



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS PROCESSUAIS E A LIVRE INICIATIVA
NOS CASOS DE INTERNAÇÕES HOSPITALARES EM NOSOCÔMIOS PRIVADOS

Elaine Alves Lacerda Souza

Rio de Janeiro
2018

ELAINE ALVES LACERDA SOUZA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS PROCESSUAIS E A LIVRE INICIATIVA
NOS CASOS DE INTERNAÇÕES HOSPITALARES EM NOSOCÔMIOS PRIVADOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann

Coorientadora:

Prof.^a Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

ELAINE ALVES LACERDA SOUZA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS PROCESSUAIS E A LIVRE INICIATIVA
NOS CASOS DE INTERNAÇÕES HOSPITALARES EM NOSOCÔMIOS PRIVADOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão
de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2018. - Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Des. Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Edelson e a João Gabriel, por acreditarem nos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e orientador Rodolfo Kronenberg Hartmann, por apontar com precisão todas as dúvidas durante a elaboração do trabalho.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por oportunizar um ambiente acadêmico ímpar de crescimento jurídico.

À professora Neli Luiza Cavalieri Fetzner, pela humildade e dedicação com que conduziu o meu trabalho.

À professora e coorientadora Mônica Fetzner, pelo incentivo e contribuição na realização dessa pesquisa.

À minha mãe, por sempre acreditar nos meus sonhos.

Ao meu marido, pelo companheirismo incondicional.

Ao meu filho, pela paciência e a compreensão pelos momentos em que precisei me ausentar de nossas brincadeiras.

À minha sogra e a Jacyara por terem me acolhido em sua família com todo o amor e carinho.

Aos meus irmãos, Júnior, Jonas e Edilaine pelo amor e amizade.

“A esperança tem duas filhas lindas, a indignação e a coragem; a indignação nos ensina a não aceitar as coisas como estão; a coragem, a mudá-las.”

Santo Agostinho

SÍNTESE

A judicialização da saúde tem sido alvo de constantes debates pela comunidade jurídica. O reflexo do aumento de demandas em questões de saúde se justifica pela ausência de implementação de políticas públicas decorrente da inércia estatal na efetivação da saúde. Assim, o Poder Judiciário é provocado a compelir ao Estado a cumprir os direitos sociais. Nesse cenário, o magistrado defere liminares impondo ao particular a efetuar a internação em nosocômio privado – devido a inexistência de leitos disponíveis em hospital público- acarretando, consequentemente, a violação do princípio da livre iniciativa. É preciso compreender, que a falta de conhecimento dos magistrados no tocante à perspectiva do direito à saúde, viola o princípio da isonomia. A medida processual que se verifica adequada em consagração ao princípio constitucional do devido processo legal é o ingresso da rede privada no processo, por meio do recurso de terceiro, como forma de controle dos efeitos decorrentes das decisões liminares, o particular poderá efetuar as cobranças das despesas suportadas com a internação nos próprios autos, utilizando como fundamento processual à contra tutela, prevista no (art. 302, parágrafo único do CPC), bem como requerer a aplicação de astreintes. A utilização do NAT se mostra uma ferramenta de auxílio ao magistrado na entrega da prestação jurisdicional à saúde de forma sustentável e isonômica a toda à população.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.0 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO MECANISMO DE EQUILÍBRIO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES NA REDE PRIVADA.....	13
1.1. A necessidade de observância ao princípio da livre iniciativa na judicialização da saúde	22
1.2 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no deferimento de liminares de internação hospitalar na rede privada	27
1.3. Princípio da isonomia como ferramenta de controle das decisões judiciais nas demandas de saúde	29
1.4. Panorama atual e os desdobramentos do fenômeno da judicialização da saúde no caso de internação hospitalar em nosocômio privado	32
2. SAÚDE PÚBLICA COMO DEVER DO ESTADO À LUZ DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DESSE DEVER À INICIATIVA PRIVADA.....	34
2.1. O papel do Estado na implementação de Políticas Públicas e o direito sanitário para elevação do nível de saúde da população	37
2.2. Judicialização da saúde como reflexo do descumprimento ao direito fundamental à saúde	40
2.3 Análise das fundamentações judiciais e a ausência de critério técnico no provimento jurisdicional das demandas que envolvam o direito à saúde	43
2.4 O Princípio da universalidade e da igualdade – comporta mitigação?	45
3. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE PARA MINIMIZAR OS IMPACTOS ECONÔMICOS NO DEFERIMENTO DE LIMINARES NAS INTERNAÇÕES COMPULSÓRIAS NA REDE PRIVADA.....	48
3.1 O recurso de terceiro e a aplicação de astreintes como medida processual na defesa dos direitos da iniciativa privada	49
3.2. A tutela antecipada (art. 302, parágrafo único do CPC) e o ressarcimento nos próprios autos em consagração ao princípio da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional no caso de internação em nosocômio privado	52
3.3 A necessidade de capacitação dos magistrados e a utilização do Núcleo de Apoio Técnico (NAT-JUS) no deferimento de liminares no caso de internação hospitalar	54
3.4 Criação de um sistema integrado entre os órgãos públicos e os gestores de saúde para auxiliarem o magistrado no julgamento de demandas de internação hospitalar – diálogo institucional	57
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar o direito constitucionalmente garantido do hospital privado no tocante ao ingresso no processo nos casos de deferimentos de liminares pelo Poder Judiciário, já que no contexto atual o nosocômio não tem a oportunidade de integrar a relação processual, sendo a ação de cobrança o único meio utilizado pela rede privada para obter o ressarcimento dos custos decorrentes da internação, em total violação ao princípio da livre iniciativa.

O cerne da pesquisa se debruça no princípio constitucional do devido processo legal como medida de controle dos efeitos das decisões proferidas pelo magistrado, possibilitando ao hospital privado ingressar nos autos que deferiu a tutela e apresentar os custos para o ressarcimento no mesmo processo, em consagração ao princípio da celeridade processual, utilidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Se pretender demonstrar a necessidade de observância do princípio constitucional da livre iniciativa com a participação efetiva do hospital da rede privada na relação jurídica instalada.

A judicialização da saúde tem sido alvo de constantes debates pela comunidade jurídica, na medida em que o Estado é ineficiente na implementação de políticas públicas, previstos nos artigos nº 6 e 196 da Constituição Federal de 1988.

Diante da ausência de efetivação da saúde pelo Estado o Poder Judiciário é constantemente provocado a solucionar às demandas na área da saúde.

À vista disso, o magistrado defere liminares compelindo ao particular a suportar o ônus do Estado, acarretando, conseqüentemente, a violação ao princípio da livre iniciativa.

Desse modo, o Poder Judiciário deveria dispor de ferramentas eficazes para verificação prévia de disponibilidade de leitos na rede pública, por meio de um sistema integrado alimentado por toda rede de saúde do Estado. Isso porque, o deferimento das internações hospitalares de forma indiscriminada, acarretam grandes impactos econômicos no setor privado.

Pontue-se, que os fundamentos utilizados nas decisões judiciais são genéricos, na medida em que é invocado o direito social à saúde em detrimento a outros direitos que serão atingidos com àquela decisão, contribuindo para a crescente judicialização.

Nesse cenário, o magistrado não faz uma leitura sistemática dos demais princípios e direitos violados. O princípio da isonomia é mitigado por essas decisões judiciais, na medida

em que o usuário do SUS que não dispõem de acesso à justiça fica preterido de seu direito, devido a uma decisão judicial que concede internação hospitalar, isto é, furando a ordem cronológica da fila de espera do SUS.

O magistrado deve pautar sua decisão sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade, pois é imprescindível haver um canal de diálogo com o gestor público, devido a limitação orçamentária do Ente nas demandas que envolvam à saúde.

Percebe-se, que o Estado não implementa Políticas Públicas, ocasionando à ausência de investimentos nos hospitais e, com isso, se verifica o aumento na judicialização da saúde, já que para efetivar o comando constitucional de acesso a esse direito, o jurisdicionado busca uma decisão do Poder Judiciário para assegurar o direito à vida.

Diante da ineficiência estatal, o judiciário é instado a dar cumprimento ao direito fundamental à saúde e, por ausência de hospitais na rede pública, defere liminares impondo ao nosocômio privado o ônus de prestar saúde pública à população.

Assim, um dos objetivos desse trabalho é analisar à luz do Código de Processo Civil a possibilidade do ingresso do hospital privado no processo, utilizando o instituto do recurso de terceiro como meio de defesa, assegurando ao particular a aplicação do princípio constitucional do devido processo legal, já que o particular sofre com os efeitos negativos da decisão, sem, contudo, fazer parte do processo instaurado por terceiros.

Objetiva-se, apresentar os mecanismos processuais como solução proposta na tutela da livre iniciativa e a necessidade de controle no deferimento das liminares, possibilitando o particular o ressarcimento dos prejuízos suportados nos mesmos autos, sem que seja submetido ao regime de precatórios.

Além disso, a pesquisa se propõe a demonstrar que o magistrado deve dispor de um suporte técnico qualificado para auxiliá-lo na identificação da gravidade do caso concreto, com a criação ou aperfeiçoamento de um cadastro único de leitos disponíveis do Estado e de leitos na rede privada, e, com isso, as decisões serão pautadas no princípio da razoabilidade, preservando e sopesando os princípios do direito à vida e o da livre iniciativa.

Outro ponto, que se pretende discutir é a necessidade da facilitação do ressarcimento dos custos despendidos pelo hospital privado nos mesmos autos, já que os hospitais contam apenas com a utilização de uma ação de cobrança para tentar o ressarcimento dos custos com o paciente da rede pública, inviabilizando, por conseguinte, a continuidade de alguns nosocômios privados no mercado.

O primeiro capítulo, abordará os princípios constitucionais do devido processo legal,

da livre iniciativa, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no deferimento das liminares, além da demonstração da violação ao princípio da isonomia.

Para isso, serão apresentados o panorama atual e os desdobramentos da judicialização da saúde no caso de internação em nosocômio privado.

No segundo capítulo, serão apresentados à saúde Pública como dever do Estado e o papel do Estado na implementação de Políticas Públicas, bem como o direito sanitário como ferramenta de elevação do nível de saúde da população. Além disso, serão analisadas as decisões judiciais e a ausência de critério no provimento jurisdicional e a possibilidade de mitigação dos princípios da igualdade e do acesso universal à saúde estampado no artigo 196 da Constituição Federal.

E, por fim, no terceiro capítulo serão abordados o instituto processual do recurso de terceiro como mecanismo de defesa e preservação do princípio constitucional do devido processo legal, na tutela dos direitos da iniciativa privada, como medida capaz de harmonizar o princípio da livre iniciativa com o princípio fundamental do direito à saúde. A tutela antecipada (art. 302, parágrafo único do CPC) como fundamento ao ressarcimento nos mesmos autos, em consagração ao princípio da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional. A necessidade de capacitação do magistrado e a utilização do NAT nos casos de internação hospitalar e, ainda, se apresenta como proposta de solução a criação de um sistema integrado entre órgãos públicos e gestores da saúde, por meio de um diálogo institucional.

A pesquisa realizada busca chamar a atenção da comunidade jurídica para o amadurecimento do tema, devido a repercussão e o abarrotamento do Poder Judiciário no tocante a questões que envolvem saúde, em especial, no caso de internações hospitalares em nosocômios privados.

Se pretende demonstrar a necessidade de controle no deferimento das liminares, por meio de um suporte técnico qualificado para auxiliar o magistrado na identificação da gravidade do caso concreto, bem como a criação ou aperfeiçoamento de um cadastro único de leitos disponíveis do Estado de forma integrada, para que o magistrado possa consultar essa rede e verificar a disponibilidade de leitos na rede pública e, com isso, minimizar os prejuízos decorrentes das internações compulsórias na rede particular.

Dessa forma, o nosocômio privado poderá ser ressarcido nos próprios autos, além de requerer no mesmo processo a transferência do paciente de responsabilidade do Estado para um hospital Público, sob pena de aplicação de astreintes. Além da possibilidade de

ressarcimento dos custos despendidos pelo nosocômio privado, nos próprios autos, sem que haja a submissão ao regime de precatório.

ratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa será qualitativa, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese, agora afim com a recente decisão da Corte Maior brasileira.

1.O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO MECANISMO DE EQUILÍBRIO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES NA REDE PRIVADA

O primeiro capítulo abordará os princípios constitucionais do devido processo legal, da livre iniciativa, da razoabilidade, da proporcionalidade e o princípio da isonomia no tocante à judicialização da saúde. Sendo de suma relevância para esta pesquisa a exposição didática da necessidade de garantia do princípio constitucional do devido do devido processo legal como mecanismo de equilíbrio da intervenção do Poder Judiciário nas internações hospitalares na rede privada.

A judicialização da saúde tem sido alvo de constantes debates pelos profissionais do campo médico e jurídico, devido ao crescente número de processos que deságuam na justiça em busca de um provimento judicial para respaldar os direitos dos demandantes na efetivação da saúde.

Grande parte desses litígios se justificam pela ausência de implementação de políticas públicas pelo Estado, refletindo de forma direta na crise da saúde vivenciada na atualidade. Com isso, o Poder Judiciário atua como um legislador positivo, na medida em que ao analisar os casos envolvendo à saúde profere decisões fundamentando genericamente no direito à vida. Assim, o julgador se limita a uma análise micro processual do contexto jurídico, já que baseiam as decisões tão somente no direito constitucional à saúde de forma dissociada de uma leitura constitucional sistemática dos demais princípios e legislações infraconstitucionais aplicáveis ao caso concreto.

A saúde pública e a saúde privada são temas que envolvem questões complexas e abrangentes, necessitando de cautela e conhecimento do magistrado para que essas decisões não encontrem fundamento no ativismo judicial e, conseqüentemente, se distancie da aplicação da Lei.

É preciso esclarecer, para melhor compreensão do tema, o significado da expressão judicialização amplamente utilizada pela comunidade jurídica na atualidade.

Luiz Werneck Vianna ¹ aponta a expressão judicialização nas relações sociais como sendo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisável pelos sistemas jurídicos.

¹ VIANA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.149.

Luiz Werneck Viana ² prossegue discorrendo acerca do fenômeno da judicialização:

A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade. Daí que, para Antoine Garapon, " a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia".

Para Luís Roberto Barroso ³ a judicialização representa em grande parte a transferência de Poder Político para o Poder Judiciário.

Diante disso, é possível compreender que o conceito de judicialização reside no fato dos demais poderes não efetivarem os direitos fundamentais previstos na Constituição, diante da falta de Políticas Públicas essas questões são levadas ao Judiciário. Para que este dê efetividade ao comando constitucional.

E isso, se justifica pela ausência de investimentos na saúde aliado ao descumprimento sistemático dos direitos fundamentais sociais esculpido na promessa constitucional de acesso irrestrito e ilimitado à saúde.

Outro ponto, que merece destaque é o resultado das decisões que decorrem do fenômeno da judicialização. Isso porque, o Poder Judiciário resolve matérias que deveriam ser efetivadas por outras esferas do poder.

Nesse aspecto, Luís Roberto Barroso ³ diz que o ativismo, ao contrário da judicialização, não é um fato, mas uma atitude. Acontece quando há um déficit de outros poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em Lei.

Já Lenio Luiz Streck ⁴ aduz que o ativismo judicial é:

Gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma " corrupção" na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites de atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

A percepção pelo Poder Judiciário de efetivação dos direitos sociais em face da ineficiência Estatal na implementação de Políticas Públicas na saúde vem causando uma desarmonia entre direitos e deveres previstos na Carta Magna.

² Ibid.,p.149.

³ BARROSO, Roberto Luís. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6.ed. rev.amp. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p.87.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o direito à saúde como um direito social nos artigos 6º e 196⁵, devendo ser prestado pelo Estado de forma universal e igualitária a toda sociedade, o qual é extraído por uma leitura constitucional de um direito absoluto e ilimitado.

Se de um lado, esse dispositivo prevê o dever do Estado em prestar saúde à população de forma irrestrita e absoluta, por outro lado, esse preceito deve ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, já que para a implementação de Políticas Públicas é imprescindível que haja orçamento Público.

