



**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EVOLUÇÃO DA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR  
DOS RES 566.471 E 657.718**

**JUDICIALIZATION OF HEALTH: EVOLUTION OF THE  
JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT FROM RES  
566.471 AND 657.718**

<i>Recebido em:</i>	03/04/2016
<i>Aprovado em:</i>	29/06/2016

**Lara Bonemer Azevedo da Rocha<sup>1</sup>**

**Maria Clara Marussi Silva<sup>2</sup>**

**RESUMO**

A partir da Constituição Federal de 1988 verifica-se que a busca pela efetivação do direito à saúde por meio da prestação jurisdicional é crescente, o que contribuiu para o processo de judicialização da saúde, na medida em que exigiu dos juízes manifestar-se sobre questões tradicionalmente de competência da esfera política. Ao apreciar as controvérsias desta

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Econômico pela PUC/PR, Curitiba/PR, Brasil (Bolsa CAPES). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, Curitiba/PR, Brasil (CNPQ). Editora-Geral RDEmp. Advogada. E-mail: lara@rochaefloriani.com.br

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR. E-mail: lara@rochaefloriani.com.br



natureza submetidas ao Poder Judiciário, verificou-se a prática do ativismo judicial, que afeta a previsibilidade dos contratos de planos de saúde privados e do Sistema Único de Saúde, aumentando os custos de transação que incidem, inclusive, sobre o orçamento público. O presente artigo se propõe a analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação às questões que envolvem a efetivação do direito à saúde e a tendência deste Tribunal em reduzir a judicialização da política e combater o ativismo judicial. Em um primeiro momento, pretende-se a exposição do surgimento dos direitos sociais com enfoque no direito à saúde, de seu caráter prestacional para chegar ao surgimento da judicialização da política. Na sequência, intenta-se demonstrar a prática do ativismo judicial no julgamento de demandas que envolvem o acesso à saúde e sua consequência direta sobre os custos de transação, que gera, como resultado, prejuízos aos próprios consumidores ao aumentar o custo do serviço, seja ele público ou privado. Ao final, serão tecidas considerações sobre o entendimento exarado nos REs 566.471 e 657.718 e suas consequências para a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da judicialização da saúde e do ativismo judicial.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde; Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Custos de Transação; Contratos.

#### ABSTRACT

From the Federal Constitution of 1988 it is verified that the search for the realization of the right to health by means of the judicial service is increasing, which contributed to the process of judicialization of health, inasmuch as it required the judges to express themselves on questions Traditionally within the competence of the political sphere. In assessing the controversies of this nature submitted to the Judiciary, there was the practice of judicial activism, which affects the predictability of the contracts of private health plans and the Unified Health System, increasing transaction costs that even affect the public budget. This article proposes to analyze the evolution of jurisprudence of the Federal

*REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)*

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

ISSN 2318-5732 – VOL. 4, N. 1, 2016



Supreme Court in relation to the issues that involve the realization of the right to health and the tendency of this Court to reduce the judicialization of politics and to combat judicial activism. At first, it is intended the exposition of the emergence of social rights with a focus on the right to health, of its utility in order to arrive at the emergence of the judicialization of politics. The purpose of this paper is to demonstrate the practice of judicial activism in judging demands that involve access to health and its direct consequence on transaction costs, which results in losses to consumers by increasing the cost of the service, It public or private. In the end, considerations will be woven on the understanding set forth in SRs 566.471 and 657.718 and their consequences for the evolution of the jurisprudence of the Federal Supreme Court regarding the judicialization of health and judicial activism. **Key-words:** Judicialization of health; Judicial Activism; Supreme Court; Transaction Costs; Contracts.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o rol dos direitos sociais, compreendidos pelos direitos de todos os cidadãos cuja efetivação é dever primordial do Estado.

Estabeleceu diversas diretrizes e normas para a sua efetivação que, contudo, dependem de ações positivas por parte do Estado para serem concretizadas. Vale dizer, os direitos sociais, caracterizados como direitos prestacionais, exigem considerável dispêndio financeiro por parte do Estado, o que representa um óbice à sua efetivação no plano prático, seja pela insuficiência na arrecadação, pela escolha pública ou pelo desvio de verbas e má gestão dos recursos públicos.

No que se refere ao direito à saúde, a Constituição Federal previu na Seção II que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e



constituem um sistema único financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios além de outras fontes.

No art. 199, previu que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo as instituições privadas participarem de forma complementar do sistema único de saúde, segundo as diretrizes deste e mediante contrato de direito público ou convênio.

Para regulamentar este permissivo constitucional foi sancionada em 1998 a Lei n. 9.656, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e prevê que as entidades privadas previstas na lei estão subordinadas à regulamentação e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, para qualquer modalidade de produto, serviço e contrato. Desta forma, os planos de saúde privados devem seguir as orientações da Lei n. 9.656/1988 e as regulamentações da ANS para a elaboração de seus contratos e oferta de produtos e serviços aos beneficiários.

Contudo, em que pese estas previsões e a oferta de serviços de acesso à saúde pelo Estado, pelo Sistema Único de Saúde, e pelas entidades privadas, compreendidas pelos planos de saúde e operadoras, não raro os cidadãos consideram o acesso à saúde insuficiente ao atendimento das suas necessidades, recorrendo ao Poder Judiciário visando a obtenção de prestações adicionais.

A busca pelo Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, é perceptível, principalmente, pelos pleitos que objetivam a concessão de medicamentos, a autorização para a realização de procedimentos, cirurgias ou ainda, o pagamento de próteses, conforme será estudado neste artigo.

Trata-se da judicialização da saúde, agigantada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que abre espaço para o ativismo judicial. Esta prática, na forma como levada a efeito no Brasil nas lides que envolvem o acesso à saúde tem o condão de desvirtuar o previsto nos contratos de saúde público e privados, aumentando os custos de transação e onerando, ao final, aquele que visava beneficiar, seja pelo aumento da carga



tributária destinada à manutenção do sistema, seja pelo aumento do preço do plano de saúde privado.

Tecidas estas considerações, o presente estudo tem como objetivo a análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao acesso à saúde, até as decisões proferidas nos REs 566.471 e 657.718 que representam uma ruptura no paradigma jurisprudencial da Suprema Corte, estabelecendo novas diretrizes a respeito da obrigação de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado.

