

Ministério da Saúde

FIOCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz



ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA
SERGIO AROUCA
ENSP

Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas

**A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do plantão do
Poder Judiciário**

Rio de Janeiro

2019

Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas

**A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do plantão do
Poder Judiciário**

Dissertação elaborada no Curso de Mestrado Profissional em Justiça e Saúde e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em saúde pública. Convênio firmado entre a Fiocruz- ENSP e a Escola da Magistrado do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Dr. José de Carvalho Noronha

Coorientadora: Profa. Dra. Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Rio de Janeiro

2019

Catálogo na fonte

Fundação Oswaldo Cruz

Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde

Biblioteca de Saúde Pública

C433j Chagas, Flávia de Azevedo Faria Rezende.
A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do
plantão do Poder Judiciário / Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas.
-- 2019.
136 f. : il. color. ; graf.

Orientador: José de Carvalho Noronha.
Coorientadora: Maria Aglaé Tedesco Vilardo.
Dissertação (mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola
Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2019.

1. Direitos Civis. 2. Poder Judiciário. 3. Judicialização da Saúde. 4.
Jornada de Trabalho em Turnos. 5. Tutelas Provisórias. I. Título.

A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do plantão do Poder Judiciário

Dissertação elaborada no Curso de Mestrado Profissional em Justiça e Saúde e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde, da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em saúde pública. Convênio firmado entre a Fiocruz- ENSP e a Escola da Magistrado do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Aprovada em: 17/05/2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Flávia de Almeida Viveiros de Castro

Vinculação: Doutora em Direito pela UERJ, Pós-Doutora em Direito pelo Instituto Jus Gentium da Universidade de Coimbra

Profa. Dra. Maria Aglaé Tedesco Vilaro – Coorientadora

Vinculação: Doutora em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva associação UERJ, UFRJ, UFF e FIOCRUZ

Profa. Dra. Lúcia Regina Florentino Souto

Vinculação: doutorado em saúde pública pela escola nacional de saúde pública Sérgio Arouca da fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ)

Prof. Dr. José Carvalho de Noronha (Orientador)

Doutor em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Rio de Janeiro

2019

*A Rafael, Manuela e Mateus
que são a realidade dos meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos da ENSP/Fiocruz pela dedicação ao curso de mestrado, aos meus orientadores pela paciência e carinho de sempre, aos colegas de mestrado, que tornaram os dias de segunda e sextas-feiras tão bons que o tempo passou rápido demais, mas não poderia esquecer das pessoas que ficaram nos bastidores, porém sem elas a conclusão do meu curso não teria ocorrido, são elas: Daniele Oliveira - a guardiã do meu lar; Tatiana Soares Maia dos Santos e Elen Batista Lins, que são servidoras públicas de escol, muito além de qualquer elogio e aos demais integrantes da 3ª Vara Cível Regional de Alcântara por diariamente buscarem melhorar o serviço público fluminense.

RESUMO

O plantão judiciário noturno, instituído no âmbito dos tribunais brasileiros por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que modificou o art. 93, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, permite o ingresso de ações mesmo durante a madrugada, nos moldes estabelecidos na 33/2014 do TJRJ, o plantão somente pode ser utilizado em situação de urgência, sendo recorrente a requisição da concessão de tutelas provisórias. No tocante ao direito fundamental à saúde, quando há o risco de perecimento do indivíduo acometido por moléstia, a morosidade nas decisões judiciais pode agravar o problema de saúde. Nesse contexto, a tutela de urgência em caráter antecedente, inovação do CPC/2015, se encaixaria no panorama do plantão noturno do Judiciário e poderia evitar uma judicialização desnecessária. O presente estudo, realizado em sede de dissertação de mestrado, teve por objetivo abordar a judicialização da saúde e os seus impactos no plantão noturno, sob a perspectiva da atuação do Poder Judiciário a respeito da concessão ou da negativa de pedidos fundamentados no direito à saúde. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, em análise qualitativa, por meio da revisão doutrinária e jurisprudencial, além da legislativa, bem como apresentou /dados colhidos nos meses de janeiro e junho de 2017, referentes ao plantão noturno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ, em forma quantificada em gráficos. Os resultados mapeados apontaram que mais da metade dos pedidos apresentados durante o plantão noturno se referem a questões de saúde, pública ou privada, bem como estavam combinados com requisições de tutela provisórias de urgência, evidenciando índices elevados de judicialização em questões de saúde. Por fim, o presente estudo também desejou oferecer uma humilde contribuição aos debates sobre o direito à saúde como uma garantia fundamental, numa realidade ainda distante da devida segurança jurídica que se espera de uma Democracia fundada no Estado de Direito.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; tutelas provisórias; judicialização, saúde; plantão judiciário noturno.