Desse modo, a judicialização da saúde se tornou uma ferramenta de acesso à justiça, com reflexos negativos nos setores privados que atuam na prestação de saúde. Observa-se, que a atuação do Poder Judiciário de forma indiscriminada nas demandas de saúde sobrecarrega à livre iniciativa.

Os reflexos do fenômeno da judicialização na área da saúde tem desdobramentos em diversas áreas do âmbito da saúde pública e suplementar, tal como: Pedidos de medicamentos não registrados pelos órgãos competentes; internações psiquiátricas; tratamentos experimentais e internações hospitalar na rede privada. Este último será o tema tratado no decorrer da pesquisa.

Devido à amplitude da temática que envolve o direito à saúde, a pesquisa se debruça nos casos de internações hospitalares em nosocômios privados na maioria das vezes são deferidos em sede de plantão judicial, diante da indisponibilidade de leitos na rede Pública.

Com efeito, a consequência das decisões proferidas pelos magistrados no deferimento de internações em nosocômios privados, em caso de impossibilidade de vaga no hospital Público, sobrecarregam a rede privada e de modo negativo interferem na gestão financeira do particular, pois este se vê obrigado a suportar o ônus estatal, sem, contudo, se tornar parte no processo instaurado entre o paciente do SUS e o Estado.

A iniciativa privada se encontra compelida ao cumprimento de uma decisão, mesmo sem fazer parte da relação processual (estabelecida por uma decisão judicial).

Nesse contexto, o nosocômio privado é atingido pelos efeitos da liminar proferida pelo magistrado na demanda intentada pelo paciente em face do Poder Público, submetendo-o a uma decisão judicial com todos os efeitos coercitivos, acarretando relevante impacto econômico na saúde financeira do hospital.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641309/artigo-6-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Os direitos sociais passaram a existir com o advento da Constituição de 1934.

Em busca da tutela dos direitos dos hospitais privados, no caso de internação hospitalar compulsória deferida em sede de liminar, o princípio constitucional do devido processo legal se revela como uma ferramenta jurídica na tutela do direito da livre iniciativa.

Nesse sentido, é preciso demonstrar os fundamentos jurídicos que possibilitam os hospitais privados a integrarem à relação processual instaurada pelo paciente e o Estado, como forma de minimizar os prejuízos decorrentes da decisão que determina a internação no nosocômio privado.

O princípio do devido processo legal surgiu na Inglaterra, em 15 de junho de 1215, por meio da Carta Magna, outorgada por João Sem-Terra, nela foram inseridas limitações ao Estado na defesa dos direitos individuais, em reação ao autoritarismo que o governo Monarca exercia na Inglaterra.

Note-se, que desde a carta magna de 1215, a carta outorgada por João Sem-Terra aos Barões, a essência do princípio do devido processo legal se mantém na Constituição Federal de 1988. Isso porque, o escopo deste princípio é o de garantir um processo igualitário, assegurando aos envolvidos o direito de participar do julgamento de forma paritária.

Nas lições de Ada Pellegrini Grinover ⁶, é possível extrair a definição das garantias do devido processo legal:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem somente ao interesse das partes, como direito público subjetivo(ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício.

Com a Constituição brasileira de 1988 ⁷, o princípio do devido processo legal foi consagrado no (artigo 5, inciso LIV) como direito fundamental, figurando no ordenamento jurídico como um vetor de tutelas e garantias dos direitos fundamentais do homem.

O principal escopo do princípio do devido processo legal é o de viabilizar o equilíbrio e a paridade de armas na dialética processual, evitando-se, por conseguinte, injustiças ou excessos pelos envolvidos na relação jurídica.

O legislador originário positivou o princípio do devido processo legal como base axiológica a ser observada por todos os sujeitos envolvidos no processo.

Com isso, o princípio do devido processo legal funciona como um direito intrínseco com alcance geral e controle nas repressões dos atos injustos e ilegais perpetrados pelo Estado.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p.88.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

Note-se, que o princípio do devido processo legal no tocante a violação dos direitos dos hospitais privados que sofrem os efeitos das decisões judiciais, apesar de não figurarem como parte no processo judicial inaugurado por terceiro, funciona como uma garantia do contraditório e da ampla defesa nesses casos.

Na perspectiva do direito a um processo justo é possível traçar um paralelo entre o princípio do devido processo legal com a noção de equidade, como forma de demonstrar a importância da preservação desses princípios no fenômeno da judicialização da saúde.

O conceito de equidade está intrinsecamente ligado a ideia de respeito à igualdade de direitos, no qual toda relação jurídica instaurada que de alguma forma venha repercutir na esfera jurídica de outrem, o ordenamento jurídico deve estabelecer oportunidade processual por meio do contraditório e da ampla defesa à parte juridicamente afetada.

Paulo Nader⁸ cita a obra a *Ética a Nicômaco*, onde Aristóteles traçou, com precisão, o conceito de equidade:

considerando-a uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade, e a comparou-a com a régua de Lesbos que, por ser de chumbo, se ajustava às diferentes superfícies: "A régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos.

Percebe-se, que na temática do direito à saúde também deve ser observado o princípio constitucional do devido processo legal, de modo a equilibrar os direitos envolvidos no caso concreto, já que havendo colisão de princípios, deve ser aplicado à técnica da ponderação e, não a supressão de direitos.

O direito à saúde é invocado pela parte perante o Poder Judiciário e, de outro lado, a entidade privada também possui direitos e garantias fundamentais que estão sendo suprimidos, já que não participa da relação processual instauradas por terceiros.

⁸ ARISTÓTELES apud. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.109.

“O juiz (dikastés) é o mediador de todo o processo de aplicação da justiça corretiva, e seu papel é o de restabelecer a igualdade perdida, após um ato ou evento qualquer”. (BITTAR. Eduardo C.B. *A justiça em Aristóteles*, São Paulo: Almedina, 2005, p. 110).

Desse modo, o ingresso do hospital privado na relação processual intentada pelo paciente em face do Estado se justifica para paralisar os efeitos decorrentes da decisão liminar, transferindo ao Estado o dever de alocar o paciente em um leito de hospital público para minimizar os prejuízos jurídicos e econômicos suportados pela iniciativa privada.

Assim, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser oportunizada ao particular, para que este ingresse na lide com o fim de controlar o tempo de duração da referida internação no hospital privado e, conseqüentemente, possa ser ressarcido nos próprios autos dos gastos efetivamente suportados, decorrentes da liminar proferida no plantão judicial.

Vale dizer, que além da ocupação do leito privado do paciente da rede pública gerar prejuízos financeiros para a iniciativa privada, outros desdobramentos jurídicos surgem em virtude da internação no nosocômio privado, precisamente, inicia-se uma relação consumerista entre o paciente da rede Pública e o hospital da rede privada.

O hospital recebe o paciente da rede Pública devido à ausência de vagas nos hospitais Públicos, suportando os custos dessa internação compulsória. Restando ao particular tão somente aguardar o fim desta demanda para intentar por meio de uma ação autônoma de cobrança o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da transferência do dever do poder público à iniciativa privada.

É nesse panorama vivenciado pelo nosocômio privado que o princípio do devido processo legal se torna um fundamento jurídico constitucional, de modo a possibilitar o ingresso do hospital na relação jurídica inaugurada por terceiros, como forma de cessar os efeitos da decisão judicial, inclusive, com a apresentação da planilha de custos para o ressarcimento das despesas suportadas pela internação compulsória, nos mesmos autos.

Para Fredie Didier Jr.⁹ este princípio traduz o direito a um processo justo:

Devido processo legal, que corresponde à tradução para o português da expressão inglesa "due process of law. Law, porém significa Direito, e não lei (statute law). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei. legal, então, é adjetivo que remete a Direito e, não a lei. Desse enunciativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo).

Note-se a importância do princípio do devido processo legal na estrutura dessa relação jurídica principalmente por se tratar de violação na esfera jurídica de outrem, agindo como limitador de ilegalidades decorrentes das pretensões deduzidas entre as partes no contexto processual.

⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015, p.63

Além disso, esse princípio visa garantir que as partes possam concorrer em pé de igualdade no processo, sem que a atitude de um prejudique ou ameace o direito do outro.

Diante do contexto da judicialização da saúde na defesa da iniciativa privada, o princípio do devido processo legal deve estar presente na prestação jurisdicional devendo ser observado na marcha processual, de modo a oportunizar a todos os que diretamente ou indiretamente possam ser atingidos pelo processo, um julgamento justo e dialético.

A tutela jurisdicional deve ser entregue ao jurisdicionado ao final de um processo justo e equilibrado, inexistindo, portanto, qualquer violação de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal.

É inconcebível permitir que alguém seja submetido a julgamento sem que lhe seja dada a oportunidade de oferecer defesa.

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, existe a necessidade de aplicação do princípio do devido processo legal:

Que possui um âmbito de proteção alargado, a exigir o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça.

Luís Roberto Barroso¹¹ faz menção ao conceito esposado em o Justice Halan, da Suprema Corte:

Devido processo não foi reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões da Corte ele representou o equilíbrio que Nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.

Assim, a condução do processo sem a observância do princípio do devido processo legal fere toda a ordem axiológica do ordenamento jurídico pátrio, estar-se-ia, então, diante de decisões que violam o direito do hospital privado de participar da relação processual quando atingidos dos efeitos da decisão.

É de se observar, que o princípio do devido processo legal é a engrenagem para conservação da segurança jurídica, consagrada no ordenamento jurídico.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira et. alt. *Curso de Direito Constitucional* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.529.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.226.

Desta maneira, mais do evidente é a concretude do princípio do devido processo legal como mecanismo de tutela das relações jurídicas entre os sujeitos que compõe à sociedade e, se albergam na justiça por meio da atividade jurisdicional para garantir seus direitos.

Registra-se, que o devido processo legal deve estar presente na prestação jurisdicional devendo ser observado pelo ordenamento jurídico pátrio. De modo a oportunizar a todos os que diretamente ou indiretamente possam ser atingidos pelo processo, um julgamento justo e dialético.

De tal sorte, é inegável que o crescimento populacional aliado a falta de Políticas Públicas pelo Estado ocasiona à busca pela tutela jurisdicional, como forma de implementação de direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

A judicialização da saúde tem provocado impactos negativos na vida financeira da iniciativa privada, violando o princípio constitucional do devido processo legal. O particular se vê refém de uma decisão judicial no caso de internação de paciente do SUS, por falta de leito na rede pública, recebendo o ônus por meio de uma liminar, sem, contudo, se tornar parte da demanda instalada.

Para Rodolfo Kronenberg Hartmann ¹² o princípio do processo legal é definido como:

A garantia do devido processo legal deve ser compreendida como a garantia das partes de que disporão de um instrumento, ou seja, um "processo", por meio do qual a jurisdição será prestada, sendo o mesmo composto por atos sequenciados que permitirão a obtenção da tutela jurisdicional.

É latente, a necessidade da garantia do devido processo legal permitindo ao particular o ingresso na demanda como forma de controle dos efeitos decorrentes do deferimento das liminares na internação hospitalar na rede privada.

O princípio do devido processo legal deve servir de fundamento para propiciar ao particular a utilização do mecanismo de defesa processual a fim de equilibrar à relação jurídica estabelecida, transferindo ao Estado o ônus de garantir o acesso à saúde pública do paciente que necessita do atendimento do SUS.

Nesse cenário, o princípio do devido processo legal tem a função de garantir o direito de ingresso do hospital privado na demanda, para que este possa controlar os efeitos das liminares deferidas no tocante à internação hospitalar, e, com isso, o Estado cumpra o seu papel de implementar políticas públicas na área da saúde.

¹² HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do Novo Processo Civil*. 4 ed. Niterói: Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 11.

Luís Roberto Barroso¹³ faz referência ao sistema americano e ao *due process of law*:

A lei que não pode ser considerada "law of the land" é a lei contrária ao direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis; mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como métodos de criação normativa.

As decisões judiciais em questões de saúde precisam ser interpretadas sob a ótica do devido processo legal. Isso porque, o magistrado realiza uma leitura do processo divorciado da moldura legislativa contida em todo o conjunto de direitos que permeiam o caso concreto.

Nesse sentido, Clenio Jair Schulze¹⁴ e João Pedro Gebran Neto chama a atenção para o debate em saber se o direito à saúde possui limitação:

Assim, o panorama jurídico delineado no sistema jurídico brasileiro, que contemplou a saúde como direito fundamental social, não pode prescindir de análise do aspecto fático atinente às limitações financeiras e de recursos humanos tecnológicos.

Nessas situações, se verifica a violação ao direito fundamental da livre iniciativa, já que as decisões judiciais de deferimento de liminar para internação compulsória têm suprimido o princípio da ordem econômica. Note-se, que o magistrado sequer faz menção aos demais princípios envolvidos no caso concreto.

O princípio do devido processo legal funciona como um componente de equilíbrio na tutela dos direitos da iniciativa privada nas demandas envolvendo pedido de internação compulsória em leito privado

Daniel Amorim Assunção Neves¹⁵ assevera que:

É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supraprincípio, um princípio base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

O princípio do devido processo legal é o mecanismo constitucional para que a iniciativa privada integre à relação processual entre o autor- paciente e o Estado.

¹³BARROSO, op. cit., p.232.

¹⁴SCHULZE, Jair Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: Análise à luz da Judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p.39.

¹⁵NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.113.

1.1 A necessidade de observância ao princípio da livre iniciativa na judicialização da saúde.

A atuação do magistrado para enfrentar as demandas envolvendo o direito à saúde deve ser dotada de cautela e compreensão, sendo necessário um diálogo entre os atores que integram essas questões, para que a decisão proferida seja calcada em elementos concretos e seguros.

O acesso à saúde é um direito fundamental que deve ser prestado pelo Estado por meio de implementação de Políticas Públicas, sendo o Sistema Único de Saúde o canal de efetivação. Infere-se que o fenômeno da judicialização da saúde tem como pano de fundo a deficiência do Estado na prestação destes direitos. Com isso, o Poder Judiciário é instado a resolver a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Um dos fatores que contribuem para o fenômeno da judicialização consiste na falta de políticas preventivas de saúde –atenção aos cuidados básicos - pelo Estado, legitimando a atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde.

Note-se, que a Carta Magna não transfere esse dever à iniciativa privada, tampouco, impõe ao particular a obrigação de prestar de forma gratuita à sociedade, o acesso à saúde. Ao revés, a própria Constituição Federal autoriza à iniciativa privada o desenvolvimento econômico dessa atividade. Nessa perspectiva o artigo 199 da Constituição Federal ¹⁶ dispõe que assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Dessa maneira, é possível concluir, que a iniciativa privada não pode suportar o ônus incumbido ao Estado pelo texto Constitucional de prestação de saúde pública à população.

Vitor Moreira Lima ¹⁷ afirma que: As pessoas jurídicas de Direito Privado, com limitações e exceções bem delineadas, exploram empresarialmente os serviços de saúde e não prestam por obrigação assistencial à saúde.

A saúde suplementar está sendo afetada com a ineficiência do gestor público devido à ausência de leitos, os quais deveriam ser disponibilizados pelo Estado, por essa razão, os pacientes acionam o Poder Judiciário tendo como causa de pedir a internação na rede privada.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 5

¹⁷LIMA, Vitor Moreira. *Judicialização das internações hospitalares*: Disponível em: <http://www.aherj.com.br/download/parecer-juiz-vitor-moreira-lima/>. Acesso em: 16 jul. 2018.

Diante desse cenário, o magistrado defere o pedido de internação na rede privada, sem, contudo, analisar o direito fundamental da livre iniciativa previsto no texto constitucional.

Nessa perspectiva, o princípio da livre iniciativa deve ser harmonizado nas decisões que deferem o pedido de internações hospitalares na rede privada. Isso porque, a Constituição Federal no artigo 199¹⁸ concedeu o direito de exploração econômica à iniciativa privada.¹²

Muito embora se encontre em outros diplomas legais, como por exemplo no (art. 24) da Lei Federal nº 8080/90¹⁹, a possibilidade do Poder Público se socorrer da saúde privada: Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Certo é, que a iniciativa privada não poderá negar atendimento ao paciente que necessitar se socorrer aos serviços para promoção à saúde. Contudo, isso não desnatura o direito de exercer atividade econômica de saúde conferida pela Constituição Federal de 1988, à livre iniciativa.