A escolha do tema decorre da sua relevância e atualidade pois, conforme se demonstrará, a demanda judicial pela efetivação do direito à saúde é expressiva.

Para o desenvolvimento deste artigo, empregou-se o método hipotético-dedutivo para que, a partir da percepção de uma lacuna nas possíveis soluções ao ativismo judicial que permeia as decisões sobre o direito à saúde, fosse formulada uma hipótese e, por meio do processo dedutivo, testar a predição da ocorrência da possível resposta ao problema.

Instrumentalizou-se a pesquisa com a análise comparativa do histórico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nas questões relativas às prestações do direito à saúde, expondo as alterações apresentadas ao longo dos anos e suas possíveis consequências aos jurisdicionados.

Para dar embasamento teórico ao presente estudo, aplicou-se o método de pesquisa bibliográfica, como tentativa de explicar o caráter prestacional dos direitos sociais e os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, através de teorias publicadas em obras do mesmo gênero, bem como pesquisa legislativa e jurisprudencial.

## **2 O DIREITO À SAÚDE**

### **2.1 HISTÓRICO E CARÁTER FUNDAMENTAL DOS DIREITOS SOCIAIS**



Após as Primeira e Segunda Guerras Mundiais instaurou-se um período de intensa crise de desigualdade social em muitos países, dentre eles o Brasil. Nessa conjuntura e em uma investida para solucionar o problema, surgiram os direitos sociais.

De fato, o resultado jurídico das Grandes Guerras foi a transição do sistema positivista para o pós-positivismo, uma vez constatado que a concepção do ser humano como cidadão não mais seria suficiente para evitar a destruição do homem pelo próprio homem, sendo necessário pensar nos homens também como indivíduos<sup>3</sup>.

Logo em seguida ao final da Segunda Guerra, concluiu-se, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte de inspiração para o Direito Constitucional contemporâneo de vários países. A nova missão do direito, então, passou a ser a transformação social e o “Welfare State”, ou Estado de bem estar social, foi incluído nos textos constitucionais.<sup>4</sup> E é nesse contexto que uma espécie de direitos humanos e fundamentais, os direitos sociais, foram incluídos em nossa Constituição republicana.

Mais especificamente no Brasil, destaca-se também que a Constituição da República Federativa de 1988 (CF/88) foi promulgada em momento de transição de um regime militar autoritário, intolerante e violento para um Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, em uma conjuntura, portanto, de busca de defesa e realização de direitos fundamentais individuais e coletivos, nas mais diversas áreas, mediante reivindicações populares.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> ALVES, Thiago Romagnolo; SEGATTO, Antônio Carlos. *DITADURA DE TOGA? Aspectos do ativismo judicial no STF e a expansão de seus efeitos*. In: IV ENCONTRO CIENTÍFICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIEDADE POLÍTICA, 2013.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o direito?* Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?>>. Acesso em 25/08/2016.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. P. 25.

<sup>6</sup> KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. *Princípio da dignidade da pessoa humana*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830)>. Acesso em 18/08/2015.



Conforme mais detalhadamente explica Ana Claudia Vergamini Luna, os direitos sociais foram inseridos no Título dos Direitos Fundamentais da CF/88 devido à forte participação popular em movimentos sociais que pressionaram a Assembleia Nacional para que se incluísse no texto constitucional suas reivindicações, que posteriormente formariam as diretrizes do Estado Social.<sup>7</sup>

Dessa forma, os direitos sociais são direitos fundamentais do Estado brasileiro, consoante previsto pelo artigo 1º, inciso IV, da CF/88 e estão previstos no artigo 6º da mesma lei, em um rol que abrange, dentre outros direitos, o direito à saúde.

Sobre a característica de direito fundamental dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que, "(...) no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (...) são direitos fundamentais."<sup>8</sup> O Título II da CF/88, importa esclarecer, é denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" e, segundo explica o autor, estando os direitos sociais contidos no capítulo II deste Título, são inegavelmente direitos fundamentais. Assim, considerando que a saúde está incluída no rol de direitos do artigo 6º da CF/88, constitui-se, indene de dúvidas, em um direito social fundamental.

Segundo os ensinamentos de Paulo Bonavides, a CF/88 é essencialmente uma Constituição do Estado Social, que não apenas concede direitos sociais básicos, mas os garante.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: Controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. 2012. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro." apud LEITE, Salomão George; SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. P. 223.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 371.



Acerca da necessidade de garantia dos direitos sociais por parte do Estado e do direito de cada indivíduo exigí-los de seus governantes, consequência direta do caráter prestacional dos direitos sociais, a seguir tratar-se-á mais enraizadamente.

## 2.2 O CARÁTER PRESTACIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Afirmar que os direitos sociais possuem caráter prestacional significa dizer que, sem providências estatais, não há como efetivá-los; percebe-se impossível colocar em prática esses direitos. De acordo com os autores Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Mendes, os direitos sociais, como a saúde, “implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”.<sup>10</sup>

Deste modo, outorgam aos indivíduos as prestações sociais que lhe são necessárias à vida com dignidade, legitimando-os a exigir do Estado ações concretas e imprescindíveis para executar condições fáticas que propiciem o efetivo exercício das liberdades fundamentais que viabilizem a “igualização de situações sociais desiguais”, a fim de que aqueles que possuem menos recursos financeiros possam obter melhor qualidade de vida.<sup>11</sup>

Nesse sentido, verifica-se que, visando tornar efetivos os direitos sociais, a Constituição designa sua promoção ao Poder Executivo por meio da implementação de políticas públicas,<sup>12</sup> que constituem-se no planejamento e nas ações que se esperam do Poder Estatal para que se alcance a eficácia dessas normas de caráter social.

---

<sup>10</sup> SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998. p. 185-186, apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 637.

<sup>11</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2008. P.695 e 696.

<sup>12</sup> VASCONCELLOS, Mariana Vannucci. *Políticas públicas e sua importância para o desenvolvimento*. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. P. 5.