ABSTRACT

The judicial nocturnal duty, established in the scope of the Brazilian courts through Constitutional Amendment 45/2004, which modified the article 93, XII, of the Federal Constitution of 1988, began to provide for judicial activity as being uninterrupted and made it possible to file petitions even during the night, especially when the request under discussion refers to some legal object involved in an emergency, requesting the grant of summary judgements. With regard to the fundamental right to health, when the risk of death of the individual affected by illness can be aggravated by delays in judicial decisions, the emergency guardianship in the of the summary judgements gains even more space in the panorama of nocturnal duty of the Judiciary. Therefore, the present study, carried out in a master's thesis, had as objective to approach the judicialization of health and its impacts in the night duty, from the perspective of the Judiciary's action regarding the granting or refusal of requests based on the right to health. For this, the work used the hypothetical-deductive method, in qualitative analysis, through the doctrinal and jurisprudential revision, besides the legislative, as well as presented data collected between the months of January to June of 2017, referring to the night shift of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro - TJRJ, in quantified form in graphs. The results showed that more than half of the requests submitted during the night shift refer to health issues, public or private, and were combined with urgent requests for guardianship, evidencing high levels of judicialization in health matters. Finally, the present study also wished to offer a humble contribution to the debates on the right to health as a fundamental guarantee, in a reality still far from the due legal certainty that is expected of Democracy based on the Rule of Law.

Keywords: Access to justice; provisional guardianships; judicialization, health; Judiciary's nocturnal duty.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Gráfico do total de processos distribuídos em sede de plantão noturno nos meses de janeiro e junho de 2017.....	78
Gráfico 2: Gráfico apresentando o número de ações por propositor em matéria de saúde no plantão noturno do TJRJ e o número de pedidos de tutela provisória de urgência em caráter antecedente.....	79
Gráfico 3: Gráfico apresentando atividades e procedimentos complementares nos pedidos de saúde formulados durante o plantão noturno do TJRJ.....	81
Gráfico 4: Principais demandados em saúde suplementar, durante o plantão judiciário noturno do TJRJ, entre janeiro e junho de 2017.....	88
Gráfico 5: Gráfico contendo o índice de processos e os respectivos entes públicos demandados durante os meses de janeiro e junho de 2017 em sede de plantão judicial no TJRJ.....	90

LISTA DE ABREVIATURAS

AMIB	Associação de Medicina Intensiva Brasileira
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CNES	Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MS	Ministério da Saúde
OAPS	Observatório de Análise Política em Saúde
ONG	Organização não-Governamental
PPP	Participação Público-Privada
SUS	Sistema Único de Saúde
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
UFBa	Universidade Federal da Bahia
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO	19
3	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUA EXPRESSÃO NO PLANTÃO NOTURNO.....	24
3.2	O ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO	28
3.3	O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA...32	
3.3.1	A segurança jurídica em contraposição ao ativismo judicial.....	35
3.4	A SAÚDE PELA PERSPECTIVA JUDICIALIZADA	38
3.4.1	A judicialização do SUS	41
3.4.2	A judicialização da saúde suplementar	44
4	AS TUTELAS DE URGÊNCIA: REQUISITOS E LIMITAÇÕES.....	50
4.1	A discricionariedade nas tutelas de urgência	52
4.2	A tutela de urgência em caráter antecedente.....	58
4.3	A pretensão indenizatória	61
5	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERSPECTIVA ANALÍTICA .	65
5.1	NO PODER LEGISLATIVO	65
5.2	O ENGAJAMENTO DO JUDICIÁRIO.....	67
5.2.1	A criação da CRLS- Câmara de Resolução de Litígios de Saúde	70
5.2.2	A atuação do CNJ	71
5.2.3	O NatJus	72
5.3	AS ESTRATÉGIAS DO EXECUTIVO	74
5.4	O PAPEL DOS MÉDICOS	74
6	O PLANTÃO JUDICIAL NOTURNO SOB O PRISMA QUANTITATIVO DOS DADOS COLHIDOS NO TJRJ	77