Note-se, que Constituição Federal e as leis infraconstitucionais não mencionam o dever de atendimento gratuito ou substitutivo do Poder Público, e, sim, o dever complementar na participação da promoção da saúde.

Inexiste previsão legal que atribuem à iniciativa privada a atuar na saúde em substituição do Estado e de forma gratuita.

A judicialização da saúde acontece devido ao total descaso do poder público em efetivar os direitos sociais da saúde à população.

Para Dirley da Cunha Júnior :²⁰

A efetivação do direito social à saúde depende obviamente da existência de hospitais públicos ou postos públicos de saúde, da disponibilidade de vagas e leitos nos hospitais e postos já existentes, do fornecimento gratuito de remédios e existência de profissionais suficientes ao desenvolvimento e manutenção das ações e serviços públicos de saúde. Na ausência ou insuficiência dessas prestações materiais, cabe indiscutivelmente a efetivação judicial desse direito originário à prestação.

O magistrado deve adotar critérios que possibilite a análise macro processual das demandas que envolvam à judicialização da saúde.

¹⁸ BRASIL, op.cit., nota 5

¹⁹Idem. Lei nº 8080, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11670395/artigo-24-da-lei-n-8080-de-19-de-setembro-de-1990>. Acesso em: 16 jul.2018.

²⁰ DIRLEY JÚNIOR, Da Cunha . *Curso de Direito Constitucional*, 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.612.

A livre iniciativa é um princípio fundamental da ordem econômica previsto na Constituição Federal no art. 170 ²¹.

Para Dirley da Cunha Júnior ²² a livre iniciativa é pautada na liberdade:

De efeito, malgrado tenha a Constituição de 1988 consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista- porque instrumentalizou uma ordem econômica apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa econômica privada.

Os impactos econômicos decorrentes da judicialização da saúde na rede privada configuram a violação ao princípio da livre iniciativa, na medida em que o hospital privado é obrigado a internar o paciente do SUS em um dos seus leitos (bem móvel suscetível de apreciação econômica) sem ter a possibilidade de ser ressarcido nos próprios autos pelos custos da internação.

Se verifica um verdadeiro enriquecimento sem causa pelo Poder Público, já que a internação é materializada por meio de uma decisão judicial. Com isso, o Estado permanece inerte no cumprimento do dever de prestar saúde à população. Sendo assim, o particular não possui meios processuais céleres para ser reembolsado das despesas despendidas com o paciente do SUS.

A iniciativa privada é compelida a internar o paciente e se submeter a outros custos para tentar minimizar os prejuízos decorrentes da internação, pois necessitará ingressar com uma ação de cobrança que perdurará em média oito anos e, ao final, tentará receber por meio de precatório ou dependendo da quantia de requisição de pequeno valor.

Desse modo, a violação ao princípio da livre iniciativa é latente, pois a temática tem como pano de fundo a dificuldade que a rede privada enfrenta para tentar ser ressarcido dos custos despendidos com a internação do paciente de responsabilidade do Estado.

Assim, Marçal Justen Filho ²³ lembra que:

A livre iniciativa é um direito fundamental próprio do capitalismo. Consiste na vedação ao Estado de impor compulsoriamente aos particulares a escolha quanto ao modo de exploração econômica. Significa a liberdade de desempenho das atividades econômicas, de modo que os particulares possam aplicar seus recursos econômicos como bem entenderem.

Outro aspecto negativo que fomenta à judicialização da saúde é a criação legislativa, por meio de Leis que ferem os direitos da livre iniciativa.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 18

²² Ibid., p.612.

²³JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 185.

É possível perceber, que a produção legislativa no tocante à saúde invade os direitos da livre iniciativa, e, com isso, fragilizam, ainda mais, o sistema de saúde pública e privada. Assim, se constata a tentativa de supressão ao princípio da livre iniciativa ancorados em argumentos díspares que deveriam ser observados à luz da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais vigentes.

Em razão da tutela dos direitos da livre iniciativa o órgão especial na Representação de Inconstitucionalidade foi instado a se manifestar acerca da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 6248/2017²⁴, que legislou acerca da proibição dos estacionamento de hospitais privados efetuarem cobranças:

REPRESENTAÇÃO INCONSTITUCIONALIDADE ²⁵. É clara a indicação de que a lei impugnada fere princípios constitucionais, originariamente previstos na Constituição Federal e reproduzidos na Constituição do Estado, dentre eles o da livre iniciativa. Repete-se, na lei impugnada, questão de fundo que por diversas vezes foi considerada inconstitucional por tribunais estaduais e pelo Supremo Tribunal Federal. A lei prevê sanções em razão do descumprimento da proibição de cobrança. Tal fato representa um risco para as entidades privadas de saúde que poderiam ser punidas pelo descumprimento de uma lei com grande probabilidade de ser declarada inconstitucional.

Outra legislação também foi declarada inconstitucional devido ao desrespeito ao princípio da livre iniciativa, a Lei Estadual nº 76211/2017 ²⁶ que disciplinou a possibilidade de internação em qualquer hospital privado aos pacientes com sintomas de infarto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR AFRONTA À LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL E DE ORGANIZAÇÃO DE SERVIÇOS PRIVADOS DE SAÚDE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 215, 290 e 291 DA CERJ.

Constata-se, que a judicialização da saúde tem impactado na esfera privada,

²⁴ BRASIL. *Lei nº 6248, 20 de setembro de 2017*. Disponível em: <http://www.contabeis.com.br/legislacao/2155045/lei-rj-6248-2017/>: Acesso em: 16 jul. 2018.

²⁵ Idem. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *R.I. nº 0054075-91.2017.8.19.0000*, Des. Claudio Brandão, Órgão Especial, Julgado em 25 de set. 2017. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700700252>: Acesso em: 16 jul. 2018.

²⁶ Idem. *Lei nº 76211, 8 de junho de 2017*. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/467800807/lei-7621-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 16 jul. 2018

“Procusto era um bandido que vivia na serra de Elêusis. Em sua casa, ele tinha uma cama de ferro, que tinha seu exato tamanho, para a qual convidava todos os viajantes a se deitarem. Se os hóspedes fossem demasiados altos, ele amputava o excesso de comprimento para ajustá-los à cama, e os que tinham pequena estatura eram esticados até atingirem o comprimento suficiente.

Havendo colisão de princípios fundamentais, o julgador deve aplicar a técnica da ponderação, não há como “amputar” princípios para justificar decisões judiciais.

necessitando de uma melhor compreensão do julgador na análise das demandas que envolvam questões de saúde. Assim, se mostra imprescindível o enquadramento das circunstâncias do caso concreto para que o princípio da livre iniciativa não seja aniquilado.

Os hospitais privados se tornam reféns das decisões judiciais, na medida em que os custos decorrentes das liminares são arcados de imediato pela iniciativa privada, estes contam apenas com uma pretensa ação de cobrança em face do Poder Público com o intuito de um ressarcimento futuro e incerto.

Percebe-se, que o direito à saúde tem sido aplicado de forma isolada em detrimento à livre iniciativa. A interpretação dos direitos fundamentais deve ser sistemática e harmônica.

Diante das vertentes envolvidas nos casos de questões de saúde é impossível conceber a ideia de que o direito à saúde deva ser interpretado de forma isolada, suplantando outros princípios de igual valor no ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, o Estado intervém na economia por meio da atuação legislativa, se utilizando da iniciativa privada para suprir o déficit estatal.

O princípio da livre iniciativa é um direito fundamental previsto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988²⁷, se infere, portanto, que os direitos inerentes a atuação e viabilidade da empresa no setor de saúde deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

A saúde suplementar, devido a crescente judicialização da saúde tem impossibilitado a atuação da iniciativa privada no mercado. Isso porque, os nosocômios privados não possuem as mesmas ferramentas processuais na defesa de seus prejuízos.

Diante disso, se verificou que o Estado não cumpre com o seu dever constitucional e a conta dessa omissão está sendo paga pela rede privada.

Nesse contexto, é possível verificar no trecho da reportagem *Correio Braziliense*,²⁸ impacto na livre iniciativa:

Dívida milionária ameaça UTIs. Para cobrar R\$ 56 milhões que o GDF não pagou, hospitais particulares ameaçam deixar de internar pacientes da rede pública. O GDF tem uma dívida de R\$ 56 milhões com os hospitais particulares e, diante do atraso no pagamento, a rede privada ameaça parar o atendimento a pacientes do (SUS). O valor milionário se acumulou ao longo dos últimos dois anos, período em que o governo não repassou os recursos devidos por internações UTI privada.

A livre iniciativa se mostra fragilizada no cenário da judicialização da saúde.

²⁷ Idem. op. cit., nota 21.

²⁸ MADER, Helena. *Dívida milionária ameaça. Correio Braziliense UTIS*. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/12/21/interna_cidadesdf,228685/hospitais-nao-cumprem-decisao-judicial-que-determina-atendimento-em-utis.shtml. Acesso em: 17 ago. 2017.

1.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no deferimento de liminares na rede privada.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são os vetores na análise de demandas que envolvem questões de saúde. Sendo necessária uma costura legislativa e doutrinária, de modo a harmonizar o princípio da livre iniciativa com o argumento de acesso absoluto e ilimitado ao direito à saúde.

No ordenamento jurídico se concebe às regras e os princípios, é dessa função estruturante dos princípios que fala Celso Antônio Bandeira de Mello ²⁹:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Sergio Cavalieri Filho ³⁰ ensina que:

Um sistema jurídico composto apenas por regras não permite o cumprimento de sua finalidade junto ao tecido social. O liame de obtém pela principiologia que coordena as regras, tanto a partir de sua formação, quanto na fase de opção da restrição de liberdades que naturalmente as mesmas possuem. Dessa forma, os princípios servem para impor uma leitura normativa sistêmica, tanto na constituição quanto na interpretação das regras.

A aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser instrumentos de controle no cenário da judicialização. Isso porque, no caso do deferimento de liminares para internação em hospital privado, de um lado se tutela o princípio fundamental à saúde e, por outro lado, o princípio fundamental à livre iniciativa.

Diante da colisão de ambos os princípios previstos na Constituição Federal, o julgador deverá resolver essa questão por meio da técnica da ponderação.

José Joaquim Gomes Canotilho ³¹ assevera que: os direitos sociais são caros. Algumas prestações indispensáveis à efetivação desses direitos devem ser assegurados pelos poderes públicos, de forma gratuita, ou tendencialmente gratuita.

O princípio da razoabilidade deve ser empregado pelo julgador no caso de internação em nosocômio privado, pois cabe ao Estado à assistência de saúde à população.

²⁹ MELLO apud Cavalieri Filho, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34 e 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 34

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.252 e 253.

Nesse sentido, Robert Alexy ³¹leciona acerca da técnica aplicada no caso de colisão entre princípios:

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

O magistrado ao deferir uma liminar deve sopesar os princípios envolvidos, julgando o caso concreto com razoabilidade, de modo a se evitar a supressão dos direitos da livre iniciativa. Assim, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade se revela como uma ferramenta de integração da lei ao princípio no caso das demandas que permeiam as questões de saúde.

É verdade, que na ausência de leito Público o magistrado poderá deferir a internação na rede privada, contudo, isso não significa dizer, que as decisões judiciais possam ser fundamentadas de forma genérica no direito à vida, em detrimento de outros direitos.

Pelo contrário, o provimento judicial no tocante ao deferimento de liminares em sede de plantão judicial, deve ser julgado ponderando os princípios da livre iniciativa e o da saúde.

Desse modo, o juiz ao deferir a liminar deverá determinar o tempo de permanência do paciente no nosocômio privado, isto é, até a cessação da urgência, intimando o gestor público na mesma decisão a providenciar à transferência do paciente para um leito Público, sob pena de aplicação de astreintes, caso o gestor público após ser notificado não providencie à transferência.

Para Clenio Jair Schulze ³² é preciso a análise sistemática do direito à saúde.

A judicialização da saúde, neste contexto, deve ser analisada a partir de critérios mínimos(jurídicos e das ciências da saúde), que possa conferir primazia ao direito fundamental, não de forma absoluta, mas de modo a conferir justiça, com equilíbrio, sustentabilidade e preservação da isonomia substancial.

O Poder Judiciário deve se utilizar do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade nas demandas que versem sobre o direito à saúde, sendo necessário uma análise sistemática das legislações e princípios envolvidos no caso concreto.

³¹ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.93.

³²SHULZE, Clenio Jair. et al. *Direito à saúde: Análise à luz da judicialização da saúde*. Porto Alegre: Verbo, 2016, p.75.

1.3. Princípio da isonomia como ferramenta de controle das decisões judiciais na judicialização da saúde.

O princípio da isonomia se mostra de suma relevância para a compreensão do Poder Judiciário nas demandas que versem acerca do direito à saúde.

Fato é, que o poder estatal tem o dever de prestar saúde Pública a todos os membros da sociedade por meio de implementação de políticas públicas, conforme assegura à Constituição Federal de 1988.

O direito social à saúde tem como escopo a promoção e prevenção da saúde a toda à coletividade. Assim, a pretensão jurisdicional individual no caso de internação, medicamento ou tratamento, fere a organização do Estado na prestação do direito à saúde e, conseqüentemente, o princípio da isonomia.

É preciso compreender, que para a efetivação do direito à saúde de forma isonômica se torna imprescindível a atuação conjunta dos atores – Gestor Público, Defensoria Pública e Ministério Público- que são os legitimados a tutelarem os direitos difusos e coletivos da sociedade. Isso porque, não se pode ignorar o fato de limitação orçamentária do gestor Público.

Aliado a isso, a judicialização tem se mostrado um instrumento de fragilização da isonomia. Já que em grande parte das ações judiciais o que se pretende é a efetivação de serviços de saúde contínuos, os quais demandam custos individualizados, isto é, as demandas judiciais se tornam uma ciranda, pois o demandante necessitará de medicamentos ou manutenção de internação em UTI, até o fim do tratamento.

Nesse sentido, Jair Clenio Schulze³³ assevera que:

A atual judicialização tem pouco a colaborar, doravante, com a evolução do Sistema Único de Saúde. Ao revés, parece frazilá-lo, colocando-o a serviço daquele número ínfimo de usuários que, por circunstâncias, conseguem demandar por prestação específica. O Poder Judiciário tem se enveredado por realizar escolhas que não lhe competem.

Com isso, o princípio da isonomia se torna uma ferramenta aliada na análise das demandas que envolvam a prestação do direito à saúde, uma vez que o acesso à justiça não é realidade de toda à população.

³³ Ibid.,p. 157.

A Câmara de Resolução de litígios de saúde (CLRS) em parceria com Procuradoria, Defensoria Pública Estadual, e as secretarias Estaduais e Municipais se uniram para minimizarem à judicialização da saúde, funciona na Rua da Assembleia nº 77, Centro, Rio de Janeiro.

O direito social à saúde sob a perspectiva da Constituição Federal se apresenta como um conjunto de deveres que devem ser efetivados por meio de Políticas Públicas de saúde.

O Poder Judiciário não pode ser um paliativo para o descumprimento do dever estatal na promoção da saúde. Ao revés, o Judiciário deve ser instado a atuar para compelir o Estado no cumprimento da vontade do constituinte originário – e não o substituir.

A mudança de postura do judiciário na análise das demandas envolvendo o direito à saúde resultará na aplicação do princípio da isonomia aos membros da sociedade que necessitam de efetivação da saúde.

Desse modo, o princípio da isonomia é compreendido segundo o ensinamento de Robert Alexy³⁴: " O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador.

Carlos Bernal Pulido³⁵ assevera que:

O princípio da igualdade representa um dos pilares de toda sociedade bem organizada e do Estado Constitucional. Este princípio impõem ao Estado o dever de tratar os indivíduos de tal modo que o ônus e vantagens sociais se distribuam equitativamente entre eles.