Assim, afirmar que os direitos sociais tem caráter prestacional significa dizer que os mesmos dependem “de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres”.<sup>13</sup>

Importa esclarecer que as políticas públicas traduzem-se em um complexo de ações positivas do Estado que se destinam a satisfazer o interesse social. São diretrizes, ferramentas para intermediar a correspondência entre o Poder Público e a sociedade, elaboradas em documentos legais que direcionam, principalmente, a utilização dos recursos públicos essenciais ao bom desenvolvimento das ações prestacionais estatais.<sup>14</sup>

Reconhece-se, portanto, que para a consubstanciação dos direitos sociais é imperiosa a prestação estatal, depreendendo-se na execução de ações – políticas públicas - para promover o que destina ou pretende a norma em correlação direta a partir das determinações legislativas.

Daniella Santos Magalhães sintetiza este processo da seguinte forma:

Neste sentido, para promover o bem-estar da sociedade, em que pese: educação, lazer, moradia, saúde e outras necessidades de caráter imediato e mediato, o Estado passou a utilizar o recurso do desenvolvimento de políticas públicas que surgem a partir de discussões e decisões tomadas entre o Legislativo e Executivo que são os órgãos diretamente responsáveis pela promoção e defesa dos interesses sociais.<sup>15</sup>

Em suma, tem-se que em primeiro plano a efetivação dos direitos sociais é responsabilidade do Poder Executivo a partir das diretrizes do Poder Legislativo. Contudo,

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder, apud JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2008. P.695.

<sup>14</sup> MAGALHÃES, Daniella Santos. *A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_%20leitura&artigo\\_id=12526](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526)>. Acesso em 30/06/2015. P. 6.

<sup>15</sup> Ibid. P. 6.



ainda que a efetivação dos direitos sociais seja dependente da prestação estatal por meio da implementação de políticas públicas, por vezes verifica-se que essas são insuficientes para satisfazer as necessidades da população brasileira. Nesses casos é que se observa a atuação subsidiária do Poder Judiciário, que envolve não só questões jurídicas, mas muitas vezes também matéria política.

No capítulo a seguir estudar-se-á o processo da judicialização da política, que levou à ocorrência do ativismo judicial, principalmente no que se refere à efetivação do direito à saúde.

### **3 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INFLUÊNCIA NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO**

#### **3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL**

Conforme estudado no capítulo anterior, os direitos sociais dependem da atuação estatal para que possam ser efetivados, atuação essa que ocorre por meio do emprego de políticas públicas pelo Poder Executivo, sempre em observância às diretrizes normativas do Poder Legislativo.

Ocorre que a prestação dos direitos sociais, no entanto, nem sempre é suficiente à satisfação dos anseios da sociedade, o que faz com que os cidadãos busquem a prestação jurisdicional para satisfação de suas necessidades relacionadas à saúde e demais direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Berardino Di Vecchia Neto explica que os compromissos democráticos assumidos pelo Estado no decorrer do século XX trouxeram consigo o desafio de garantir a efetividade da Constituição, incluindo-se nesse compromisso a responsabilidade pela efetividade dos direitos sociais e que foi o Poder Judiciário, órgão essencialmente livre de preferências partidário-políticas, o encarregado de fiscalizar as atividades legislativas, delegando aos



juízes poder de controle normativo e fiscalização, o que desenrolou-se em uma verdadeira jurisdição constitucional.<sup>16</sup>

Deste modo, após a promulgação da CF/88 e a consagração do rol de direitos fundamentais sociais aumentou-se consideravelmente a demanda por justiça na sociedade brasileira. Luís Roberto Barroso explica que isso se deu devido à redescoberta da cidadania, à ascensão da conscientização acerca dos direitos dos cidadãos, à criação de novos direitos sociais que foram positivados na Constituição Federal, ao aumento da legitimação ativa para tutela de interesses judiciais nesse sentido e à introdução de novas ações para a garantia dos direitos sociais à população.<sup>17</sup>

Especialmente pela previsão constitucional dos direitos sociais verificou-se uma maior atuação do Poder Judiciário no deferimento de políticas públicas de caráter social,<sup>18</sup> devido à expansão do entendimento de que, conforme explicam Carneiro e Amilcar,<sup>19</sup> o Estado como um todo – incluindo-se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - tem o dever de interferir na realidade social, efetivando os comandos emergentes na Constituição e adotando uma postura proativa de efetivação de direitos e garantias fundamentais peculiares ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>16</sup> DI VECCHIA NETO, Berardino. *A judicialização da política: o Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais*. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 9.

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 26/08/2015. P. 34.

<sup>18</sup> MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_%20leitura&artigo\\_id=12526](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526)>. Acesso em 26/08/2015. P. 4.

<sup>19</sup> JÚNIOR, Carneiro; ARAÚJO, Almicar. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*/Almicar Araújo Carneiro Júnior; coordenadora Ada Pelledrini, Grinover, Petronio Calmon – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012. P. 2.



E é exatamente desse processo que decorre a judicialização da política, segundo ensina o autor. A partir da previsão constitucional dos direitos sociais, diante da prestação insuficiente pelos Poderes Legislativo e Executivo, houve o aumento das demandas que buscam a efetivação de direitos sociais como a saúde, por exemplo, através do fornecimento de medicamentos, liberação de exames ou procedimentos cirúrgicos etc., diante da crise brasileira de efetividade dos direitos fundamentais<sup>20</sup>. Isso exigiu dos magistrados a tomada de decisões que por vezes traduzem-se em fiscalização de escolhas políticas,<sup>21</sup> pelo que o professor Streck sustenta que “os juízes tem responsabilidade política”.<sup>22</sup>

Sob esse mesmo viés Luís Roberto Barroso explica que uma consequência da promulgação da CF/88 foi justamente a ascensão institucional do Judiciário a partir da previsão constitucional de direitos prestacionais, os quais podem ser exigidos, pelos cidadãos, de seus governantes. Juízes passaram a exercer um papel político junto dos Poderes Executivo e Legislativo, fenômeno que gerou a judicialização de assuntos políticos e sociais que, a partir de então, tiveram nos Tribunais Superiores (especialmente no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior do Trabalho) sua instância decisória final.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> SEGATTO, Antonio Carlos. ABATI, Leandro. *A jurisdição constitucional: instrumento para mudança da realidade de inefetividade e violações dos direitos fundamentais frente à inoperância dos poderes representativos estatais*. In FACCHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino Da. *Temas de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo, SP: Boreal, 2013. P. 22 – 45.

