDA DE URGÊNCIA (LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA)?

Sim Não

CONSIDERA NECESSÁRIO OUVIR PREVIAMENTE O RÉU QUANDO (pode marcar mais de uma resposta):

Não houver risco para a vida ou a integridade física do paciente(autor da ação)

O autor não tiver trazido provas suficientes para demonstrar que tem direito ao que busca em juízo

O contraditório puder auxiliar a formar uma melhor convicção sobre o caso

Complemente sua resposta, se quiser:

A DEMONSTRAÇÃO DE QUE O TRATAMENTO E/OU MEDICAMENTO PRETENDIDO PELO AUTOR DA AÇÃO TEM EFICÁCIA CIENTÍFICA DEVE CONSTITUIR FATOR A SER CONSIDERADO NA DECISÃO? Sim

Não

PARA OBTER TAL DEMONSTRAÇÃO SOBRE A EFICÁCIA CIENTÍFICA DO TRATAMENTO E/OU MEDICAMENTO, O QUE DEVE SER CONSIDERADO **MAIS APROPRIADO** (numere de 1 a 4 em ordem crescente, sendo 1 mais apropriado que 2 e assim por diante):

considerar a opinião do médico do autor da ação (paciente)

considerar a opinião de perito designado pelo juízo

considerar a opinião de médico ou profissional da saúde indicado pelo réu

considerar a opinião dominante na literatura médico-científica

CASO O RÉU APONTE QUE EXISTE UM PROTOCOLO CLÍNICO, OU TRATAMENTO ALTERNATIVO OU ORIENTAÇÃO DIVERSA DAQUELA PRETENDIDA PELO AUTOR DA AÇÃO PARA TRATAMENTO DE SUA PATOLOGIA OU SITUAÇÃO, NA SUA OPINIÃO:

devem ser desconsiderados, devendo prevalecer a opinião do médico do paciente que aconselha outro tratamento, independentemente do tratamento buscado pelo autor ter ou não eficácia demonstrada

devem ser desconsiderados, se ficar provado que não têm eficácia para o paciente

devem prevalecer em relação ao tratamento buscado pelo paciente

NA SUA ATUAÇÃO, QUANDO HÁ UMA DÚVIDA TÉCNICA ESPECÍFICA SOBRE O TRATAMENTO PRETENDIDO PELO AUTOR, CONSEGUE OBTER UMA RESPOSTA ADEQUADA EM TEMPO NECESSÁRIO PARA ATENDER À URGÊNCIA DO CASO?

SIM NÃO

CONSIDERA QUE TEM APOIO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE IMPARCIAIS QUE POSSAM SANAR DÚVIDAS E OFERECER SUBSÍDIOS TÉCNICOS PARA A DECISÃO?

SIM NÃO

EM SUA OPINIÃO, A OFERTA DE SUBSÍDIOS TÉCNICOS OU ESCLARECIMENTOS DEVERIA SER FEITO DE QUAL FORMA (pode marcar mais de uma resposta):

DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA PELO TRIBUNAL PERANTE O QUAL ATUA

CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM ENTIDADES PÚBLICAS QUE DISPONIBILIZASSEM APOIO TÉCNICO

CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS OU CREDENCIAMENTO DE MÉDICOS PARTICULARES PARA ATUAREM COMO PERITOS DO JUÍZO

SE QUISER, PODE COMPLEMENTAR SUA RESPOSTA:

CONSIDERANDO OS CHAMADOS TRATAMENTOS OU MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS, QUE SÃO AQUELES CUJA EFICÁCIA AINDA NÃO FOI DEMONSTRADA, E QUE NÃO CONTAM, NO CASO DE MEDICAMENTOS, COM REGISTRO NA ANVISA:

ENTENDE NÃO SER POSSÍVEL SUA CONCESSÃO POR DECISÃO JUDICIAL

ENTENDE SER POSSÍVEL SUA CONCESSÃO POR DECISÃO JUDICIAL, INDEPENDENTEMENTE DE O AUTOR DA AÇÃO PARTICIPAR DE PROJETO DE PESQUISA SOBRE O MEDICAMENTO OU TRATAMENTO, SE HOVER INDÍCIOS DE SUA EFICÁCIA

ENTENDE SER POSSÍVEL A SUA CONCESSÃO APENAS SE FOR DEMONSTRADO CABALMENTE QUE O TRATAMENTO É EFICAZ PARA O CASO DO PACIENTE

SE QUISER, PODE COMPLEMENTAR SUA RESPOSTA:

TEM CONHECIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES DO CNJ SOBRE AÇÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE?

SIM **NÃO**

CONSIDERA VIÁVEL SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À VIA JUDICIAL, COMO A MEDIAÇÃO, PARA ENFRENTAR O PROBLEMA DO ACESSO A SERVIÇOS E PRESTAÇÕES NA ÁREA DA SAÚDE?

() SIM () NÃO

SE QUISER, COMPLEMENTE SUA RESPOSTA.

TEM CONHECIMENTO DA CRIAÇÃO DE UM NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO E MEDIAÇÃO, PARA ENCAMINHAR QUESTÕES REFERENTES A PLANOS DE SAÚDE, PREVIAMENTE À ATUAÇÃO DO JUIZ, CRIADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO?

() SIM () NÃO

TAL NÚCLEO BUSCA OBTER UMA MEDIAÇÃO EM ATÉ VINTE E QUATRO HORAS E, CASO NÃO HAJA SOLUÇÃO PARA O CASO, O PROCESSO VAI PARA O JUIZ JÁ COM SUBSÍDIOS TÉCNICOS. TAL NÚCLEO FOI CRIADO SEM CUSTOS PARA O TJSP E COM O APOIO DE ENTIDADES QUE CONGREGAM PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. ENTENDE ADEQUADO TAL MODELO?

() SIM () NÃO

JUSTIFIQUE SUA RESPOSTA SE QUISER

JULGA NECESSÁRIO E IMPORTANTE QUE OS TRIBUNAIS E AS ESCOLAS DE MAGISTRATURA AMPLIEM A DISCUSSÃO E DISPONIBILIZEM CURSOS E TREINAMENTOS REFERENTES AO DIREITO À SAÚDE? () SIM () NÃO

CONSIDERA QUE ATUALMENTE TAIS INICIATIVAS SÃO SUFICIENTES? () SIM

() NÃO