6.1	TUTELAS E PEDIDOS QUANTIFICADOS NO PLANTÃO JUDICIAL NOTURNO.....	78
6.1.1	O PROBLEMA DAS INTERNAÇÕES PRIVADAS ÀS CUSTAS DOS ENTES PÚBLICOS.....	83
6.1.2	A QUESTÃO DAS INTERNAÇÕES EM UTI.....	84
6.2	DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR EM NÚMEROS.....	87
6.3	DEMANDAS DE ENTES PÚBLICOS EM NÚMEROS	89
7	CONCLUSÕES DA PESQUISADORA	92
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	100
	ANEXOS.....	115

Se um grupo de casos envolve o mesmo ponto, as partes esperam a mesma decisão. Grande injustiça seria decidir casos alternados tomando como base princípios opostos. Se um caso foi decidido contra mim ontem, quando eu era o réu, esperarei o mesmo julgamento hoje, se for o autor. Decidir de modo diferente levantaria um sentimento de injustiça e de ressentimento em meu íntimo; seria uma infração material e moral de meus direitos. Todos sentem a força desse sentimento, quando dois casos são semelhantes. A adesão ao precedente deve, pois, ser a regra e não a exceção, se se quer que os litigantes tenham fé na igualdade de condições na distribuição de justiça pelos tribunais. Sentimento igual em espécie, embora diferente em grau, está na fonte da tendência demonstrada pelo precedente, de estender-se ao longo das linhas de desenvolvimento lógico (CARDOZO, Benjamim N. A natureza do processo e a evolução do direito, Ed. Nacional de Direito, pg. 15)

“Não há nada que seja percebido e sentido tão precisamente quanto a injustiça”
(Charles Dickens, Grandes esperanças, 2003.p.63)

1 INTRODUÇÃO

Em 2004, após a Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2018), conhecida como “A Reforma do Poder Judiciário”, por haver realizado amplas e profundas modificações na estrutura judicial brasileira, a Carta Magna de 1988, no artigo 93, inciso XII, estabeleceu que: “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, com juízes em plantão permanente” (*Idem*, 2018).

Na intenção de ampliar e garantir o acesso à Justiça, foi prevista a existência do plantão judicial, garantindo uma prestação jurisdicional ininterrupta, incluindo o período noturno. A intenção almejada pelo legislador seria a de ampliar o acesso à justiça, sob o espreque da prestação da tutela jurisdicional estatal, mesmo quando de horários noturnos e finais de semana.

Contudo, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou resolver os seus litígios sob os auspícios do Estado; para isso, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e, em segundo lugar, o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A grande judicialização de pedidos fundamentados em direitos constitucionais exacerba a grande dificuldade da Administração Pública, sobretudo dos entes da federação, em garantir a efetividade dos serviços básicos à população.

No ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao ano de 2016, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011 (CNJ, 2012).

O aumento em 2017 foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com recursos humanos (4,8%). As despesas de custeio cresceram 16,2% e as outras despesas correntes tiveram redução de 3,9%. Ressalte-se que nos últimos 6 anos (2011-2017), o volume processual também cresceu em proporção próxima às despesas, com elevação média de 3,4% ao ano na quantidade de processos baixados e de 4% no volume do acervo, acompanhando a variação nas despesas (CNJ, 2018).

As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (CNJ, 2018).

Com relação somente aos casos relativos à saúde houve no Brasil um aumento de 130% entre 2008 e 2017, um crescimento muito mais rápido que o observado no volume total de processos, em cerca de 50% (CNJ, 2018).

Já o numerário de juízes, em todas as instâncias soma apenas 18 mil, para sanear todos estes processos e os seus correlatos recursos (CNJ, 2018). Os impactos advindos das decisões judiciais têm reflexos diretos no orçamento não só público pelo tamanho de sua estrutura, mas também no privado pelo conteúdo das decisões.

O Observatório de Análise Política em Saúde – OAPS, do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia – UFBA, em 2017, realizou o monitoramento intitulado “Acompanhamento das Decisões Judiciais Relativas à Saúde”, cujo objetivo principal é produzir relatórios acerca da judicialização da saúde, mapeando seus efeitos e impactos orçamentários.