<sup>21</sup> DI VECCHIA NETO, Berardino. *A judicialização da política: o Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais*. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 5.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luis. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o direito?* Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?>. Acesso em 25/08/2016.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 26/08/2015.



Magalhães explica que a partir desse processo o Poder Judiciário infere de forma relevante nas conjunturas da ação política, pelo que passou a exercer cada vez mais frequentemente suas atribuições atípicas.<sup>24</sup>

Evidentemente, o processo de judicialização da política gera a expansão da influência do Poder Judiciário no contexto político-decisório,<sup>25</sup> cenário esse no qual se encontra o Brasil atualmente. Essa ampliação da atuação judiciária, contudo, pode levar a outro fenômeno de atuação judicial, certamente perigoso para a segurança jurídica dos jurisdicionados dependentes dos posicionamentos judiciais para a efetivação de seus direitos sociais, intitulado de ativismo judicial.

É importante frisar, neste oportuno, que a judicialização da política e o ativismo judicial são conceitos distintos e que não se confundem entre si. O primeiro fenômeno, já explanado, é um processo natural decorrente das mudanças político-jurídicas que surgiram como produto das duas Grandes Guerras. O segundo, pelo contrário, nada tem de natural ou esperado em nosso sistema jurídico, caracterizando-se muito mais como um produto da arbitrariedade do Judiciário.

Rocha explica, nesse sentido:

O ativismo (...) pode ser visto como uma consequência (negativa) da judicialização, sem que possa ser confundido com esta, se verifica como o movimento em que o magistrado, baseando seu entendimento em sua própria ideia de justiça, ultrapassa os limites

---

<sup>24</sup> MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_%20leitura&artigo\\_id=12526](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526)>. Acesso em 26/08/2015. P. 8.

<sup>25</sup> DI VECCHIA NETO, Berardino. *A judicialização da política: o Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais*. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. P. 8.



impostos pelo legislador, caracterizando um afastamento de função do órgão jurisdicional.<sup>26</sup>

Em aproximação a esta forma de conceber o ativismo judicial, Lenio Streck afirma:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados [...]).<sup>27</sup>

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial ocorre quando os juízes utilizam-se de suas próprias convicções pessoais, em detrimento das normas e princípios basilares constitucionais, para conceber sua ideia particular de justiça e aplicá-la em suas decisões.

Pela prática ativista, então, o magistrado ultrapassa as linhas democráticas entre política e direito, passando a proferir decisões de cunho estritamente político, de modo a relativizar disposições legais e jurisprudenciais, bem como os contratos privados,<sup>28</sup> o que prejudica, ainda, a previsibilidade necessária ao cálculo dos custos de transação, conforme demonstrar-se-á a seguir.

### 3.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

Rocha afirma que, na impossibilidade de os contratos, como os de planos de saúde, preverem todas as eventualidades que possam inviabilizar o bom desenvolvimento desses negócios, as partes acabam por utilizar-se de contratos mais incompletos devido a esta falta

---

<sup>26</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015. P. 85.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 123.

<sup>28</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. op. cit. P. 84.



de previsibilidade, o que ao final os encarece, uma vez que os custos não previstos incidem sobre a negociação.<sup>29</sup>

Nesse sentido, explica que pelo ativismo judicial que impede uma previsibilidade das decisões judiciais no Brasil, “os indivíduos não têm condições de antever os efeitos de suas condutas, o que tem como consequência o aumento dos custos de transação e, em determinados casos, a inviabilização de negócios (...).”<sup>30</sup>

Assim, importante relembrar que a análise dos custos de transação teve início com os estudos Ronald Coase, mais especificamente no artigo de sua autoria intitulado “O problema do custo social”, escrito em 1960, que aborda as ações das *business firms* que geram efeitos prejudiciais a terceiros.<sup>31</sup>

Mas foi Williamson quem, a partir de 1971 e com base nos trabalhos de Coase e de Kenneth Arrow, deu início ao estudos pioneiro de generalização da abordagem sobre a questão dos custos de transação no contexto dos mercados e hierarquias. No ano de 1985 Williamson publicou o livro “*The economic institutions of capitalism*”, que dedica o capítulo inicial ao exame dos custos de transação na economia.<sup>32</sup>

Em suas publicações, Williamson defende que as instituições econômicas do capitalismo têm como principal propósito e efeito economizar os custos de transação. Nesse sentido, explica que os custos de transação são aqueles que analisam os custos *ex ante* e *ex post*, de modo que os primeiros são os custos de redigir, negociar um acordo; Os segundos, aqueles que acontecem após o contrato e podem estar ligados ao não cumprimento da avença, à posição da justiça sobre o tema e etc.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015. P. 118.

<sup>30</sup> Ibid. P. 117.

<sup>31</sup> COASE, Ronald. H. *O problema do custo social*. In: *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Issue 1, Article 9, University of Chicago, 2008. P. 1-35.

<sup>32</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, P. 14.

<sup>33</sup> Ibid. P. 14 e 18.



Deste modo, tem-se que, ao celebrar um contrato, as partes tendem a buscar, inicialmente, o máximo de certeza possível quanto ao total cumprimento do mesmo. Almejam, de início, formular um contrato que se poderia denominar completo.

Contudo, esta completude contratual não se conforma à realidade, haja vista a impossibilidade de previsão, pelas partes, de todos os acontecimentos que podem ocorrer no decorrer do contrato. Ademais, há certas situações em que as próprias partes desejam que restem algumas lacunas contratuais, porque o cumprimento do acordo pode estar ligado a algum fato futuro ou incerto.

Ainda assim, é importante aos contratantes obter o mínimo de previsibilidade de que as cláusulas contratuais serão observadas por ambos, conforme o pactuado. No caso de efetivação do direito à saúde através dos planos de saúde, o consumidor decide arcar com o pagamento de determinado valor monetário a fim de obter melhores prestações de tratamentos e medicamentos. Em contrapartida, o plano de saúde oferece várias opções de contratos que abarcam, em maior ou menor proporção, tratamentos variados, opções diferenciadas de leitos, coberturas cirúrgicas e etc.

É claro que, optando por um plano mais completo – ou seja, que abarque maiores opções de procedimentos e acomodações, por exemplo -, o consumidor acaba por concordar em arcar com um custo mais elevado por estes benefícios. Caso considere que não pode se desprender de determinado valor monetário ou que não necessita de todos os benefícios oferecidos, poderá optar por contratos que envolvam menos opções de tratamentos, ou até mesmo por manter-se segurado do Sistema Único de Saúde (SUS), oferecido gratuitamente pelo Estado.