É verdade, que outros fatores contribuem para o aumento crescente das demandas apresentadas ao Poder Judiciário no tocante à efetivação de algum direito à saúde. No entanto, a falsa percepção de entrega jurisdicional ao postulante, por meio de uma decisão liminar - de internação em UTI, por exemplo, se distancia da busca de medidas conjuntas que deveriam se empregadas para desjudicializar essas demandas de saúde e, com isso, preservar o princípio da isonomia.

Importante registrar, que o protagonismo do Poder Judiciário nas demandas de saúde viola o princípio da isonomia. Isso porque, apesar do acesso à justiça ter contribuído para a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, por outro lado, a parcela da população que não tem acesso à justiça são preteridas do direito à saúde em razão de uma decisão liminar.

Boaventura de Souza Santos assevera que: Os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico.

³⁴Ibid.,p. 93.

³⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *Os direitos dos direitos*. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 239 e 240.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice o Social e o Político na Pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2015, p. 208.

Outro ponto, que merece ser verificado é a necessidade de deferência às Políticas Públicas de saúde, que por vezes, são desrespeitadas pelas decisões judiciais. A legislação do SUS impõem algumas condições administrativas na contenção de despesas e alocação de recursos para a saúde da população.

O Sistema único de Saúde é regido pela Lei Federal nº 8080/90 ³⁶ traçando diretrizes em saúde pública . E como bem delineado por Clenio Jair Schulze ³⁷:

O Poder Judiciário não deve continuar analisando as diversas ações exclusivamente com base na hermenêutica constitucional, ignorando que há normas infraconstitucionais que regulam o SUS, tampouco ignorando a existência de limites. Embora os direitos fundamentais sociais possam gerar direitos individuais subjetivos, ainda que sujeitos a restrições internas e externas, havendo legislação infraconstitucional que confira consistência a este direito, deve o Poder Judiciário adotar postura de deferência à políticas públicas e examinar o ordenamento jurídico como um todo.

É latente a necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário nas questões de demandas que envolvam o direito à saúde. Isso porque, é preciso que os magistrados compreendam a importância de um conhecimento aprofundado das legislações infraconstitucionais como forma de garantir a sustentabilidade da saúde pública e privada.

Não se concebe mais a análise apenas endoprocessual do direito à saúde postulado pela parte, é imprescindível uma leitura sistemática das consequências das decisões no cenário da saúde como um todo.

O magistrado deve ser capaz de identificar os diversos tipos de sistema de saúde, de modo a equilibrar a continuidade da prestação de serviço de saúde suplementar no Brasil, já que a SUS não comporta o atendimento a toda população.

A Lei Federal nº 12.401/2011 ³⁸ traça algumas diretrizes para a contenção da judicialização da saúde, uma ferramenta que por vezes é ignorada pelo magistrado invocando como fundamento o direito à vida, em detrimento a toda legislação que tratam do assunto.

Pontue-se, que o sistema de saúde está cada vez mais deficitário necessitando de melhor entendimento do comando constitucional do direito à saúde, pois embora seja um direito social, a efetivação indiscriminada por meio de decisões judiciais inviabilizará o custeio da saúde Pública e suplementar no Brasil.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 19

³⁷ SHULZE, op. cit., p. 195

³⁸ BRASIL. *Lei Federal nº 12.401*, 28 de abril de 2011, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em: 16 ago. 2018.

1.4. Panorama atual e os desdobramentos do fenômeno da judicialização da saúde nos casos de internações hospitalares em nosocômios privados.

Hodiernamente, a rede privada sofre os efeitos da decisão judicial no qual determinam a internação compulsória do paciente do SUS, devido à ausência de leito Público.

Diante disso, o particular é compelido a cumprir o provimento judicial, sem, contudo, se tornar parte no processo.

Nesse contexto, a saúde privada enfrenta diversos impactos econômicos decorrentes da ausência de Políticas Públicas, pois inexistem leitos suficiente nos hospitais públicos.

Assim, os desdobramentos do fenômeno da judicialização da saúde nos casos de internações hospitalares se agravam, na medida em que na maioria das decisões judiciais, estes provimentos não estipulam prazo para cessação da urgência, tampouco, impõem a obrigação de transferência por parte do gestor público.

Desse modo, o hospital privado cumpre a decisão judicial suportando os gastos para a manutenção do paciente da rede pública em suas acomodações. Além disso, deverá ingressar com uma ação de cobrança para buscar o ressarcimento dos custos suportado pela internação do paciente do Sistema Único de Saúde.

Fato é, que a iniciativa privada não recupera os gastos no cumprimento da decisão. Isso porque, a ação de cobrança é muito morosa e, ao final do processo, a iniciativa privada seguirá a sorte do recebimento por meio de precatórios ou requisição de pequeno valor.

Note-se, que a violação ao princípio da livre iniciativa nos casos de internação hospitalar em nosocômio privado, acarretará, a curto prazo, a inviabilidade da prestação de saúde privada no país.

É possível extrair na decisão da apelação,³⁹ em ação de cobrança, o tempo de demora que a rede privada dispõe para tentar ser ressarcida dos custos da internação compulsória:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA. INTERNAÇÃO EM UTI DE HOSPITAL PARTICULAR. DESCUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA, QUE DETERMINOUA TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA HOSPITAL PÚBLICO. PACIENTE EM ESTADO GRAVE. CONDENAÇÃO DOS RÉUS NO PAGAMENTO DAS DESPESAS MÉDICAS. SERVIÇOS, EFETIVAMENTE, PRESTADOS. DEVER DO PODER PÚBLICO DE RESSARCIMENTO. REEMBOLSO CUSTAS.

Nessa decisão, o hospital distribuiu a ação originária em três de dezembro de dois mil e oito, a sentença foi proferida em vinte e oito de dezembro de dois mil e onze,

³⁹BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0108470-80.2008.8.19.0054*, Des. Cláudia Pires dos Santos Ferreira. Julgamento: 06 julho de 2017: Disponível em : <http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp?numProcesso=0108470-80.2008.8.19.0054>. Acesso em: 16 ago. 2018.

o Estado apresentou recurso de apelação, tendo sido julgado em dezessete de janeiro de dois mil e dezessete, isto é, a ação de cobrança proposta pelo nosocômio durou em média nove anos e, a forma de recebimento certamente se dará por meio de precatório.

Tudo isso se deve em razão da dificuldade processual que o nosocômio privado encontra para tentar ser ressarcido dos gastos que teve com o paciente que deveria ser internado no leito Público, restando apenas o manejo de uma ação de cobrança em face do Estado.

A verdade é, que o direito constitucional da livre iniciativa está sendo suprimido pelas decisões judiciais e, conseqüentemente, pela falta de compreensão dos princípios colidentes apresentados ao magistrado.

É preciso que os Tribunais analisem as demandas de internação na rede privada sob à ótica Constitucional, por meio de uma hermenêutica sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais que perpassam a questão.

A dinâmica que deve ser estabelecida é o equilíbrio do princípio constitucional da livre iniciativa e o dever prestacional do Estado na efetivação da saúde.

Assim, o Estado será compelido a investir na saúde, já que os gastos com o ressarcimento do hospital privado serão feitos nos próprios autos que for deferida a liminar.

Nessa perspectiva, o gestor Público será responsabilizado pela ausência de implementação e organização orçamentária nas políticas de saúde.

Com base nessas considerações é possível elucidar o panorama atual que assola o direito da livre iniciativa de continuar prestando à saúde de forma complementar:

APELAÇÃO CÍVEL⁴⁰. AÇÃO DE COBRANÇA. HOSPITAL PARTICULAR. MÉDICO/HOSPITALAR EMERGENCIAL. RISCO DE VIDA DO INDIVÍDUO. PRESERVAÇÃO DA VIDA. COBRANÇA DAS DESPESAS MÉDICAS EFETIVADAS. RESSARCIMENTO PELOS ENTES PÚBLICOS. VALOR DO RESSARCIMENTO QUE DEVE OBSERVAR A TABELA DO S.U.S. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 20, § 4º DO C.P.C.-73

Aliado a isto, a rede privada ainda tem que se submeter a uma tabela do Sistema Único de Saúde, mesmo quando o hospital não faz parte da rede credenciada.

⁴⁰ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0294446-52.2013.8.19.0001*, Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima. Julgamento 28 julho de 2017: Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/numeracaoUnica/faces/index.jsp>. Acesso em: 16 ago. 2018.

2. A SAÚDE PÚBLICA COMO DEVER DO ESTADO À LUZ DO ARTIGO 196 E A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DESSE DEVER À INICIATIVA PRIVADA

O segundo capítulo será dedicado à análise do papel do Estado na implementação de Políticas Públicas e a importância do direito sanitário para elevação do nível de saúde da população, no item 2.2 será abordado a Judicialização da saúde como reflexo da inércia do gestor Público. Já no item 2.3 será feito uma análise das fundamentações das decisões judiciais e a ausência de critério técnico no provimento jurisdicional das demandas que envolvam o direito à saúde e no item 2.4 serão abordados a universalidade e a igualdade, indagando-se, se é possível a mitigação desses princípios.

Pontue-se, que a Constituição Federal não faz distinção entre saúde pública e privada, remetendo a conclusão de que a saúde é una. Assim, a diferença entre ambas se verifica em relação ao dever de prestação do direito social à saúde, de forma gratuita à população.

Nessa vertente, o direito à saúde é prestado pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde. A iniciativa privada presta o serviço de saúde de forma suplementar, tendo sido autorizada pela Constituição para explorar a saúde, com o fim de obtenção de lucro.

A Constituição Federal no artigo 196 ⁴¹ preceitua o dever do Estado na prestação da saúde pública:

Art. 196. A saúde é um 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.

Assim, a implementação do direito fundamental à saúde não se revela como uma faculdade Estatal e, sim, como um dever de executar os direitos sociais previstos na Constituição Federal, de modo a prevenir e promover por meio de políticas públicas à saúde da sociedade.

Para tanto, é necessário compreender o disposto no artigo 196 da Constituição Federal, na perspectiva instituída pelo legislador originário. A saúde é direito de todos e dever do Estado, a hermenêutica que se deve extrair do artigo 196 remete a ideia de que a efetivação da saúde decorre de um conjunto de deveres interligados com o objetivo de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A dificuldade em se encontrar referências bibliográficas que facilite a compreensão da noção de direito à saúde comprova a complexidade da matéria.

⁴¹ Idem. op. cit., nota 21.

Para isso, o direito sanitário se apresenta como uma luz hermenêutica na leitura que deve ser feita do artigo 196⁴² da Constituição Federal.

Sueli Gandolfi Dallari⁴³perpassa pelo conceito de saúde como ponto de partida para compreensão do direito social à saúde previsto na Constituição Federal:

Uma das questões mais elementares - e, contraditoriamente, mais complexas - no Direito Sanitário é a formulação de um conceito jurídico de saúde. Isso porque, embora já existam diversos juízos sobre o tema, ainda não houve um que granjeasse, senão o consenso, ao menos a hegemonia na doutrina. O primeiro deles advém da acepção com que o termo é ordinariamente empregado: saúde como a ausência de doenças. Parece evidente, entretanto, que a ausência de doença, embora expresse um fator importante do estado de saúde, não o esgota, pois diversos outros aspectos devem ser considerados, como, por exemplo, o bem-estar psíquico do indivíduo.

Partindo da ideia do conceito de saúde como um conjunto de medidas que visam prevenir, recuperar e promover o bem-estar da coletividade, é possível verificar que o legislador delineou um modelo de direitos sociais que deveriam ser implementados pelo Estado, por meio de políticas públicas com a finalidade de garantir à saúde da população.

As medidas que deveriam ser cumpridas pelo poder Estatal esculpidas no artigo 196 da Constituição Federal refletem à perspectiva de alcance do conceito de saúde não apenas na busca pela eliminação de doenças e, sim, por um conjunto de deveres interligados na busca da efetivação e da qualidade de saúde da população.

Por isso, a importância do entendimento do conceito de saúde pelo magistrado, pois o direito social à saúde se traduz em um plexo de deveres que devem ser efetivados pelo Estado, mediante ações preventivas que decorrem de um conglomerado de direitos estampados pelos artigos 6 e 196 da Constituição Federal.

O esforço para à promoção da saúde deve ser perseguido pelo Estado, o que se verifica é um desvirtuamento da promessa de saúde prevista na Carta Magna, já que não se concebe a efetivação do direito social à saúde apenas pelo ângulo da entrega de um medicamento ou a internação hospitalar de um paciente na rede pública ou privada.

⁴² Ibidem.

⁴³ DALLARI, Sueli Gandolfi. et al. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 7. Atendimento à saúde básica.

“A Atenção Básica é um conjunto de ações, de caráter individual e coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção da saúde, a prevenção de agravos, tratamento e a reabilitação”.

A saúde Pública compreendida como propõe à Constituição Federal não admite a transferência desse dever à iniciativa privada. Já que este figura na prestação da saúde de forma complementar.

Pontue-se, que recentemente o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs em face do Estado do Rio de Janeiro uma ação Civil Pública ⁴⁴, devido à ausência dos 12% de investimento mínimo na saúde, exigidos pela Constituição Federal.

Apenas para reforçar a indiferença do Estado no tocante ao investimento na saúde, em 2007 foi feita uma pesquisa para apurar os Estados da Federação que investiram menos que o mínimo previsto na Constituição na saúde e, o Estado do Rio de Janeiro, estava entre os que não cumpriram ao exigido pela Constituição, como se verifica no gráfico ⁴⁵:



Note-se, que desde 2007 o Estado no Rio de Janeiro descumprir o dever constitucional de investimento na saúde, com se verifica na ACP proposta pelo MP, em 2018 nada mudou, tal fato contribuiu para o agravamento do fenômeno da judicialização da saúde. A iniciativa privada se tornou um substituto do Estado na efetivação da saúde à população.

⁴⁴ BRASIL: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ACP. nº 0053368.86.2018.8.19.0001. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/54815>. Acesso em: 16 jul.2018.

⁴⁵ Idem. Ministério da Saúde gráfico de investimento na saúde em 2007. Disponível em: <https://www.bing.com/images/search?>. Acesso em: 16 jul. 2018.

2.1 O papel do Estado na implementação de políticas Públicas e a importância do direito sanitário para elevação do nível de saúde da sociedade

O Estado tem a função primordial de garantir aos cidadãos políticas públicas, por meio de ações preventivas, com o escopo de evitar gastos desnecessários com tratamentos de moléstias que poderiam ter sido evitadas caso houvesse atuação estatal.

A promoção da saúde é providência que se impõe ao Estado de forma contínua e organizada, de modo a minimizar o custeio imoderado pelo gestor público para atender os gastos ocasionados pelas demandas judiciais.

Note-se, que a Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde,⁴⁶ expressou a necessidade de ação urgente de todos os governos, de todos que trabalham no campo da saúde para promover o desenvolvimento de todos os povos do mundo, na seguinte declaração:

I- A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde. V) Os governos têm pela saúde de seus povos uma responsabilidade que só pode ser realizada mediante adequadas medidas sanitárias e sociais.

É preciso que o Estado promova investimento na capacitação de profissionais para atuarem na prevenção e efetivação das declarações formuladas na Conferência Internacional sobre cuidados primários com a saúde.

O direito sanitário se revela como uma ferramenta imprescindível para a elevação do nível de saúde da sociedade.

Vozes como Sueli Gandolfi Dallari⁴⁷ já sustentava em 1988 a inserção do direito sanitário como disciplina acadêmica:

O sanitarista é o profissional designado pela sociedade para trabalhar especificamente pela elevação de seu nível de saúde. Ele é formado para conhecer todas as técnicas que permitam melhorar tal nível e a sociedade espera dele não só que as aplique, mas, também, que a informe sobre os comportamentos que favorecem ou prejudicam o alcance daquele desiderato.

Grupos de médicos e outros profissionais preocupados com a saúde pública desenvolveram teses e integraram discussões políticas.

⁴⁶ Idem. *Declaração de Alma Ata*. Disponível em: <https://www.opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em 16 set. 2017.