Os dados levantados apontam, conforme a primeira auditoria específica sobre judicialização da saúde realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2015 e 2016, o aumento dos gastos federais com processos judiciais na área da saúde, perfazendo o montante crescente de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015, totalizando o acréscimo de 1300% aos cofres públicos, no período analisado (OAPS, 2018).

Houve aumento também na quantidade de processos, que segundo o OAPS (2018), da amostra analisada, a maioria das decisões proferidas em sede judicial quanto ao direito à saúde não empregou nas fundamentações qualquer das recomendações formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, principalmente os pareceres técnicos do NAT-JUS.

Neste sentido, estavam em tramitação cerca de 1.346.931 processos judiciais relacionados à área da saúde em 2016. Destes, 31,7% versavam contra os planos de saúde; 23,2% requisitam medicamentos do SUS e 7,3% solicitam tratamento médico-hospitalar.

A auditoria também concluiu que 80% das ações judiciais têm como objeto o acesso à saúde mediante a concessão de leitos e vagas em Unidades de Terapia Intensiva, a prestação de fármacos inclusos e não inclusos nas listas do SUS e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a fixação de data para cirurgias, figurando nos polos passivos municípios, estados e a União, os quais são demandados majoritariamente por pessoas físicas.

O direito de acesso à saúde, dentre os demais direitos constitucionais, é uma promessa institucional que, todavia, também representa a base onde se pavimentam muitos dos pedidos encaminhados ao Judiciário.

Todavia, os impactos advindos do reiterado descumprimento do referido preceito fundamental, qual seja o acesso à saúde, recorrentes tanto na senda pública representada pelo

Sistema Único de Saúde – SUS, quanto na seara privada, através das empresas de saúde suplementar, possuem dimensões jurídicas e sociais intrinsecamente atreladas.

Um exemplo destes anátemas referentes à saúde pode ser percebido pela frase: “O Poder Judiciário matou meu pai!” dita por uma aluna do Desembargador Werson Rêgo, e revisitada no artigo intitulado: “Protagonismo Judicial, Segurança Jurídica e Reflexos nas Relações de Consumo: Novos Desafios” no qual o autor descreve o seguinte caso:

Falava eu sobre a concretização do direito fundamental à vida em um mercado delicado e complexo como o da saúde suplementar, quando uma aluna se levantou, consternada, e disse “O Poder Judiciário matou meu pai”, reclamava a aluna de uma liminar, deferida por um colega magistrado, no plantão judiciário, que deferiu o pedido de internação formulado por um senhor de idade, bastante doente. Ponderei que, na verdade, ela estaria agradecendo ao magistrado a liminar deferida, ao que ela explicou a sua fala. Com efeito, o pai dela, um senhor de idade, que por longos anos contribuíra para o mais caro plano de saúde de uma determinada operadora, ao sofrer um infarto do miocárdio e procurar a UTI de renomado hospital especializado, não conseguiu se internar. A única vaga disponível estava reservada, por força da liminar, para o outro senhor, autor da petição no plantão judiciário, que não tinha plano de saúde, nem recursos financeiros, e que, por não encontrar vaga no SUS, teve deferido o seu pedido de internação no melhor hospital cardiológico do Rio de Janeiro. O autor do pedido faleceu, antes de dar entrada no hospital, perdendo a liminar o seu objeto. O pai da aluna faleceu, a caminho de outro hospital credenciado a sua operadora de plano de saúde. (RÊGO, 2017, p. 1.054, *grifo nosso*)

O exemplo acima foi trazido como forma de reflexão a respeito de como as decisões judiciais afetam a vida das pessoas e, principalmente, como terceiros não envolvidos diretamente na relação processual sofrem a influência do modo de agir do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (BARROSO, 2009).

Deste modo, o meu direito esbarra no limite do direito do outro e todos os direitos são dispostos em normas jurídicas (OLIVEIRA, 2015)

A partir de tais premissas e com enfoque nas causas envolvendo saúde, o presente estudo se debruça por sobre o modo de agir dos juízes, em uma análise mais concentrada a respeito das decisões proferidas em sede do plantão judiciário noturno, tendo como geratriz dos questionamentos levantados e a consequente busca por repostas e compreensões mais aprofundadas, a experiência pessoal da autora e pesquisadora, a qual participou no ano de 2010, juntamente com mais três juízes estaduais, três promotores de justiça e três defensores públicos, de um quadrimestre do plantão noturno estabelecido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando durante madrugadas insones, foi percebido o enorme contingente de

demandas cujo objeto jurídico em discussão englobava questões de saúde, como direito constitucional fundamental, na amostra específica do Judiciário fluminense.