Portanto, a partir da contratação de determinado plano de saúde assume-se que o indivíduo tenha concordado com os benefícios oferecidos em seu contrato pessoal, satisfazendo-se com tais ofertas.



Ocorre, contudo, que no momento em que determinada enfermidade ou acidente mais grave acomete os dependentes, estes, muitas vezes, pleiteiam o pagamento de seu tratamento dos planos de saúde particulares ou até mesmo do SUS, ainda que não conste em seu contrato a previsão de cobertura daquele procedimento específico de que o enfermo necessita.

Assim, acabam por buscar o Poder Judiciário a fim de conseguir tratamentos ou medicamentos não cobertos pelo SUS ou pelos planos particulares, e é nesse momento, no que se refere à efetivação do direito à saúde, que por vezes percebe-se o comportamento ativista dos magistrados.

É que, apesar de os tratamentos ou remédios solicitados não se enquadrarem no rol de prestações oferecidas pelos planos de saúde particulares ou pelo SUS, alguns juízes escolhem ignorar os contratos e, com base no direito fundamental à saúde, decidem atender ao pleito judicial.

Essa atitude, contudo, em muito prejudica não só o Poder Público, que estabelece seu plano de gastos, separando o montante que será destinado à saúde, para todo um ano, mas também os planos de saúde particulares, que confiando no cumprimento das cláusulas contratuais, haviam cobrado menores valores de seus clientes devido à ausência de cobertura de certos procedimentos que, posteriormente, estariam sendo deferidos pelo Judiciário, invalidando-se, assim, as disposições do contrato.

Deste modo, os custos de transação na formulação dos contratos de plano de saúde acabam por sofrer aumento gradativo, o que é certamente repassado ao consumidor como uma espécie de seguro contra possíveis decisões ativistas. Afinal, vale lembrar que os planos de saúde são empresas que visam lucro, conforme relembra Rocha acerca dos contratos de planos de saúde:



Neste tipo de contrato, o objetivo primordial, desde que garantido o fornecimento das coberturas obrigatórias pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, é o de obter lucro com o exercício da atividade empresarial, o que é constitucionalmente permitido. (...) quando compelido judicialmente a prestar um serviço não previsto no contrato, há potenciais efeitos quanto à expectativa de lucratividade e provavelmente um repasse de custos para os demais usuários, especialmente quando diante de novos associados.<sup>34</sup>

O ativismo judicial, então, prejudica a previsibilidade da real cobertura dos contratos de plano de saúde, o que torna o cálculo dos custos de transação mais onerosos que o usual, resultando, ao final, em prejuízo para os próprios consumidores em geral, pois a eles são repassados esses custos.

Para averiguar o ativismo judicial que influencia nos custos de transação dos planos de saúde, tanto particulares quanto o próprio SUS, a seguir analisar-se-á a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da efetivação do direito à saúde.

#### **4. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

##### **4.1 DECISÕES DE DESTAQUE AO LONGO DOS ANOS**

Segundo já mencionado, desde a promulgação da CF/88, ao longo dos anos a demanda judicial pela efetivação do direito à saúde é crescente e os Tribunais Superiores foram compelidos a se manifestar sobre o tema. Assim, analisar-se-á algumas de suas decisões mais importantes e a evolução do pensamento dos ministros acerca da efetivação do direito à saúde.

---

<sup>34</sup> ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015. P. 93.



Laís de Araújo Primo explica que algumas decisões judiciais referentes à efetivação dos direitos sociais são consideradas ativistas pois ignoram contratos particulares e diretrizes políticas pré-estabelecidas pelos demais Poderes, o que se verificou, principalmente, na década de 1990:

Na década de 90 e no início dos anos 2000, imbuídos do propósito de conferir plena efetividade às normas da Constituição recém promulgada, os Tribunais Superiores proferiram decisões em defesa da saúde – e dos direitos sociais, em geral –, sem qualquer consideração quanto às questões financeiras, orçamentárias, bem como quanto aos princípios da universalidade e isonomia que regem o sistema de saúde pública.<sup>35</sup>

A autora, então, relembra o Recurso Extraordinário n. 271.286/RS<sup>36</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a obrigação do Município de Porto Alegre de

---

<sup>35</sup> PRIMO, Laís de Araújo. *Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55658&seo=1>>. Acesso em: 02/11/2016.

<sup>36</sup> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.



fornecer gratuitamente medicamentos a favor de portadores hipossuficientes do vírus HIV, no ano de 2000. A partir dessa decisão, então, o município se viu obrigado a criar políticas públicas para fornecimento gratuito de remédios de combate ao HIV, não a partir de uma legislação específica, mas devido à determinação do Supremo.

É certo que existe previsão constitucional sobre o direito à saúde e que, em se tratando de um direito social, é responsabilidade do Estado efetivar esse direito aos cidadãos, consoante já relatado. Entretanto, ainda assim o Poder Público possui o condão de direcionar seus recursos financeiros por meio de políticas públicas, o que não ocorreu nesse caso em comento, pois teve de se adequar à ordem judicial.

No mesmo sentido, Primo menciona a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 195.192<sup>37</sup> que admite, em face do Poder Público, igual dever de conceder remédios a criança que sofria de doença rara, destacando um trecho do voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, que “traduz fielmente o espírito da Suprema Corte naquele momento”:

---

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - **O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República** (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) (Grifo nosso)

<sup>37</sup> MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195192, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266)

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

ISSN 2318-5732 – VOL. 4, N. 1, 2016



O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente (...).<sup>38</sup>

Relembra a autora, também, o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do Recurso Extraordinário n. 150.764-1, que trata da seguridade social que, apesar de não tratar do tema aqui estudado – efetivação do direito à saúde -, tem o condão de demonstrar a despreocupação dos Ministros do Supremo, à época, quanto às questões orçamentárias do planejamento público para os direitos sociais:

Senhor Presidente, não me preocupa o problema de caixa do erário, como também não preocupa aos demais ministros que integram esta Corte. Preocupa-me, sim, a manutenção da intangibilidade da ordem constitucional.