⁴⁷ DALARRI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: *O direito Sanitário*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

Esse processo teve como marco institucional a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. Entre os políticos e médicos que se dedicaram a esta luta estava o sanitarista Sergio Arouca.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde⁴⁸ apresentou o tema -saúde como direito:

Em sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

Desse modo, é latente a necessidade de mudança de postura do Poder judiciário no tocante à judicialização da saúde, pois a efetivação do comando Constitucional para à promoção da saúde transcende os casos descontextualizado que se albergam na justiça buscando implementação da saúde de forma individualizada.

.. A reforma sanitarista busca conscientizar à sociedade na cobrança de direitos fundamentais para à promoção da saúde da população.

Registra-se, que o aumento da judicialização da saúde sobrepuja os limites de atuação jurídica, já que as decisões isoladas proferidas por magistrados ignoram o pano de fundo do problema vivenciado no Brasil, no tocante à implementação de um conjunto de medidas atinentes às políticas públicas na área da saúde.

A saúde pública é matéria complexa que necessita de soluções preventivas por profissionais capacitados para auxiliarem o gestor público na efetivação de políticas públicas conjuntas para a promoção da saúde à sociedade.

O direito social à saúde previsto nos artigos 6º e 196º da Constituição Federal são direitos fundamentais corolários do princípio da dignidade da pessoa e, portanto, merecem ser tratados com responsabilidade e efetividade pelo Estado.

⁴⁸Idem. *Relatório final da 8ª Conferência Nacional da Saúde*. Disponível em: conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf: Acesso em: 16 jul. 2018.

⁴⁹ Idem. op. cit., nota 19.

Antônio Sergio da Silva Arouca foi um dos principais teóricos e líderes do chamado “movimento sanitarista”. Que mudou o tratamento da saúde pública no Brasil. A consagração do movimento veio com a consagração da Constituição de 1988, quando a saúde se tornou um bem inalienável a todos os cidadãos. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sergio-arouca>. Acesso em: 16 jul. 2018.

“A ministra Carmem Lúcia afirmou que o número considerável de ações nessa área coloca em campos opostos o cidadão que pede acesso a um medicamento ou tratamento, por exemplo, e o Poder Público, responsável pelo atendimento dessas demandas. “De um lado, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo do direito contemporâneo e dos cuidados do Estado e, de outro, a questão de recursos econômicos financeiro”.

Para Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior ⁵⁰é necessário concluir que a saúde depende:

Ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas também, do ambiente social e econômico, tanto daqueles mais próximos das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados. O que obriga afirmar que, sob a ótica jurídica, a saúde deverá inevitavelmente implicar aspectos individuais, sociais de desenvolvimento.

Dito isso, se confere que a judicialização da saúde não se apresenta como uma solução para o problema de saúde pública enfrentada pelo Estado. Porquanto, não se cumpre o comando Constitucional da saúde de forma individualizada e, sim, com um conjunto de ações preventivas que atenda a toda à coletividade, de forma isonômica.

O artigo 5º da Lei Federal nº 8080/90 ⁵¹ apresentou os objetivos que devem ser efetivados pelo Sistema Único de Saúde, tal como assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistências e das atividades preventivas.

O saneamento básico é uma política preventiva de saúde, a qual é ignorada pelo Estado. A ausência de investimentos contribui para o agravamento e os gastos do Estado no tratamento das moléstias que decorrerem da falta de saneamento.

Uma pesquisa realizada pela FUNASA ⁵²diz que para cada real gasto com o tratamento de esgoto e efluentes são economizados R\$9 em saúde pública. Significa que, grande parte das doenças que surgem em ambientes sem saneamento básico é causada pela existência de verminoses e água ou alimentos contaminados por esses parasitas.

É possível inferir que as decisões proferidas pelos magistrados estão dissociadas da perspectiva prevista no artigo 196 ⁵³ da Constituição Federal acerca da implementação de saúde Pública, na medida em que o Estado não promove à saúde da população. O Poder Judiciário precisa compreender que a saúde deve ser promovida pelo Estado de forma preventiva e sustentável, não sendo realizável apenas com a entrega de um medicamento ou tratamento de forma individualizada.

⁵⁰DALARRI, op. cit., p.80 e 81.

⁵¹ Idem. op. cit., nota 19.

⁵²Idem. *Fundação Nacional de Saúde*. Disponível em: www.funasa.gov.br/web/i-ciesa/noticias/-/asset_publisher/xg1TjjMR4EKM/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?Acesso em: 29 set. 2018.

⁵³ Idem. op. cit. nota., 41.

2.2. Judicialização da saúde como reflexo da inércia do gestor público.

O fenômeno da Judicialização da saúde estimula à inércia do gestor público no cumprimento do dever constitucional.

Assim, o Poder Judiciário assume a posição do Estado na implementação de políticas públicas no tocante à saúde, avocando a responsabilidade que incumbe tão somente o Poder Estatal.

Devido a celeridade encontrada pela parte nas demandas de saúde obtidas na justiça, a saúde pública e suplementar estão em colapso, pois os recursos que deveriam ser alocados na saúde para atender a toda à coletividade são empregados para atender apenas parte da sociedade que têm acesso à justiça.

Desse modo, os débitos que o Poder Público possui com a iniciativa privada para ressarcir os prejuízos obtidos com a internação de paciente do SUS no nosocômio privado fere a ordem de recursos destinadas na construção de mais leitos na rede pública.

Clênio Jair Schulze e João Pedro Gerbran Neto⁵⁴ apontam os desdobramentos negativos do protagonismo do poder judiciário na judicialização da saúde:

A perspectiva unissubjetiva escamoteia a realidade e faz surgir flagrante injustiça em relação aos demais. Critérios de solução coletiva e política do problema passam a ser substituídos por precários dados individuais e falsos postulados, tais como, receberá o bem da vida aquele que ajuizar primeiro a ação, ser]ao ignoradas as necessidades dos demais postulantes, escolhas de urgências clínicas serão substituídas por liminares judiciais. E, no mais das vezes, será desconsiderado o impacto que está decisão acarretará no contexto geral, de modo alguma política (ainda que coletiva) será implantada em detrimento de outra que não é objeto da demanda. Não pode o Poder Judiciário continuar a ser ordenador de despesas e políticas públicas, seja porque lhe falta legitimidade, seja porque promove iníqua distribuição de recursos em detrimento das políticas postas.

A judicialização da saúde tem reflexos negativos no orçamento público, desorganizando, por conseguinte, os investimentos na saúde para atender à população.

⁵⁴ CHULZE, op. cit., p.79.

“A dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes de recursos públicos para se tornarem exigíveis”.

“O ministro Celso de Mello, ressaltou que no AgR-RE n. 271.286-8/RS, a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.

O Conselho Nacional de Justiça ⁵⁵ tem desempenhado um papel importante para o enfrentamento da judicialização da saúde, criando caminhos que buscam normatizar as ações judiciais na área da saúde.

Diante do crescente aumento da judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça passou a editar recomendações para auxiliarem os magistrados na análise técnica das demandas da saúde.

A finalidade do CNJ é a redução da judicialização da saúde por meio de procedimentos preventivos do ajuizamento de ações judiciais. Em 2010 foi criada a recomendação n. 31 objetivando nortear os juízes a tomar decisões responsáveis e técnicas nas demandas que versem sobre saúde Pública.

A saúde pública não funciona adequadamente e, diante desse fato, a judicialização se tornou um instrumento de efetivação das Políticas Públicas de saúde pelo Poder Judiciário.

Aliado a isso, a transferência do dever Estatal à iniciativa privada fomentou ainda mais o caos na saúde no País. Isso porque, o Estado se mantém inerte na realização de Políticas Públicas, mantendo o argumento de interferência das decisões judiciais na alocação de recursos para a saúde.

Por outro lado, o aumento das demandas individuais pretendendo diversos pedidos no tocante à saúde, onerou, de fato, o gestor público na organização orçamentária das Políticas Públicas de saúde.

Nesse sentido, Clenio Jair Schulze ⁵⁶assevera que:

Um pensamento inicial conduz à ideia de que se trata de um direito absoluto. Isso se dá em razão da noção geral segundo a qual sem saúde não há dignidade. As decisões judiciais, em geral, deixam de enfrentar tal questão, fundamentando, genérica e equivocadamente, que o direito à saúde está previsto na Constituição Federal e por isso cabe ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias.

O Poder Judiciário deve compreender que o direito fundamental à saúde deve ser conjugado com outros aspectos - orçamento público, prestação coletiva e isonomia - sendo possível a restrição do direito demandado em caráter individual.

⁵⁵SCHULZE, op. cit., p, 37.

⁵⁶ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: CNJ.<http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 16 jul. 2018. “Antes da judicialização, recomenda-se a verificação de disponibilidade administrativamente”.(Enunciado II jornada 2). “O NAT deve se manifestar previamente à decisão liminar ou antecipatória de tutela”.(Enunciado17). Recomendação nº 31 CNJ. “Incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação dos magistrados”.

Juliana Patricio da Paixão⁵⁷ apontou à ausência de efetivação do direito fundamental à saúde, previstos nos(artigos 6º e 196º)⁵⁸:

O compromisso constitucional de garantia à saúde em 1988 e o controle social pela participação dos usuários e da população na gestão do serviço fomentou a produção normativa de diversas leis, tais como a Lei orgânica da saúde (LOS - Lei nº 8.080/1990), Lei 8.142/1990, Medida Provisória 1.791/1998 posteriormente convertida na Lei 9.782/1999, Lei 9.836/99, Lei 9.961/00, EC 29/2000. No entanto, a construção e consolidação da infraestrutura do Sistema Único de Saúde para toda a população brasileira nunca foi alcançada, mesmo após quase trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, jamais foi garantida a operacionalidade de toda a rede de saúde, prejudicando a própria dignidade e sobrevivência da sociedade brasileira.²⁸⁷ A obrigação prestacional de saúde nunca foi efetivada nas esferas da Federação, seja municipal, estadual ou federal.

A inércia estatal no cumprimento do dever constitucional de promover e efetivar à saúde da população refletiu no aumento exponencial do fenômeno da judicialização da saúde.

Diante disso, o Poder Judiciário se apresenta como o canal de efetivação dos direitos fundamentais violados. Por se tratar de norma de eficácia plena, os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, por essa razão, o Poder Judiciário se tornou o protagonista da prestação do direito fundamental à saúde.

Com efeito, os impactos decorrentes da inércia estatal vêm acarretando outros desdobramentos no orçamento Público, devido o acesso à justiça para implementação do direito à saúde.

José Afonso da Silva ⁵⁹aponta as condições gerais de aplicabilidade da norma de eficácia plena:

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque de todos os meio e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são 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.

Assim, por se tratar de norma de aplicabilidade imediata, o Estado-juiz se imiscui de efetivar o direito à saúde, ao entregar a prestação jurisdicional de forma individualizada, diante da natureza de prestação positiva do Estado na efetivação de saúde à população.

⁵⁷ PAIXÃO, Juliana Patricio. *O Estado de Coisas inconstitucional na saúde Pública*. 2016. 113 p. Monografia (direito) – Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2016.

⁵⁸ BRASIL. op. cit. nota 19.

⁵⁹ AFONSO, José da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.100.

2.3 Análise das fundamentações judiciais e a ausência de critério técnico no provimento jurisdicional das demandas que envolvam o direito à saúde

Ao longo do trabalho foram identificados alguns dos aspectos negativos que violam o princípio da livre iniciativa e o fomento ao fenômeno da judicialização da saúde - no caso de internação hospitalar em nosocômio privado -.

Note-se, que o escopo da pesquisa consiste na verificação dos aspectos processuais na tutela do princípio da livre iniciativa nas internações hospitalares na rede privada.

Assim, apesar da sucinta abordagem acerca do conceito de saúde pública e privada, o cerne da pesquisa se propõe analisar as fundamentações judiciais e a ausência de critério técnico no provimento jurisdicional das questões que abarrotam o Poder Judiciário, referente ao direito à saúde.

Nesse sentido, se faz necessário observar a generalidade das decisões judiciais que deferem a internação hospitalar em nosocômio privado:

APELAÇÃO CÍVEL⁶⁰.Agravos Retidos. Ação de obrigação de fazer. Possibilidade de internação em hospital privado, no caso de não haver vaga na rede pública. Precedentes da Corte. Confirmação da decisão que antecipou os efeitos da tutela, no sentido de determinar a transferência da autora para realização do exame indicado e tratamento médico necessário. Proteção constitucional e prioritária à saúde e à vida digna. Responsabilidade solidária dos entes federados prevista nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal. Súmula 65 do TJRJ. Deferimento da tutela. Autora que se encontrava internada na UPA, tendo alta após estabilização clínica de seu estado de saúde. Exame de imagem realizado. Binômio necessidade-utilidade da demanda. Utilidade do provimento jurisdicional definitivo do referido pedido, permanecendo o interesse processual. Ausência de comprovação de que a demora no atendimento pelos réus tenha causado prejuízos à saúde da autora.

Não se pretende com a presente pesquisa questionar as decisões que deferem liminares para internação em rede hospitalar privada, o que se pretende demonstrar é a necessidade de maior compreensão e ponderação dos princípios que permeiam o caso concreto.

Assim, se busca evitar a utilização de ações judiciais como paliativos do déficit da saúde pública, já que não se efetiva o direito social à saúde apenas sob a ótica do caso concreto.

⁶⁰ BRASIL.. Tribunal de justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº. 0040602-06.2015.8.19.0001*. Des. Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700165415>. Acesso em: 16 jul. 2018.

A deficiente atuação estatal na saúde transferiu ao Judiciário escolhas que não lhe competem. Assim, o que se constata por meio das fundamentações judiciais são decisões genéricas dissociadas de questões preponderantes para a efetivação dos direitos sociais.

É preciso que o Poder Judiciário entenda que as soluções de saúde não serão resolvidas mediante uma sentença e, sim, por políticas públicas de saúde à toda população.

APELAÇÃO CÍVEL⁶¹. Autor, sexagenário, atendido na emergência de hospital particular. Nosocômio que prestou o atendimento e solicitou e cadastrou o paciente autor na Central de Regulação de vaga do ente público estadual. Posterior ajuizamento de ação objetivando a transferência para UTI em hospital da rede pública de saúde. Apelo objetivando a condenação do Estado do Rio de Janeiro ao custeio das despesas hospitalares ante a improcedência desse pedido. Embora não tenha o autor buscado a rede de saúde pública, fazendo-o na rede particular em razão da emergência que o caso requeria, não retira a responsabilidade do ente público pelo custeio do tratamento na rede privada, uma vez que foi comunicado e solicitado por aquele hospital a transferência do autor para hospital da rede pública. Da narrativa dos fatos e das provas carreadas aos autos do processo, infere-se que o atendimento privado não foi uma opção da família do paciente, mas se revelou necessária para o resguardo de sua vida diante da gravidade do seu caso. De acordo com o artigo 196 da CRFB/1988.

As decisões judiciais no tocante a internação hospitalar tem como fundamento o direito à saúde previsto na Constituição Federal, de forma genérica, não se verificam a ponderação do princípio da livre iniciativa, de modo a impor na decisão a imediata transferência do paciente ao hospital público, sob pena de aplicação de astreintes.

Note-se, que o princípio da livre iniciativa tem sido suprimido, já que nas decisões judiciais não se verificam a ponderação dos princípios correlatos.

Além disso, todas as decisões são desprovidas de critérios técnicos, apesar do CNJ⁶² editar algumas recomendações para auxiliar o magistrado na análise das demandas de saúde.

⁶¹Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0029733-42.2015.8.19.0014*. Des. Cherubin Helcias Junior. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: jul 2018.

⁶²Idem. op. cit., nota 55.

Enunciado 46. Saúde Pública – As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de região”.

Enunciado 49. Saúde Pública – Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico.

Enunciado 51. Saúde Pública – Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

2.4. O princípio da universalidade e da igualdade – comporta mitigação?

A Constituição Federal de 1988 consagrou os princípios da universalidade e da igualdade como um direito de todos, o qual devem ser assegurados pelo Estado por meio de Políticas Públicas.

O artigo 196 ⁶³ prevê que a saúde é direito de todos:

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

Parece que o constituinte originário não fez qualquer distinção quanto ao alcance do dispositivo à coletividade. Assim, o acesso igualitário pode ser compreendido como um direito que deve ser ofertado a todos, isto é, de forma isonômica.