No chamado ‘plantão médico do Judiciário’ as demandas, no ano de 2010, eram decididas sem nenhum amparo técnico aos operadores do direito. Havia somente um pedido formulado com fundamentação genérica, instruído com poucos documentos e quase sempre acompanhado por alegações de urgência e um laudo médico, como atestado da condição clínica do paciente, capaz de robustecer e aclarar a situação de urgência.

Desde então, já transcorridos oito anos, o plantão noturno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permanece atuando de forma praticamente igual. Apesar de ter ganhado mais segurança, com a instalação de um detector de metais e ter passado por uma reforma estrutural, com pintura e moveis novos. Contudo, as demandas envolvendo pedidos de saúde só aumentaram e ainda é desprezível o apoio técnico do e-NatJus, pois de todas as demandas pesquisadas somente duas contaram com parecer prévio.

Seja no panorama nacional brasileiro, seja no Estado do Rio de Janeiro, os cenários políticos e econômicos têm passado por sucessivas crises e instabilidades. Tais fatores podem ser percebidos como os principais geradores do aumento do número de processos judiciais, motivados pela busca por satisfação de direitos fundamentais (CNJ, 2017). Contudo, na tentativa de amenizar o fenômeno da judicialização e agilizar os procedimentos processuais, entrou em vigor, em abril de 2016, um novo Código de Processo Civil - CPC, com alternativas ao litígio, estímulo à composição e diminuição do número de recursos.

O advento do CPC também destinou especial atenção para o instituto jurídico da tutela provisória, como mecanismo de garantia de direitos reclamados em caráter de urgência. Este construto jurídico tem alta aplicabilidade nas ações envolvendo a saúde, principalmente naquelas propostas em sede de plantão judiciário noturno.

Neste espeque, a tutela provisória se apresenta também como um dos objetos do presente estudo, bem como a judicialização, o ativismo judicial, as indenizações em processos envolvendo pedidos fundamentados no direito à saúde e as tentativas de solução para o problema, pois representam componentes entrelaçados e, por vezes, concomitantemente avaliados pelos magistrados.

Diante de uma visão de crise nas questões públicas, o plantão noturno do Judiciário fluminense, se tornou um meio de acesso à justiça muito procurado pela população em busca de solução rápida para suas demandas e pedidos envolvendo temas de saúde. Todavia, a atuação do magistrado plantonista também padece com eventuais excessos nos deferimentos das tutelas.

Assim sendo, a presente análise trata dos aspectos procedimentais e legais envolvendo os pedidos eivados no direito de acesso à saúde, bem como perfaz uma quantificação de dados advindos da realidade judiciária, colhidos num período compreendido nos meses de janeiro e junho de 2017 e utilizando como amostra os processos distribuídos no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro somente em sede de plantão noturno.

Por fim, a pesquisa se desenvolve traçando um estudo aprofundado sobre a teoria e a prática, com a finalidade de trazer uma reflexão sobre a atuação do Judiciário e melhor compreender como são fundamentadas as decisões de tutela provisória deferidas nos plantões, bem como os aspectos subjetivos de sua importância como forma de acesso à Justiça, contrapostas a uma alarmante e excessiva judicialização existente.

2 REFERENCIAL TEÓRICO E METODOLÓGICO

A presente pesquisa foi preparada e desenvolvida tendo como objeto de estudo os pedidos formulados durante o plantão judiciário, cuja matéria discutida se refere ao acesso à saúde, como direito constitucional e garantia fundamental, prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018). Os elementos contemplados pela presente pesquisa analítica se encontram imbricados na atuação dos magistrados quando do recebimento de pedidos de tutela provisória, em caráter de urgência, bem como a forma como tais pedidos são concedidos ou negados, seja em face da saúde pública, seja em relação às operadoras de planos de saúde suplementar.

O art. 5º da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. É nesta moldura jurídica onde se insere o princípio do acesso à justiça, o qual não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, mas permite que o cidadão tenha direito a uma ordem jurídica justa e que a tutela jurisdicional seja prestada em tempo hábil, para que seja realmente efetiva (LOPES, 2004).