Com o passar do tempo o entendimento dos Ministros foi se alterando gradativamente, conforme se observa pelo posicionamento manifestado na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175<sup>39</sup>, que versa sobre um tratamento de saúde estimado em R\$59.000,00 (Cinquenta e nove mil reais) destinado a aumentar a qualidade de vida de uma jovem de vinte e um anos de idade que portava doença neurodegenerativa rara, através da droga Zavesca. O medicamento, contudo, não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, conseqüentemente, sua comercialização era proibida no Brasil.

<sup>38</sup> PRIMO, Laís de Araújo. *Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55658&seo=1>>. Acesso em: 02/11/2016.

<sup>39</sup> Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)



Nesse caso, foi deferida a tutela antecipada para fornecimento da droga e no decorrer da ação a reprodução do remédio foi permitida no país, mas ainda assim não fazia parte do rol de medicamentos constantes nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, uma vez que de alto custo e não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Também durante o período em que tramitou a ação ocorreu a Audiência Pública – Saúde, realizada no STF nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, que seria utilizada como base da decisão proferida no julgamento do agravo regimental que estaria por vir.

É que a União, então, requereu a reforma da decisão de antecipação de tutela, alegando grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, ressaltando a exclusiva função da Administração de definir políticas públicas.

No julgamento deste pleito, o Ministro Gilmar Mendes declarou:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (...). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Mais adiante, afirmou que a partir da audiência pública realizada no Tribunal percebeu-se que:



Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Ao final, foi negado provimento ao agravo regimental da União, mas a argumentação exposta no inteiro teor da decisão serviu como marco da evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da efetivação judicial dos direitos sociais, pois demarcou parâmetros importantes para evitar o ativismo judicial, como por exemplo, observar se o medicamento pleiteado é autorizado pela ANVISA, a motivação do SUS em não fornecer aquele remédio específico dentre outros.

#### 4.2 DECISÕES ATIVISTAS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A decisão do STF a pouco comentada foi tida como parâmetro para os Tribunais no julgamento dos pedidos de efetivação do direito à saúde. Ainda assim, houve juízes que decidiram não observá-la.

É o caso do fornecimento de medicamentos experimentais, como ocorreu recentemente com a droga fosfoetalamina sintética, que era produzida pelo Instituto de Química da USP de São Carlos. O juízo da Vara da Fazenda Pública de São Carlos determinou, na sentença do processo nº 1010266-58.2015.8.26.0566, proferida aos 22 de janeiro de 2016, a concessão desse medicamento à Requerente, acometida de câncer, ainda que não autorizada pela ANVISA a distribuição do mesmo.



Em sentido diverso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo indeferiu, aos 30 de março de 2016<sup>40</sup>, o fornecimento do mesmo remédio, sob o argumento de que se tratava de droga experimental.

Inegável, a partir do conhecimento desses posicionamentos judiciais, a insegurança jurídica que sofre o jurisdicionado quando busca a efetivação de seus direitos sociais, face a decisões ativistas que ora atentam-se a um posicionamento doutrinário, ora a outro completamente inverso.

Também em relação aos planos de saúde encontram-se decisões ativistas. No estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, percebeu-se que, mesmo que expressamente excluído do plano de saúde o procedimento demandado pelo cliente, este ajuíza ação contra o plano de saúde para exigir a prestação desse procedimento e os julgadores, em repetidas decisões, decidem relativizar os contratos e determinar que os planos de saúde arquem com as custas de tratamentos não pactuados.

Esse é o posicionamento empregado pelas 8<sup>a</sup><sup>41</sup>, 9<sup>a</sup><sup>42</sup> e 10<sup>a</sup><sup>43</sup> Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja competência especializada envolve as ações decorrentes de planos de saúde<sup>44</sup>, e referendado pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – TUTELA ANTECIPADA – MEDICAMENTOS – FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO – TRATAMENTO EXPERIMENTAL – INADMISSIBILIDADE.

1. A antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial pressupõe a concorrência dos requisitos da verossimilhança do alegado em face da existência de prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, caracterização de abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC).

2. Direito à saúde. Tratamento experimental. Fosfoetanolamina sintética. Substância produzida pelo Instituto de Química de São Carlos da USP. Fornecimento pelo Estado. Ausência de verossimilhança pela inexistência de prova inequívoca do alegado direito. Tutela antecipada indeferida. Admissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP. AI 20441204120168260000 SP 2044120-41.2016.8.26.0000. 9<sup>a</sup> Câmara de Direito Público. Relator Décio Notarangeli. Julgado aos 30/03/2016. Publicado aos 30/03/2016).

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1161880-3*. 8<sup>a</sup> Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 29/05/2014. DJ 20/08/2014. Disponível em: [http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra\\_11722252](http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra_11722252). Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1067673-0*. 8<sup>a</sup> Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em: 3/10/2013. Publicado em: 13/12/2013. Disponível



em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11578793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1067673-0>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1126367-3*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Publicado em: 25/11/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11566634/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1142896-9*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 08/05/2014. Publicado em: 04/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11710201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>. Acesso em: 29 out. 2014.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1179529-0*. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Publicado em: 15/04/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 612737-5*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 04/03/2010. Publicado em: 29/03/2010. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1925366/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1114170-9*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11674381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1114170-9>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1131247-9*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 03/07/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664527/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1063035-4>. Acesso em: 29 out. 2014.

<sup>43</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1122762-2*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 15/04/2015. Publicado em: 18/06/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11680355/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1122762-2>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 898846-1*. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 31/05/2012. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11282393/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-898846-1>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1108878-3*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 10/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664313/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1108878-3>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1089505-1*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 05/06/2015. Publicado em: 29/07/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11705727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089505-1>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1149195-5*. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718805/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1149195-5>. Acesso em: 29 out. 2014.

<sup>44</sup> Cf. art. 90, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

“Art. 90. Às Câmaras Cíveis serão distribuídos os feitos atinentes a matéria de sua especialização, assim classificada:

[...]

IV - à Oitava, à Nona e à Décima Câmara Cível:

[...]

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

ISSN 2318-5732 – VOL. 4, N. 1, 2016



Percebe-se, então, quer seja pela inobservância do posicionamento do STF acerca da não concessão de drogas experimentais, quer seja pela desconsideração de contratos de plano de saúde cuja cobertura de procedimentos foi previamente pactuada e acordado entre o consumidor e o plano, o Judiciário vem demonstrando comportamento ativista que torna tanto as empresas como os próprios jurisdicionados inseguros juridicamente, uma vez que não possuem condições de obter qualquer previsibilidade acerca dos resultados das demandas que visam a efetivação do direito social à saúde.