O princípio da universalidade se estende à ideia de um direito pleno de acesso a toda forma de promoção e prevenção à saúde.

Por outro lado, a doutrina diverge acerca do entendimento de acesso universal e igualitário à saúde.

Ricardo Lobo Torres⁶⁴ afirma que, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres, que têm o direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira, posto que se trata de direito tocado pelos interesses fundamentais.

Nessa perspectiva, o direito à saúde seria dividido em direito de todos de forma gratuita e, àqueles que deveriam ser financiados pelos que ostenta condição financeira melhor.

Ao revés, José Afonso da Silva⁶⁵, entende que o acesso universal e igualitário deve ser prestado a todos, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

O direito à saúde deve ser prestado pelo Estado de forma universal e igualitária, qualquer cidadão tem o direito de acesso à saúde, a carta magna não fez distinção entre os destinatários.

Sueli Gandolfi Dallari ⁶⁶, preconiza que o direito à saúde é direito de todos. Logo, uma pessoa que possua condição econômica pode fazer uso de qualquer serviço público de saúde.

⁶³ Idem. op. cit., nota 5

⁶⁴ TORRES apud DRESCH, Luís Renato. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 245.

⁶⁵ AFONSO DA SILVA, apud idem. *Comentário contextual à constituição*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.767.

⁶⁶ DALLARI, op. cit., p.73.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário nº 597064/RJ⁶⁷, em sede de repercussão geral, acerca da constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, restringiu a interpretação de acesso universal e igualitário à saúde consagrado na Constituição Federal.

O art. 32 da Lei nº 9.656/98⁶⁸ prevê que se um cliente do plano de saúde se utilizar dos serviços do SUS, o Poder Público poderá cobrar do referido plano o ressarcimento que ele teve com essas despesas:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001).

Diante da posição adotada em sede de recurso de repercussão geral, é possível extrair que o Supremo Tribunal Federal mitigou os princípios da universalidade e da igualdade prevista na Constituição Federal.

Percebe-se, que o direito à saúde é um tema complexo, o qual demanda uma consonância de todos os atores que atuam nesse cenário. A judicialização da saúde é reflexo de a dificuldade dos Tribunais adotarem um entendimento que confiram maior segurança jurídica aos envolvidos em matéria de saúde.

É preciso depreender que os direitos assegurados pela Constituição dependem de recursos do Estado para que possam ser efetivamente prestados. O ponto nodal dessa problemática reside na ausência de recursos que garantam o plexo de direitos previstos na Constituição Federal, no tocante à saúde.

Muito embora, o direito à saúde esteja previsto na Carta Magna como um dever Estatal a ser alcançado mediante implementação de políticas públicas, a escassez financeira traduz outra realidade, que deve ser observado pelo Poder Judiciário.

Partindo desse entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, infere-se que os princípios da universalidade e da igualdade foram mitigados pela Corte, corroborando com a premissa de que o direito à saúde não é absoluto.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 597064/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2661252&numeroTema=345. Acesso em: 29 set. 2018.

⁶⁸ Idem. *Lei nº 9.656, 3 de junho de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

Oportuno mencionar o que assevera Gilmar Ferreira Mendes ⁶⁹:

Nesse sentido, registre-se, o denominado problema da “judicialização da saúde”. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

A saúde é interpretada pelo Poder Judiciário como um direito absoluto e ilimitado, o qual deve ser prestado pelo Estado a qualquer custo. Todavia, o direito à saúde somente será entregue mediante disponibilidade de recursos públicos.

O que muito se discute na doutrina consubstancia-se na possibilidade de restrição da hermenêutica constitucional do direito absoluto à saúde, já que a grande gama de direitos previstos na Constituição Federal necessita ser conjugada com a alocação de recursos pelo Estado.

Nesse sentido, Cleni Jair Shulze ⁷⁰ sustenta que:

Outro ponto a destacar é a inexorável escassez financeira. Não se pode imaginar que a Constituição Federal confere a todo o brasileiro o direito a ter a melhor prestação de saúde existente no mundo. Isso não está escrito no artigo 196 da Carta Magna e em nenhum outro dispositivo constitucional, dando a falsa impressão, ao intérprete literal, de que estes direitos são absolutos.

Como se tratam de direitos fundamentais intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa, mais resistência o aplicador da lei encontra em fazer uma análise sistemática da perspectiva disposta na Carta Magna, na efetivação desses direitos. Pontue-se, que essa questão é tormentosa, pois o magistrado encontra como causa de pedir uma obrigação, que implica à preservação da vida.

Noberto Bobbio ⁷¹ assevera que:

Direito é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação.

Desse modo, ao interpretar o direito à saúde como um direito programático, estar-se-ia, de outro lado, empregando o orçamento em prol da coletividade.

⁶⁹ MENDES, op. cit., p. 622.

⁷⁰ SHULZE, op. cit., p. 39.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 74.

3. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE PARA MINIMIZAR OS IMPACTOS ECONÔMICOS NO DEFERIMENTO DE LIMINARES NAS INTERNAÇÕES HOSPITALARES NA REDE PRIVADA.

No terceiro capítulo serão abordados os instrumentos processuais de controle que atuará com a finalidade de minimizar os impactos econômicos no deferimento das decisões liminares, nos casos de internações hospitalares em nosocômios privados. Assim, o ingresso do hospital por meio do instituto jurídico do recurso de terceiro se apresenta como uma solução processual na tutela dos direitos da livre iniciativa.

Outra ferramenta de suma importância a ser analisada se refere à possibilidade de se valer da mesma tutela, com fundamento no artigo 302, parágrafo único ⁷² do CPC, para o ressarcimento nos próprios autos, em consagração ao princípio da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional, sem a submissão ao precatório.

Além disso, se pretende demonstrar a necessidade de capacitação do magistrado, bem como a utilização do Núcleo de Apoio Técnico (NATJUS) antes de proferir a decisão liminar, como uma ferramenta de diminuição da judicialização da saúde.

Por fim, a proposta é a criação de um sistema integrado de informações, ou seja, um diálogo institucional entre órgãos públicos e gestores da saúde, poderá auxiliar o juiz no deferimento de liminares.

O atual cenário da judicialização da saúde tem como pano de fundo à inércia do poder público na efetivação dos direitos sociais, a consequência mais viável é o Poder Judiciário.

Diante disso, a iniciativa privada absorveu as deficiências do Sistema Único de Saúde, materializada por meio de decisão judicial compelindo à internação na rede.

Pontue-se, que o artigo 33 ⁷³ do Código de Ética Médica dispõe: É vedado ao médico. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Percebe-se, que a iniciativa privada atua no cenário da saúde de forma complementar, apesar da legislação pátria estabelecer alguns ônus para o desenvolvimento da atividade de saúde. Contudo, inexistente um dever de prestar o serviço de saúde de forma gratuita como um substituto do Estado.

⁷²BRASIL. *Lei federal nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_art_302§_único_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 de jul. 2018.

⁷³DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 149.

3.1. O recurso de terceiro como medida processual na defesa dos direitos da iniciativa privada e a possibilidade de aplicação de astreintes como medida processual.

Nos casos de deferimentos de liminares para a internação hospitalar, a iniciativa privada não dispõe de mecanismos processuais que possam tornar viável o seu ingresso nas demandas propostas pelo paciente do SUS em face do Poder Público, pleiteando um leito da rede pública de saúde.

Diante disso, o particular é atingido pelos efeitos da decisão, sendo compelido a efetuar a internação do paciente em sua UTI, apesar de não integrar a relação processual. Assim, o nosocômio privado suporta o custo decorrente da internação do paciente, o qual deveria ser acomodado em leito público.

É preciso apontar que as decisões em sua maioria não estipulam prazo de permanência do paciente na rede privada, acarretando prejuízos na organização financeira do nosocômio. Já que o magistrado deveria intimar o gestor público para providenciar a transferência do paciente após a cessação da urgência estabilizada com a internação na UTI privada.

Outra questão importante são as consequências decorrentes da relação processual imputada ao particular pelo Poder Judiciário. Isso porque, o paciente quando se interna nas dependências do nosocômio privado, por uma via oblíqua, se estabelece uma relação de consumo, com todos os ônus inerentes a prestação de serviço.

Desse modo, a iniciativa privada é obrigada a suprir o déficit do Poder Público, sem que ao menos, lhe seja ofertado a oportunidade processual para controlar os impactos negativos das internações.

A medida processual adequada na tutela dos direitos constitucionais da livre iniciativa para controlar os efeitos das decisões de internação deferida em sede de plantão judicial é o recurso de terceiro prejudicado.

Antes de tecer considerações acerca da ferramenta processual do recurso de terceiro prejudicado, se torna necessário ressaltar que alguns hospitais têm se utilizado do instituto da assistência litisconsorcial como forma de ingressar na demanda, contudo, sem sucesso.

Assim, a assistência litisconsorcial capitulada no artigo 124⁷⁴ do Código de Processo Civil, não tem sido admitido pelo Poder Judiciário, por ausência de interesse jurídico.

⁷⁴ Idem. op.cit., nota 72.

“ O STJ firmou tese de ser possível aplicação de astreintes contra Fazenda Pública. (REsp 1474665/RS)”.

A jurisprudência tem demonstrado resistência na admissão do nosocômio privado nas ações promovidas pelo paciente em face do Estado, pois o instituto da assistência litisconsorcial é imprescindível a demonstração do interesse jurídico. Este pressuposto é afastado pelo Tribunal, pois se reconhece apenas o interesse econômico.

Para Rodolfo Hartmann ⁷⁵ essa modalidade não está bem regulada pelo Código de Processo Civil, eis que não se trata propriamente do ingresso de um terceiro, mas sim de um litisconsorte, ou seja, de uma parte principal:

E, não menos importante, para que seja admitido o ingresso do assistente simples haverá a necessidade de o mesmo demonstrar que possui algum interesse jurídico em auxiliar uma das partes principais a ter êxito, pois eventual decisão a ser proferida neste processo, embora não o vincule quanto o conteúdo, de alguma forma poderá reflexamente atingir a sua situação pessoal.

Para o cabimento do instituto da assistência litisconsorcial se torna imperioso a demonstração do interesse jurídico na demanda, já que o interesse meramente econômico não fundamenta o ingresso do assistente litisconsorcial.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁷⁶ não tem admitido o ingresso do hospital privado como assistente litisconsorcial, por carecer de interesse jurídico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. HOSPITAL PRETENDE O INGRESSO NOS AUTOS COMO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL DA CONSUMIDORA. ALEGAÇÃO DE ATRASO NOS PAGAMENTOS A SEREM REALIZADOS PELA SEGURADORA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO. MODALIDADE DE INTERVENÇÃO ESPONTÂNEA DE TERCEIRO QUE PRESSUPÕE A DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE JURÍDICO, SENDO INSUFICIENTE O INTERESSE ECONÔMICO.

Nesse contexto, o recurso de terceiro prejudicado se revela como um valioso instrumento processual na tutela dos direitos da livre iniciativa. Assim, o nosocômio privado ingressará nos autos para defender direito próprio e, com isso, poderá requerer a aplicação de astreintes em caso de descumprimento do gestor público na transferência do paciente para um leito público.

Na assistência litisconsorcial o interesse jurídico deve ser demonstrado como pressuposto de admissibilidade do seu ingresso, porquanto o terceiro atuará no processo para auxiliar na defesa dos direitos do assistido, pois a sentença fluirá na relação jurídica do terceiro.

⁷⁵ HARTMANN, op.cit., p.172

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI. 0329580-72.2015.8.19.0001*. Des. Francisco de Assis Pessanha Filho. Julgamento 07 dezembro 2016: Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>> Acesso em: 23 jul. 2017.

Ao contrário da assistência litisconsorcial o recurso de terceiro prejudicado segundo Rodolfo Hartmann⁷⁷ se apresenta mais adequado na tutela do nosocômio privado:

o terceiro jurídicamente interessado é aquele que é completamente estranho ao processo, ou seja, que ainda não participou de qualquer etapa de seu desenvolvimento, mas que por algum motivo, pode vir a sofrer reflexos jurídicos da decisão judicial em sua esfera pessoal.

Pontue-se, que a modalidade da intervenção de terceiro se revela pertinente à relação jurídica inaugurada entre o paciente do SUS e o poder público, instrumentalizada por meio do deferimento de medida liminar.

Se faz necessário tecer algumas considerações acerca do conceito de intervenção de terceiro, para melhor compreensão de sua aplicação na tutela da livre iniciativa no tocante à internação hospitalar deferida pelo magistrado.

Luiz Edson Fachin⁷⁸ dividiu o interesse do terceiro em três categorias:

a) os terceiros desinteressados; b) dos terceiros interessados de fato; c) dos terceiros juridicamente interessados, que subdivide-se em três subcategorias: 1.^a) os interessados juridicamente com interesse igual ao das partes; 2.^a) os terceiros com um interesse jurídico inferior ao interesse das partes, por exemplo, assistentes litisconsorcial.

Já Alexandre Freitas Câmara⁷⁹ assevera que:

Chama-se intervenção de terceiro ao ingresso de um terceiro em um processo em curso. – Terceiro-frise-se- é todo aquele que não é sujeito de um processo. Assim, sempre que alguém que não participa de um processo nele ingresse e dele começa a participar tem-se uma intervenção de terceiro.

Fredie Didier Junior⁸⁰ conceitua o recurso de terceiro como:

Modalidade interventiva, fundamenta-se nos mesmos princípios e finalidades de toda a teoria geral da intervenção: visa evitar decisões contraditórias e abrir oportunidade para que terceiros, que sofreriam as consequências de uma decisão, participem do feito.

O Código de Processo Civil⁸¹ no artigo 996 § único prevê: que o terceiro prejudicado cumpre demonstrar que a decisão submetida à apreciação judicial venha atingir direito que se firme titular.

⁷⁷HARTMANN, op. cit., p.172

⁷⁸FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.11.

⁷⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.85.

⁸⁰DIDIER JUNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro: Juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002, p.49.

⁸¹BRASIL. *Código de Processo Civil* art. 996§ único. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28887650/artigo-996-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em: 16 ago. 2018.

3.2. A tutela antecipada e o ressarcimento nos próprios autos em consagração ao princípio da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional no caso de internação hospitalar em nosocômio privado

Para tutelar os direitos da iniciativa privada é preciso que o magistrado faça uma hermenêutica constitucional, pelo método sistemático, acerca do princípio do devido processo legal no caso de internação hospitalar em rede privada. A Constituição Federal assegura o devido processo legal, não se admitindo o cerceamento de defesa nas relações processuais.

Ocorre que, muitas vezes as decisões proferidas atingem à esfera jurídica de terceiro, causando prejuízos que necessitam de intervenção da parte prejudicada.

Nesse cenário, a tutela antecipada prevista no artigo 302, parágrafo único do Código de Processo Civil por meio de uma leitura sistemática com os demais princípios que regem o processo, encontra fundamento jurídico hígido capaz de possibilitar o ressarcimento dos custos, nos mesmos autos, despendidas com a internação na rede privada.

Percebe-se, portanto, que o hospital poderá se valor dos mesmos autos para ser ressarcido dos prejuízos decorrentes da liminar deferida pelo magistrado.

Assim, o artigo 302, parágrafo único do CPC ⁸² é possível extrair a consagração do princípio da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Pois bem, a jurisprudência ⁸³ já caminha para essa solução:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Transferência de paciente para unidade de tratamento intensivo (UTI). Particular que não sendo parte no processo, além de suportar os efeitos da decisão liminar em função da deficiência Estatal, não deve arcar com os prejuízos financeiros daí decorrentes. Possibilidade de se valer do mesmo procedimento judicial em que o magistrado lhe impõe os onus de terceiro para a satisfação de seu crédito. Submissão de restituição das despesas ao procedimento regular de pagamento dos débitos da Fazenda Pública, viola o princípio da livre iniciativa. Pretensão que se revela mero exaurimento dos efeitos da tutela antecipada. Incidência dos princípios da celeridade, da economia processual, da utilidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Note-se, que o ressarcimento nos próprios autos encontra fundamento legal no Código de Processo Civil vigente.