Na visão do processualista Kazuo Watanabe (1988), a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Assim sendo, a coleta de informações e referências bibliográficas, num primeiro momento, tratou de perfazer uma análise transversal (LAMY, 2011) do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil, mormente no tocante às implicações procedimentais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro quando do advento do Código de Processo Civil de 2015, cuja vigência se iniciou em abril de 2016, a análise sobre o papel do magistrado no plantão judiciário noturno, as regras específicas processuais para soluções dos problemas envolvendo as ações judiciais com pedidos de saúde (BUCCI, 2008), assim como a garantia do acesso à Justiça, visando mapear o papel do plantão judiciário noturno, sua efetividade nas soluções dos conflitos na área de saúde e suas limitações.

No Brasil, a incorporação de tecnologias em saúde por determinação do Poder Judiciário, sobretudo para casos individualizados em ações judiciais, tornou-se um fenômeno com abrangência e características tão complexas, que o Supremo Tribunal (STF), em abril e maio de 2009, realizou audiência pública em razão do grande número de demandas envolvendo

a assistência à saúde e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente dos processos judiciais (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p.03)

A judicialização da saúde, termo atualmente utilizado para nomear decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que determinam tratamentos, procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares, internações, fornecimento de medicamentos, insumos e outros produtos de interesse da saúde, bem como criam obrigações legais acerca do cumprimento de demais medidas administrativas dentro do sistema de saúde, por meio de tutelas de urgência, representa também o incremento gradual e significativo de ações judiciais, em decorrência do descumprimento de acordos previstos nas políticas públicas de saúde (MAPELLI JÚNIOR, 2017) e nos contratos de saúde suplementar, bem como da busca por reconhecimento da obrigação de prestação da saúde como direito fundamental e dever do Estado.

O exame da jurisprudência brasileira mostra que, com muita frequência, tem-se afirmado ser discricionário o poder do magistrado quanto a conceder a tutela de urgência. Isto, porém, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com uma teoria do Direito que se pretende pós-positivista. Discricionariedades são incompatíveis com o Direito- pelo menos com o Direito do Estado Democrático- e é preciso, para que se possa consolidar a Democracia, combater qualquer tipo de discricionariedade judicial. (CÂMARA, 2017)

Assim sendo, vem à tona o questionamento acerca da real utilidade do Plantão Judiciário. Nessa dimensão, o Poder Judiciário mesmo com todos os seus problemas, em especial a morosidade das decisões, surge como um ente político capaz de solucionar os problemas que a população não sabe para quem levar no dia a dia das relações sociais. Logo, a utilização em larga escala dos pedidos de tutela provisória faz com que o principal entrave, a morosidade, seja afastada de imediato e transmita a fantasiosa impressão de que todos os problemas podem ser solucionados de forma muito rápida pelos juízes (CARLINI, 2017). Desta análise *prima facie* buscou-se compreender o atual momento jurídico-normativo brasileiro, donde emergiram os seguintes questionamentos:

- Qual(is) o(s) sentido¹(s) e significado²(s) dado(s) à saúde como Direito Fundamental na moldura normativa brasileira?

¹ Sentido: forma de percepção subjetiva de cada sujeito a respeito de determinado objeto ou fato, envolvendo os aspectos sociais, políticos, econômicos, religiosos, culturais, éticos e jurídicos, dentre outros (LAMY, 2011).

² Significado: definição perene e objetiva de uma realidade socialmente construída e amplamente integrada ao senso comportamental comum (LAKATOS, MARCONI, 2003).

- Quais são os limites estabelecidos no novo CPC e nas legislações para o deferimento da tutela provisória nas ações com pedidos de saúde?
- Quais são os critérios necessários para o deferimento da tutela provisória atualmente requeridos no Novo CPC?
- Será que a vigência de novas regras envolvendo a tutela provisória modificou algo nas ações e decisões envolvendo a saúde no plantão judiciário?
- Quais os pedidos envolvendo o tema saúde ingressam por meio do plantão e, principalmente, qual a resposta dada pelo Judiciário à população que demanda por saúde em sede de plantão?

No escopo de obter respostas cientificamente viáveis a tais indagações, os seguintes objetivos foram delimitados:

- Objetivo geral:

- Analisar as ações judiciais ajuizadas no plantão judiciário noturno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em janeiro e junho de 2017, para mapear os pedidos e as respectivas decisões.

- Objetivos específicos:

- Diferenciar acesso à Justiça de acesso ao Poder Judiciário, descrevendo os limites da atuação dos magistrados.