#### 4.3 O ATUAL DEBATE ACERCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO STF

Diante dessa conjuntura no Judiciário brasileiro, os Ministros do Supremo estão analisando os Recursos Extraordinários (REs) 566.471 e 657.718, que versam sobre o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).<sup>46</sup>

---

c) ações relativas a contrato de seguro de qualquer natureza, inclusive as execuções dele derivadas e as ações decorrentes de plano de saúde;

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 962.980/SP*. 4ª Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em: 13/03/2012. DJe 15/05/2012. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num\\_registro=2000701448355&data=20120515&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num_registro=2000701448355&data=20120515&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 962.980/SP*. 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 15/03/2007. DJe 02/04/2007. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num\\_registro=200400999090&data=2007040&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num_registro=200400999090&data=2007040&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 14.813/MG*. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 05/08/2011. Publicado em: 07/08/2011. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num\\_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014;

<sup>46</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 30 set. 2016.

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

ISSN 2318-5732 – VOL. 4, N. 1, 2016



Em sessão ocorrida no dia 15 de setembro de 2016, o ministro Marco Aurélio, relator de ambos os REs, votou negando provimento a ambos os recursos<sup>47</sup>, proferindo o entendimento de que, nas hipóteses que envolvem o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis no rol de medicamentos supridos pelo SUS, o Estado pode sim ser compelido a fornecê-los, contanto que constatadas a indispensabilidade daquela droga específica e a falta de recursos do doente e sua família para adquiri-los, e que o Estado não pode ser coagido a suprir medicamentos sem registro na Anvisa.

Já na sessão do dia 28 de setembro de 2016 o Ministro aditou seu voto da seguinte forma, ressaltando o direito de regresso:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.<sup>48</sup>

Na mesma data, o ministro Luís Roberto Barroso expressou seu voto-vista, no qual priorizou a questão da judicialização da matéria, afirmando que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”, defendendo que a justiça somente intervenha em casos extremos.

---

<sup>48</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal, relator Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471/RN, proferido aos 28 set. de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>. Acesso em 07 nov. de 2016.



Afirmou que o papel do Judiciário é tão somente “efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS” e que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não garantidos pelo SUS.

O ministro sugeriu, então, cinco condições cumulativas a serem analisadas pelo Poder Judiciário para o deferimento de prestação relativa à saúde:

(...) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.<sup>49</sup>

Assim, Barroso decidiu pelo desprovimento do RE 566471 – acerca da viabilização de medicamentos de custo elevado e não constantes da lista SUS –, elaborando a seguinte tese de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”.

No que concerne ao RE 657718 – sobre a viabilização de remédios não disponíveis na listagem da Anvisa –, manifestou-se no sentido de que, regra geral, o Estado não deve ser coagido a fornecer remédios sem registro na Anvisa através de decisões judiciais, uma vez que “o registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública (...)”.

Sobre o assunto, o ministro sugeriu a seguinte tese de repercussão geral:

---

<sup>49</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471/RN, proferido aos 28 set. de 2016.



O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>50</sup>

Por fim, o ministro Edson Facchin votou pelo provimento parcial do RE 566.471, ao afirmar que configura-se em ofensa a direito individual líquido e certo a falha em sua prestação, sempre que, injustificadamente, verifique-se a demora em sua implementação, pelo que sugeriu também cinco critérios para que seja demandado do Poder Judiciário o fornecimento e pagamento por drogas ou tratamentos de saúde, quais sejam:

1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, proferido aos 28 set. de 2016.

<sup>51</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Facchin no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471/RN, proferido aos 28 set. de 2016.



Em relação ao RE 657.718, o ministro manifestou-se pela efetivação da garantia do direito à saúde pelo Poder Judiciário segundo os seguintes parâmetros:

1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível).<sup>52</sup>

Ao final, sugeriu a tese de que:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.<sup>53</sup>

Atualmente os autos de ambos os REsp estão conclusos ao Ministro Teori Zavascki, que pediu vista dos mesmos.

É importante destacar que, por meio deste julgamento, o STF estabelece parâmetros a serem observados pelos demais magistrados, principalmente após a implementação do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015)<sup>54</sup>, o que pode contribuir, consubstancialmente, ao aumento da segurança jurídica nas questões relacionadas à efetivação do direito à saúde.

---

<sup>52</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Facchin no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, proferido aos 28 set. de 2016.

<sup>53</sup> Conforme aditamento voto do ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Facchin no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, proferido aos 28 set. de 2016.

<sup>54</sup> Código de Processo Civil de 16 de março de 2015.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:



Afinal, conforme exposto, as sociedades e empresas, como os planos de saúde, buscam, na medida do possível, antecipar os efeitos de suas decisões de acordo com a orientação da jurisprudência na efetivação do direito à saúde. Trata-se de uma conduta que visa, inclusive, reduzir os custos transacionais a fim de viabilizar as trocas.

Caso realmente os parâmetros estabelecidos pelo STF no julgamento de ambos esses REs seja aplicado pelos demais juízes, o que certamente se espera, principalmente após a entrada em vigor do CPC/2015, tanto os cidadãos como os planos de saúde poderão, tendo mais previsibilidade e reduzidos os custos de transação, acordar em ofertas de coberturas mais acessíveis à população no geral. Espera-se, assim, que a posição do Supremo se estenda também a outros assuntos que tem sido prejudicados na prática pelas decisões ativistas.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, considera-se ter o STF desenvolvido mudanças benéficas, no geral, em seu posicionamento acerca da prestação judicial do direito à saúde. Vislumbra-se que os votos até agora proferidos nos REs 566.471 e 657.718 demonstraram, em relação à efetivação do direito social à saúde, preocupação com a segurança jurídica e com a contenção do ativismo judicial, tratando da judicialização da política com cautela, ao estabelecer requisitos a serem observados nos pleitos por medicamentos de alto custo não

---

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.



disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

As decisões do Supremo na década de 1990 eram completamente ativistas pois desconsideravam desde previsões contratuais, plano orçamentário, políticas públicas e até mesmo a lista de medicamentos aprovados pela Anvisa – e, portanto, com atestado de segurança e funcionalidade – sob o argumento de proteção ao direito à saúde a qualquer custo.