⁸²Idem. op. cit., nota 79.

⁸³ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *AI. Nº 0008901-98.2013.8.19.0000*. Julgamento 03 fevereiro 2015. Des. Fabio Dutra. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 16 jul. 2018.

Ainda na análise da jurisprudência ⁸⁴ é possível perceber que os argumentos apresentados na pesquisa vem sendo rechaçado pelos Tribunais:

Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Falta de vaga em hospital da rede Pública. Direito a internação em hospital particular às expensas do DF. Devido Processo Legal. Ação Própria. Desnecessidade. Não há perda superveniente do objeto se a obrigação é satisfeita em decorrência da decisão que antecipou os efeitos da tutela de mérito. 2. A condenação do DF. 3. Nada obsta que a condenação das despesas suportadas pelo hospital particular se proceda nos mesmos autos da ação que se requereu a transferência para uma unidade de tratamento intensivo.

Note-se, que os argumentos trazidos pelos julgados denotam a tendência da jurisprudência na consolidação do ressarcimento dos custos despendidos pelo hospital privado, nos próprios autos.

Em verdade, como bem salientado nas decisões colacionadas à pesquisa, o princípio da livre iniciativa deve ser prestigiado por meio da facilitação do recebimento dos prejuízos que decorreu da internação hospitalar, por ausência de leito em hospital público.

Os princípios da celeridade processual, utilidade e efetivação da prestação jurisdicional devem ser invocados nas decisões judiciais para delinear contornos Constitucionais, medida que deve ser prestigiada por toda a jurisprudência.

Além disso, o ressarcimento deve ser feito por meio de bloqueio diretamente nas contas dos Entes públicos, sem a submissão ao regime do precatório, como se verifica na decisão:

Ação de ressarcimento ⁸⁵ – Hospital privado em detrimento do D.F- custeio de internação geradas em decorrência das decisões judiciais – possibilidade de bloqueio de verbas públicas em caso de urgência – Afastamento do precatório – Prevalência da boa-fé e da vedação ao enriquecimento ilícito e do princípio da razoabilidade (...) - Sob o rito dos recursos repetitivos, o STJ consolidou a tese de que, em se tratando de procedimento de urgência, relativo à saúde do paciente, é possível o bloqueio de verbas públicas, independentemente de precatório (REsp 1069810). Assim, se é possível o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamento indispensável ao paciente, com a mesma premissa tal possibilidade deve ser estendida aos custos decorrentes de internação em UTI, já que o hospital privado apenas surgiu como opção em decorrência da omissão estatal) Portanto, a condenação do presente processo não deve se submeter ao regime de precatório, devendo ser pago pelo Distrito Federal mediante o bloqueio judicial de verba pública"

⁸⁴ O ressarcimento nos mesmos autos, sem a submissão ao precatório, é medida que se impõem na tutela do princípio da livre iniciativa.

⁸⁴ Idem. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *AC/ DF. Nº 20050110283583*. Relator: Flavio Rostirola. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/> Acesso em: 16 jul. 2018.

⁸⁵ Idem. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação nº 0000144-65.2011.8.07.0018*. Relator: Des. Fernando Habibe. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>; Acesso em: 23 ago. 2018.

3.3. A necessidade de capacitação dos magistrados e a utilização do Núcleo de Apoio Técnico NATJUS no deferimento das liminares no caso de internação hospitalar.

O controle da judicialização da saúde tem sido motivo de debates jurídicos, diante das consequência jurídicas e financeiras que acarretam aos cofres públicos e na rede privada. O Poder Judiciários precisa perceber o complexo cenário que se encontra à saúde.

Assim, algumas alternativas se revelam úteis no combate as ações judiciais almejando a internação hospitalar. As recomendações do Conselho Nacional de Justiça devem ser adotadas pelo magistrado quanto da análise das liminares. Isso porque, antes da judicialização da saúde os órgãos responsáveis pela gestão pública deveriam ser intimados para tentar solucionar o caso.

Os processos de demandas de saúde atingiram a marca de mais de meio milhão de ações no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2017.

Uma das dificuldades apontada pela magistratura fluminense se deve ao fato de pouco conhecimento técnico na área da medicina e da farmacologia

Para a juíza Nathalia Calil Miguel Magluta ⁸⁵ a qualificação do magistrado é de suma relevância para o julgamento das questões de saúde.

Para os juízes, uma das maiores dificuldades de julgar ações que envolvem casos de saúde é a falta do domínio de conhecimentos de Medicina e de Farmácia, que se mostram necessários, muitas vezes, para dar uma solução adequada à questão. “A saúde, pública ou privada, é uma das áreas de maior litigiosidade atualmente, sendo imperiosa a construção de mecanismos eficientes a fim de evitar a judicialização dos conflitos e a eles conferir justa e adequada solução quando chegarem ao Poder Judiciário”. Uma das magistradas da Justiça fluminense que compõem o Comitê Estadual de Saúde e que defende, ainda, a troca de informações entre juízes, assim como a qualificação técnica das soluções dadas como instrumentos para fazer frente à crescente litigiosidade na área de saúde.

O ponto principal reside na capacitação do magistrado para atuar nas demandas de saúde. A Escola da Magistratura⁸⁶ em parceria com a FioCruz inaugurou um mestrado de justiça e saúde, objetivando contribuir para o aperfeiçoamento e capacitação do juiz, para que este possa atuar com mais assertividade nas demandas que envolvam saúde pública e privada.“

O Conselho Nacional de Justiça por meio do Fórum Nacional da Saúde recomendaram a atuação dos magistrados na busca pela autocontenção da judicialização da saúde. Isso porque, o aumento exponencial de ações de pedidos de internações hospitalares ou tratamentos de saúde, fomentaram um desequilíbrio em todo o sistema de saúde.

⁸⁵ Idem. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5202774>. Acesso em: 16 jul. de 2018.

⁸⁶ Idem: *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/noticias_todas/novocurso.html. Acesso em: 16 jul. de 2018.

Diante disso, o CNJ recomendou a criação de órgãos compostos por profissionais da área médica, de assistência social, farmácia e por membros das secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, objetivando o auxílio ao magistrado nos processos de saúde.

A recomendação nº 31 de 2010 inaugurou diretrizes para a atuação dos Tribunais com a adoção de medidas visando melhor subsídio os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Assim, foi instituída algumas recomendações⁸⁷ que devem ser observadas e implementadas pelos Tribunais de todo o país, como forma de combate à judicialização da saúde:

Considerando o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais; Considerando as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde; I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, criou o comitê Estadual que é composto por profissionais da área médica, jurídica, sanitária, farmacêutica, entre outras que se mostram relevantes para a prevenção de novos conflitos na saúde pública e privada.

O apoio técnico funciona desde 2009, o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) foi implantado inicialmente em apenas duas varas de Fazenda Pública, depois se estendendo às demais, e aos Juizados Especiais de Fazenda Pública, que atualmente são responsáveis por processar e julgar todos os processos de saúde, independentemente do valor da causa, às Câmaras Cíveis e ao Plantão Judiciário Noturno.

Assim, o NAT fornece apoio técnico aos magistrados e seus pareceres técnico-científicos (PTC) descrevem, com base no laudo médico com diagnóstico trazido pelo autor da ação, os contornos da doença, seus sintomas, a adequação do tratamento prescrito e a regulação pública do medicamento - se é registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), entre outras medidas - e qual o ente público responsável pelo seu fornecimento.

⁸⁷ Idem. *CNJ Recomendação 31*. Disponível em : <http://rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

O NATJUS (Núcleo de Apoio técnico) funciona no fórum da Capital do Rio de Janeiro. Foi criado em 2009.

Percebe-se que, a utilização do núcleo de assessoramento ou apoio técnico confere o maior grau de segurança ao magistrado na verificação de elementos indispensáveis quanto ao pedido médico e a indicação de urgência, para que o deferimento da decisão liminar seja pautada em critérios técnicos e objetivos, a justificar a concessão da tutela antecipada.

Clenio Jair Shulze⁸⁸ assevera que:

Nestes casos, após a distribuição da ação judicial, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao Núcleo de Apoio Técnico – NAT ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria. Tal órgão examina, por exemplo, se (1) o medicamento postulado está registrado na ANVISA;(2) é eficaz e eficiente ao tratamento da doença;(3) existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS;(4) eficiência,eficácia e custo-efetividade do tratamento.

A câmara de apoio técnico se apresenta como uma valiosa ferramenta, conferindo ao juiz maior confiabilidade e suporte para analisar o caso concreto e, por conseguinte, proferir uma decisão revestida de fundamentos legais.

Note-se, que na II jornada de direito da saúde promovida pelo CNJ⁸⁹ foram aprovados outros enunciados como forma de traçar diretrizes e simetria nas decisões judiciais:

Enunciado 46 – Saúde Pública – As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado.49 – Saúde Pública – Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico. 51 – Saúde Pública – Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.

O Conselho Nacional de Justiça editou recomendações como forma de promover a mudança de postura do Poder Judiciário no julgamento das demandas de saúde, por meio de capacitação técnica do magistrado na análise dessas questões.

A utilização do NATJUS pelo magistrado na análise das demandas de internação hospitalar é uma medida de autocontenção da judicialização da saúde. Isso porque, o magistrado terá mais segurança em decidir em caso de internação em UTI, avaliando a urgência e a necessidade do pedido em sede liminar, por meio do parecer emitido pelo núcleo técnico.

⁸⁸ SHULZE, op. cit., p. 83.

⁸⁹ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://nayrontoledo.com.br/2015/05/26/enunciados-da-ii-jornada-de-direito-da-saude-cnj/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

3.4 Criação de um sistema integrado de informações entre órgãos públicos e gestores de saúde para auxiliar o juiz no deferimento das liminares

Ao longo de toda a pesquisa foram apresentados os dilemas enfrentados pelo Poder Judiciário quanto ao julgamento das ações que envolvem a saúde pública e privada. Além disso, foi possível constatar a dificuldade da iniciativa privada na tutela de seus direitos no tocante ao ressarcimento nos próprios autos dos custos decorrentes das internações hospitalares.

Com base nessas premissas, o direito à saúde precisa ser analisado como um direito que deve atender a todos de forma organizada, por meio de políticas públicas de saúde. A ideia central que se pretende inculcar nos operadores do direito, magistrados e sociedade é de conscientização de uma problemática que demanda cooperação, para que a saúde pública e privada possa atender o maior número de pessoas, com qualidade e sustentabilidade.

Foi possível demonstrar que as necessidades da saúde são infinitas e, apesar da Constituição prevê um plexo de direitos, os recursos para alcançar o mínimo previsto na Carta Magna precisa ser alocado de forma organizada.

Todos têm direito à saúde, mas isso não significa, que o Estado deve prover todo e qualquer tratamento de forma individual, já que o gasto indiscriminado com as ações judiciais no tocante à saúde fulminam os recursos públicos e violam o princípio da isonomia.

A gestão na saúde é um dever do gestor nas políticas públicas, isso não incluem o Poder Judiciário, pois as decisões judiciais de forma individualizada fomentam a utópica ideia de efetivação do conjunto de direitos sociais à saúde.

Note-se, que além do direito à saúde, outros direitos sociais são promessas constitucionais e, ainda, não embarcaram na judicialização, a educação é uma delas.

Sendo assim, é possível aplicar o raciocínio analogicamente ao cidadão que não obtendo êxito em matricular o filho na rede pública, por ausência de vagas, judicializa a questão, invocando o direito fundamental à educação, obtendo do Poder Judiciário uma liminar para que na falta de estabelecimento educacional público, o menor seja matriculado na rede privada às expensas do Poder Público.

Percebe-se, que os fundamentos jurídicos são os mesmos, já que a educação integra a gama de direitos sociais, assim como a saúde, é sob essa ótica que a justiça deve compreender que a judicialização das necessidades sociais não lhe compete, devendo ser tratado por meio de políticas públicas.

A criação de um sistema integrado de informação conferindo ao magistrado a relação de hospitais com possibilidade de transferência do paciente após a verificação do quadro de urgência devidamente relatado pelo médico, se revela como uma medida de equilíbrio dos direitos da rede privada.

Com isso, os gestores Públicos, Municipais, Estaduais e Federais atuaram em conjunto para diminuir o tempo de permanência do paciente privado no leito de UTI do nosocômio.

O sistema deve ser alimentado com informações recentes, para que o magistrado possa consultar os leitos disponíveis e, conseqüentemente, observar o descumprimento de cada Ente na implementação ou construção de outras vagas em unidade intensiva para atender à população.

O trabalho deve ser conjunto com o Ministério Público e Defensoria Pública, de modo a cobrar do Estado a construção de mais leitos em hospitais públicos.

Além disso, o próprio hospital privado poderá criar uma rede de informação entre os nosocômios da rede privada, como forma de diminuir os gastos com a permanência do paciente do SUS, isto é, cooperando e indicando leitos disponíveis, o tempo de internação diminuirá, pois haverá o atendimento de urgência do paciente e, após cessar o quadro de urgência o hospital ingressará no feito solicitando à transferência do paciente para um leito público.

Assim, a criação de um sistema de informação integrado se mostra como uma ferramenta ágil de solução dos conflitos da saúde, como forma de combate à judicialização.

A central Estadual de regulação (CER)⁹⁰, regula apenas leitos de unidades estaduais, as demais regulações de leitos, são feitas de forma dissociada com os leitos municipais.

Desse modo, a criação de um sistema de integração de informações dos Entes da Federação diminuirá os impactos negativos nos recursos públicos, possibilitando ao magistrado conhecer a disponibilidade dos leitos públicos e privados para efetivar à internação hospitalar, após um o parecer técnico emitido pelo NATJUS acerca do real quadro clínico do demandante.

⁹⁰ Idem. *Fundação Saúde*. Disponível em: <http://www.fundacaosaude.rj.gov.br/rio-de-janeiro-tera-central-unica-de-regulacao-do-sistema-publico-de-saude/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

A Secretaria de Estado de Saúde (SES-RJ) informa que existem atualmente 667 leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) – adulto, pediátrico e neonatal - na rede estadual. Esse número representa crescimento de 137% entre 2006 e 2010, quando havia apenas 269 leitos de UTI geridos pela SES-RJ. Além destes, estão em fase final de implantação e serão inaugurados à população até o final do ano mais 32 leitos de UTI adulto, sendo 22 no Hospital Estadual Getúlio Vargas e 10 no Hospital Estadual Azevedo Lima.

Ao longo da pesquisa foi possível constatar, que a judicialização da saúde deve ser combatida por todos os atores que atuam no cenário da saúde.

Percebe-se, que o aumento de ações que envolvem pleitos de saúde se justifica pela interpretação irrestrita e absoluta do disposto no artigo 196 da Constituição Federal.

Os direitos sociais são normas de aplicabilidade imediata, já que possuem natureza de prestação positiva por parte do Estado. Contudo, a interpretação equivocada extraída do texto constitucional vem causando um colapso na saúde do país.

Tais interpretações foram feitas em dissonância com outras normas constitucionais, que deveriam ser analisadas nas demandas individuais propostas pelos jurisdicionados na busca de efetivação da promessa constitucional, de um direito ilimitado à saúde.

O Ministro do STJ Antonio Saldanha ⁹¹apontou que:

A Constituição de um tratamento absolutamente abrangente à saúde, devendo ela ser integral e universal. Mas o artigo 196 da Carta Magna é um negócio irrealizável. Todos serão maltratados igualzinho no mesmo hospital. Pois a saúde integral vai desde o tratamento inicial psicológico até a equoterapia. Nenhum país do mundo tem saúde integral. Isso é utopia.

Nesse contexto, se constata que o Poder Judiciário deverá mudar de postura na análise das ações que envolvam o pedido de efetivação do direito à saúde.