A partir da década de 2000, as decisões passaram ter critérios um pouco mais concretos, principalmente a partir do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, aos 17 de março de 2010, cuja argumentação estabeleceu critérios importantes de contenção do ativismo judicial e que serviram como base no julgamento de pleitos que visassem a efetivação do direito à saúde.

Ainda assim, não foi unânime o emprego dessas diretrizes nos julgamentos de pleitos pela prestação jurisdicional do direito à saúde conforme mencionou-se a título exemplificativo os casos de deferimento da droga fosfoetilonamina sintética, cujo fornecimento não fora autorizado pela ANVISA, em posição manifestamente contrária à do Supremo.

A boa notícia é que os votos até agora proferidos nos REs 566.471 e 657.718 evidenciam a preocupação com o ativismo judicial e a judicialização da política, demonstrando a intenção do Tribunal em conter esses fenômenos nos casos que envolvem a prestação do direito à saúde.

Espera-se de forma otimista que esse mesmo processo de desenvolvimento do pensamento seja empregado nas demandas judiciais que visam procedimentos não previstos pelos contratos de planos de saúde, em preservação à segurança jurídica contratual e contenção do aumento dos custos de transação, em ação para diminuir a judicialização da política e conter o ativismo judicial no Brasil.



## REFERÊNCIAS

ABATI, Leandro; SEGATTO, Antonio Carlos. *A jurisdição constitucional: instrumento para mudança da realidade de inefetividade e violações dos direitos fundamentais frente à inoperância dos poderes representativos estatais*. In FACCHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino Da. *Temas de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo, SP: Boreal, 2013. P. 22 – 45.

ALVES, Thiago Romagnolo; SEGATTO, Antônio Carlos. *DITADURA DE TOGA? Aspectos do ativismo judicial no STF e a expansão de seus efeitos*. In: IV ENCONTRO CIENTÍFICO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIEDADE POLÍTICA, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. **(Syn)Thesis** (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11/11/2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 10.08.2015.



\_\_\_\_\_. *Resolução nº 01 de 05 de julho de 2010. Regimento interno do Tribunal de Justiça do estado do Paraná.* Disponível em:

<<https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/37770/Regimento+Interno.pdf/92b2ab2f-4210-4ee7-9d86-db31c76ed4a7?version=1.4>>. Acesso em: 08/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 962.980/SP.* 4ª Turma. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em: 13/03/2012. DJe 15/05/2012. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num\\_registro=2000701448355&data=20120515&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num_registro=2000701448355&data=20120515&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Especial nº 962.980/SP.* 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 15/03/2007. DJe 02/04/2007. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num\\_registro=200400999090&data=2007040&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num_registro=200400999090&data=2007040&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Agravo em Recurso Especial nº 14.813/MG.* Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 05/08/2011. Publicado em: 07/08/2011. Disponível em: [http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num\\_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agr no Recurso Extraordinário nº 271286.* 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 12/09/2000. DJe 24/11/2000 PP-00101. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 08/11/2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 195192.* 2ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 22/02/2000, DJe: 31/03/2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *AgR na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.* Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 17/03/2010, DJe: 29/04/2010. Disponível em:



<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 08/11/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1161880-3*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 29/05/2014. DJ 20/08/2014. Disponível em: [http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra\\_11722252](http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra_11722252). Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1067673-0*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em: 3/10/2013. Publicado em: 13/12/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11578793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1067673-0>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1126367-3*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Publicado em: 25/11/2013. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11566634/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1142896-9*. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 08/05/2014. Publicado em: 04/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11710201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1179529-0*. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Publicado em: 15/04/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 612737-5*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 04/03/2010. Publicado em: 29/03/2010. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1925366/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>. Acesso em: 29 out. 2014.



\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1114170-9*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11674381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1114170-9>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1131247-9*. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 03/07/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664527/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1063035-4>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1122762-2*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 15/04/2015. Publicado em: 18/06/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11680355/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1122762-2>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 898846-1*. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 31/05/2012. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11282393/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-898846-1>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1108878-3*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 10/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664313/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1108878-3>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1089505-1*. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 05/06/2015. Publicado em: 29/07/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11705727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089505-1>. Acesso em: 29 out. 2014.



\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Apelação Cível 1149195-5*. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718805/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1149195-5>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 20441204120168260000 SP 2044120-41.2016.8.26.0000*. 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Décio Notarangeli. Julgado em: 30/03/2016. DJe em: 30/03/2016.

COASE, Ronald. H. *O problema do custo social*. In: **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Vol. 3, Issue 1, Article 9, University of Chicago, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder apud JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2008.

DI VECCHIA NETO, Berardino. *A judicialização da política: o Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais*. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

JÚNIOR, Carneiro; ARAÚJO, Almicar. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*/Almicar Araújo Carneiro Júnior; coordenadora Ada Pelledrini, Grinover, Petronio Calmon – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2012.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivim, 2008.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. *Princípio da dignidade da pessoa humana*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7830](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830)>. Acesso em 18 de agosto 2015.



LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais: Controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades*. 2012. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

MAGALHÃES, Daniella Santos. *A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_%20leitura&artigo\\_id=12526](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526)>. Acesso em 30 de jun. 2015.

PRIMO, Laís de Araújo. *Ativismo judicial e direito à saúde: análise crítica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 16 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55658&seo=1>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. apud LEITE, Salomão George; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SARMENTO, 2016, P. 15. apud GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Origens, conceito e características dos Direitos Sociais: Uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão*, 2009. Disponível em: <[www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/.../Origens%20Dir%20Sociais.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/.../Origens%20Dir%20Sociais.doc)>. Acesso em: 4 de out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o direito?* Revista Consultor Jurídico, 28 de agosto de 2014. Disponível em:

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

ISSN 2318-5732 – VOL. 4, N. 1, 2016



[http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?](http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito) Acesso em 25 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 30 set. 2016.

VASCONCELLOS, Mariana Vannucci. *Políticas públicas e sua importância para o desenvolvimento*. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *Transaction Cost Economics, in The Economic Institutions of Capitalism*, New York: The Free Press, p. 15-41.