A Ministra Carmem Lúcia ⁹² também apontou a necessidade de atuação conjunta de todos os atores nas questões de saúde para tentar encontrar medidas de combate à judicialização da saúde:

O número considerável de ações nessa área coloca em campos opostos o cidadão que pede acesso a um medicamento ou tratamento, por exemplo, e o Poder Público, responsável pelo atendimento dessas demandas. “De um lado, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo do direito contemporâneo e dos cuidados do Estado e, de outro, a questão de recursos econômicos financeiro”, disse. Por esta razão, a presidente do CNJ frisou a relevância de ouvir o maior número de atores envolvidos nesse cenário e destacou as ações desenvolvidas pelo Conselho para auxiliar os juízes na tomada de decisões relativas à saúde. Entre as iniciativas, destacou a implantação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (e-NatJus) nos tribunais.

É preciso que os magistrados depreendam que a decisões de demandas de saúde devem ser analisadas com o auxílio de um suporte técnico especializado.

⁹¹Idem. Supremo Tribunal Federal. *Acesso do cidadão à saúde precisa de melhores critérios e ferramentas*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364338>. Acesso em: 16 ago. de 2018.

⁹²Idem. Conjur. *Conciliação ajuda a resolver o problema da judicialização*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/conciliacao-ajuda-resolver-judicializacao-saude-salomao>. Acesso em: 16 ago. de 2018.

A criação de um sistema integrado alimentado por toda a rede da saúde pública e privada é providência que se impõem como mecanismo de auxílio para o embasamento das decisões judiciais, de modo que possa conferir ao magistrado a maior segurança na análise de pedidos de deferimento de liminares.

O apoio técnico por meio do NATJUS se revela uma ferramenta de muita relevância para se perquirir a maior assertividade no deferimento dos pedidos de internações hospitalares. Já que o magistrado contará com um parecer técnico acerca dos fatos relatados na petição inicial para analisar se àquele pedido de internação é de urgência, o qual justificará o pleito de internação na rede privada, em caso de ausência de leito na rede pública.

Desse modo, dependendo do parecer técnico emitido pelo NATJUS acerca do pedido feito pelo autor, o magistrado terá mais segurança em proferir uma decisão que não demande um deferimento liminar, podendo o demandante ser submetido a outro tipo de tratamento, sem a necessidade de internação em UTI.

Além disso, o sistema integrado de informações da rede pública e privada minimizará os impactos econômicos na rede privada, pois o tempo de permanência do paciente será reduzido e o gestor público de cada Ente atuará de forma mais efetiva no controle das vagas de UTI dos Estados, Municípios e União, de forma integrada.

Os hospitais privados também devem ter cadastrados os leitos disponíveis para atender as demandas judiciais, já que poderão ser ressarcidos nos próprios autos e, com isso, facilitará a remoção do paciente, de modo a minimizar os custos de permanência no leito do nosocômio privado.

Observa-se, que o diálogo institucional e a facilitação do ressarcimento nos próprios autos dos custos despendidos com a internação na rede privada promoverá a longo prazo uma redução das despesas desnecessárias com a judicialização da saúde.

E mais, o Poder Público poderá investir e planejar melhor o orçamento na saúde, já que os gastos com condenações tardias para a defesa de ações intentadas pela rede privada serão resolvidas nos próprios autos da tutela que deferiu a internação.

Percebe-se, que o caminho da desjudicialização é o planejamento do poder público na efetivação de políticas públicas de saúde aliado a compreensão pelos magistrados de que os direitos previstos na Constituição são infinitos, ao passo que ,o orçamento público é finito.

A providência que se propõe é uma atuação conjunta de todos os atores que promovem à saúde da população, por meio do diálogo institucional com o objetivo de tornar à saúde sustentável.

O Supremo Tribunal Federal⁹³ vem enfrentado questões em demandas de saúde, na qual se observa a mitigação dos princípios da universalidade, igualdade e integralidade. Isso porque, o texto Constitucional elenca um plexo de direitos que são impraticáveis, já que para efetivação do direito à saúde é preciso que haja orçamento público.

Note-se, que o Supremo Tribunal Federal em recente julgamento no tocante a pedido de medicamentos de alto custo estabeleceu critérios para a efetivação dos princípios de acess integral e da universal previstos na Carta Magna.

Ficou estabelecido pelo Supremo dois critérios objetivos para que o Poder Judiciário possa conceder o medicamento de alto custo: é preciso demonstrar à imprescindibilidade do medicamento para o paciente e a incapacidade financeira para a sua aquisição.

É nessa perspectiva que a jurisprudência deve caminhar, pois não há mais espaço para resolução de processos individuais. É necessário que o julgador entenda à saúde como uma, e, por tal razão, é indispensável que haja uma análise macro processual observando as consequências jurídicas das decisões, sob o prisma da coletividade.

O Poder Judiciário deverá ser capacitado para o enfrentamento de uma realidade que demanda conhecimento técnico específico, por meio de um suporte especializado que possam auxiliarem os magistrados nas decisões das demandas de saúde.

Percebe-se, que a falta de conhecimento das legislações aplicáveis ao direito médico contribuem para decisões díspares dos demais direitos envolvidos no caso concreto.

O magistrado necessita de um estudo aprofundado no tocante à interface do direito e da medicina, para que possa julgar de forma responsável e técnica às demandas de saúde.

Dessa forma, é preciso que exista um diálogo institucional entre os órgãos públicos, gestores de saúde e Poder Judiciário para tentarem buscar uma solução sustentável e isonômica para à saúde de toda à população.

⁹³. Idem. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 566471* Julgamento de medicamento de alto custo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>. Acesso em: 16 ago. de 2018.

A medicina baseada em evidência é uma ferramenta de suporte para conter os gastos em medicamentos que não possuem a acurácia, eficiência e efetividade comprovada cientificamente. (art. 19-Q da Lei n° 8080/90).

CONCLUSÃO

É inegável que o crescimento populacional aliado à falta de políticas públicas pelo Estado ocasionam a busca pela tutela jurisdicional como forma de implementação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Diante disso, objetiva-se discutir os impactos decorrentes da ausência de efetivação dos direitos sociais, materializado por meio da judicialização da saúde.

As questões que envolvem à saúde são complexas, isso se justifica pela a gama de direitos que a Constituição Federal de 1988 contemplou nos artigos nº 6 e 196.

Nessa perspectiva, o direito à saúde precisa ser compreendido sob a ótica da isonomia e dos demais princípios e direitos que convivem no ordenamento jurídico.

Assim, a pesquisa se debruçou acerca dos casos de internações hospitalares em nosocômios privados, demonstrando que à falta de conhecimento do magistrado nas demandas de saúde, violam o princípio constitucional da livre iniciativa.

Desse modo, a judicialização da saúde acentuou os impactos econômicos suportados pela rede privada nas decisões liminares, na maioria das vezes, concedidas em sede de plantão judicial. Isso porque, o particular é compelido ao cumprimento da decisão, sem contudo, se tornar parte do processo, se valendo apenas de uma pretensa ação de cobrança que perdurará em média nove anos, para tentar o ressarcimento dos custos despendidos decorrentes da omissão estatal.

Busca-se, então, uma consonância do Poder Judiciário na análise sistemática dos princípios em colisão, já que de um lado, se pretende a tutela do direito à saúde e, de outro, à observância do princípio da livre iniciativa.

Para isso, o recurso de terceiro se revela como um mecanismo de defesa que o particular deve utilizar para ingressar no processo e controlar os efeitos negativos da liminar. Além disso, é possível a aplicação de astreintes pelo magistrado, no caso de descumprimento do gestor de saúde, no tocante ao retardo da transferência do paciente para um leito público.

O princípio da isonomia é um vetor de percepção acerca da necessidade de autocontenção da judicialização da saúde. Isso porque, o acesso à justiça não é a realidade de toda à população. Assim, os pacientes que não possuem a possibilidade de provocação do Poder Judiciário contam apenas com a espera por uma vaga de UTI atendida pelo SUS, pois são preteridos dos seus direitos, por um provimento jurisdicional.

Note-se, que a noção de efetivação do conjunto de direitos à saúde é quimérico , já que

os pleitos judiciais são recorrentes, isto é, necessitam de manutenção de recursos para a continuidade do serviço de saúde.

Portanto, não cabe ao Poder Judiciário fazer políticas públicas, pois as necessidades da população no tocante à saúde suplantam o simples exaurimento de um medicamento ou internação em UTI a um indivíduo. A questão é muito mais complexa, a promoção à saúde demanda custos e organização, o que certamente não serão resolvidos pelo Poder Judiciário.

É por essa razão, que os atores que figuram na saúde devem unir forças para que a saúde possa ser viável, tanto pela rede pública, quanto pela rede privada.

O enfraquecimento da saúde privada no Brasil torna o sistema de saúde inviável, já que a saúde suplementar é responsável pela complementação de atendimento a uma parte da população, na medida em que o Sistema Único de Saúde não possui capacidade de atender a toda a coletividade.

O Supremo Tribunal Federal interpretou o disposto no artigo 196 da Constituição no sentido de restringir e mitigar os princípios da universalidade, integralidade e da igualdade do acesso à saúde ao declarar constitucional o ressarcimento ao SUS do paciente segurado do plano de saúde que busca atendimento na rede pública.

Percebe-se, que essa decisão caminha para a direção de que o direito à saúde não é absoluto e, portanto, comporta uma interpretação sistemática com os demais diplomas legais pertinentes ao caso concreto.

É nesse sentido, que a livre iniciativa encontra respaldo constitucional para conseguir manter sua atuação na saúde complementar. Isso porque, a jurisprudência demonstrou que o ressarcimento nos próprios autos é direito que assiste à livre iniciativa.

Assim, o recurso de terceiro prejudicado como corolário do princípio constitucional do devido processo legal se apresenta como um mecanismo processual na tutela do direito constitucional da livre iniciativa, para que os custos despendidos com a internação hospitalar seja ressarcida nos próprios autos.

Além disso, a tutela antecipada se mostrou como uma forma processual que permite ao hospital se valer dos mesmos autos para obter o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da internação. Outro fundamento processual é a aplicação de astreintes pelo magistrado para que o gestor de saúde providencie à transferência do paciente, para um leito público.

Pontue-se, que o caminho para a tutela dos direitos da iniciativa privada é a facilitação do ressarcimento nos mesmos autos, por meio da apresentação de planilha dos custos despendidos com o paciente, sem que tal valor seja recebido por meio de precatório. Essa forma

de pagamento viola a livre iniciativa e, evidencia um enriquecimento sem causa do Estado.

O Código de Processo Civil prestigia a possibilidade de ressarcimento nos mesmos autos, parte da jurisprudência já caminha nesse sentido em consagração ao princípio da celeridade, economia processual, efetividade e utilidade da prestação jurisdicional. Isso porque, inexistente em todo o ordenamento jurídico vigente o dever da iniciativa privada prestar saúde à população de forma gratuita.

O cenário atual aponta incontestável violação ao princípio da livre iniciativa e um desequilíbrio na forma de defesa de seus direitos, porquanto além de suportar o ônus do Estado, o nosocômio se vale de uma ação de cobrança para tentar o ressarcimento dos custos em um longo processo e, após se esgotarem todos os recursos, se submeterá ao regime de precatório. Isso inviabilizará a própria continuidade do serviço de saúde suplementar no país.

É notório que a iniciativa privada é preterida do direito consagrado na Constituição de atuação livre de mercado.

As questões de saúde são complexas pois reclamam direitos ilimitados, cabendo ao intérprete da Lei analisar essas demandas à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal vem mitigando o princípio da universalidade, da igualdade e da integralidade prevista na Constituição.

É possível verificar essas mitigações em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, como se constatou na declaração de constitucionalidade do art. 32 da Lei 9656/98, ocasião em que o Supremo entendeu que a saúde suplementar deve ressarcir os gastos despendidos pelo SUS no atendimento do usuário que é segurado da iniciativa privada.

Além disso, o STF restringiu o acesso a medicamentos estabelecendo critérios não previstos na Constituição no tocante a hipossuficiência financeira no pleito de medicamentos de alto custo.

Note-se, que a jurisprudência está se adequando à nova realidade no colapso vivenciado pela saúde no Brasil.

A utilização do núcleo de apoio técnico para auxiliar o magistrado na análise das ações que pretendam à internação hospitalar é uma forma de conter à judicialização da saúde.

E, por fim, a pesquisa apresenta como proposta de solução a criação de um sistema integrado de informações de leitos entre os Entes Públicos e a rede privada para que atuem de forma cooperada, com o propósito de atender à população que necessitem de internação hospitalar. Com isso, haverá a sustentabilidade dos recursos públicos, para que sejam empregados na saúde de toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso: em 26 set. 2017

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 597064* Julgamento de Ressarcimento ao SUS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411>, Acesso em: 16 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *R.I. nº 0054075-91.2017.8.19.0000*, Des. Claudio Brandão, Órgão Especial. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>> Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0108470-80.2008.8.19.0054*, Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>> Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0294446-52.2013.8.19.0001*. Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima. <http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 16 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 0329580-72.2015.8.19.0001*. Des. Francisco de Assis Pessanha Filho. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>> Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Apelação nº 0040602-06.2015.8.19.0001*. Des. Cristina Tereza Gaulia. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700165415>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *AI nº 000890-98.8.19.0000*. Des. Fabio Dutra. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Tribunal do Distrito Federal. *AC/DF, nº 20050110283583*. Relator: Flavio Rostirola. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 16 set 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação nº 0000144-65.2011.8.07.0018*. Des. Fernando Habibe. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 16 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Bloqueio de verbas públicas. *Recurso Especial nº 1069810/RS*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/relatorio-e-voto-24588338>. Acesso em: 17 set 2018.

_____. *Lei Municipal nº 7621 de 2017*. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/467800807/lei-7621-17-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em 17 set 2018.

_____. *Lei nº 8080 de 1990*. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109386/lei-8080-90>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Lei nº 12401\2011*. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1027556/lei-12401-11>. Acesso em: 16 set. de 2018.

_____. *Lei Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28887650/artigo-996-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em 23 set. 2018.

_____. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. *Ação Civil Pública nº 0053368.86.2018.8.19.0001*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/54815>. Acesso em: 23 set. de 2018.

_____. Ministério da Saúde. *Gráfico de investimento em saúde*. Disponível em: ministério da saúde gráfico de investimento na saúde 2007. Acesso em: 23 jul. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALIERI FILHO, *Programa de direito do consumidor*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: CNJ.<http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi. et al. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim. 2010.

DANTAS, Eduardo; COLTRI. Marcos. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Rio de Janeiro: GZ. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Recurso de Terceiro. Juízo de admissibilidade*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Curso de Processo Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

DRESCH, Luís Renato. *A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores*. Disponível em: [www.tjmt.jus.br/ GARANTIA-DE-ACESSO-À-SAÚDE-E-AS-REGRAS-DE-REPARTIÇÃO](http://www.tjmt.jus.br/GARANTIA-DE-ACESSO-A-SAÚDE-E-AS-REGRAS-DE-REPARTIÇÃO). Acesso em: 29 set. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FUNASA. *Fundação Saúde*. Disponível em: www.funasa.gov.br/web/i-ciesa/noticias/-/asset_publisher/xg1TjjMR4EKM/content/-cada-real-gasto-em-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?. Acesso em: 29 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 22. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso completo do Novo Processo Civil*. 4 ed. Niterói. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIMA, Vitor Moreira. *Judicialização das internações hospitalares*: Disponível em: <http://www.aherj.com.br/download/parecer-juiz-vitor-moreira-lima/>. Acesso em: 29 set. 2017.

MADER, Helena. *Dívida milionária ameaça*. Correio Braziliense UTIS. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/12/21/interna_cidadesdf,228685/hospitais-nao-cumprem-decisao-judicial-que-determina-atendimento-em-utis.shtml. Acesso em: 16 ago. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAIXÃO, Juliana Patricio. *O Estado de Coisas inconstitucional na saúde Pública*. 2016, 113 p. Monografia (direito) – Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. *Os direitos dos direitos*. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SALOMÃO, Luiz Felipe. Conjur. *Conciliação ajuda a resolver o problema da judicialização*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/conciliacao-ajuda-resolver-judicializacao-saude-salomao>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice o Social e o Político na Pós-modernidade*. 14 ed. São Paulo: Cortez, 2015.

SHULZE, Clenio Jair. et al. *Direito à saúde: Análise à luz da judicialização da saúde*, Santa Catarina: Verbo, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6.ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2017.

VIANA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999.