- Verificar e extrair do ordenamento jurídico brasileiro um conceito jurídico de tutela provisória e os parâmetros legais que devem ser observados antes do deferimento ou indeferimento das tutelas provisórias envolvendo pedidos de saúde.

- Formular um quadro descritivo de quais demandas envolvendo saúde são judicializadas perante o plantão judiciário noturno e quais as principais características dessas demandas;

Para tanto, a pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo (LAKATOS; MARCONI, 2003) na construção dos quesitos a serem analisados e verificados com o devido rigor metodológico, para em seguida realizar uma extensa e esquadrihada seleção doutrinária qualitativa, buscando fundamentar conceitos e paradigmas por meio de uma interpretação comparativa (LAMY, 2011), além trazer à revisão os construtos jurisprudenciais e súmulas, os quais possibilitam a compreensão das fundamentações de decisões a respeito da saúde, pública e suplementar, na realidade judiciária brasileira. Assim sendo, o presente estudo também primou por examinar normas e leis brasileiras, a fim de tecer um embasamento mais sólido para

os quesitos perquiridos durante o desenvolvimento textual e complementar a abordagem qualitativa.

A pesquisa bibliográfica (BUCCI, 2008) elaborada sobre o objeto do estudo se deu através da triagem, separação e leitura de livros, artigos científicos e textos primordialmente de fontes secundárias mormente disponibilizados em plataformas e sítios eletrônicos. O material levantado correlaciona uma reflexão de rigor teórico-metodológico (LAKATOS; MARCONI, 2003), com critérios de seleção (inclusão e exclusão), extraídos mediante leitura atenta e sistemática, bem como via fichamentos das informações contidas nas obras, publicações e demais materiais levantados, visando a posterior ordenação e análise dos dados científicos, que foram apresentados ao longo da pesquisa em íntimo diálogo com o referencial teórico.

Desta forma, a presente estudo contemplou um desenvolvimento proposto em quatro partes, onde a primeira delas, enumerada com o título de seção³ 3 “A judicialização da saúde e sua expressão no plantão noturno”, primou pela análise e conceituação do Estado de Direito como decorrência da Constituição Federal de 1988. O acesso à justiça, como princípio constitucional, também é comentado sob a perspectiva do plantão judiciário noturno e a continuidade da prestação da tutela jurisdicional, mormente observada em casos de urgência em saúde. A seção também trata de aspectos envolvendo o ativismo judicial e os seus impactos por sobre a segurança jurídica, tendo em vista a diminuição da previsibilidade acerca das formas como o pleito será decidido. Adiante, a saúde é analisada como fenômeno jurídico, nas duas vertentes distintas de sua judicialização no Brasil, quais sejam, a pública –vista como a prestada pelos órgãos públicos e a privada – via contratos em planos de saúde suplementar.

Na seção seguinte, são tratadas especificamente as questões procedimentais envolvendo os pedidos em questões de saúde, nos quais são requeridas as tutelas provisórias com caráter de urgência. Assim, são abordados os seus aspectos normativos, analisando a presença da discricionariedade nas decisões concessivas e negativas de direitos. Para tanto, o estudo abarca uma análise sobre a tutela de urgência em caráter antecedente e a sua contextualização conforme estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como perfaz uma abordagem a respeito da pretensão indenizatória.

A seção de número 5, intitulada como “atuação dos três poderes em perspectiva analítica, visa à contextualização dos esforços realizados pelo Legislativo, o Executivo e o

³ Conforme a norma ABNT NBR 6024 (2012), a nomenclatura correta a ser utilizada é “seção”, para definir as divisões temáticas textuais. As nomenclaturas “item” ou “capítulo” não aparecem em nenhuma das normas em vigor da ABNT. No manual “Orientações Para Elaboração De Trabalho De Conclusão De Curso (TCC)” da Fiocruz/ENSP (2016) também é adotada a nomenclatura “seção” para definir as divisões temáticas textuais.

Judiciário, no sentido de buscar inovações para diminuir a litigância em questões de saúde. Deste modo, a pesquisa comenta as inovações pretendidas com o Código de Processo Civil de 2015, pelo legislador e os novos procedimentos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Após, foram apresentados o engajamento do Poder Judiciário, voltado para a resolução de conflitos não judicializados, com o exemplo da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde – CRLS, e dos conflitos já judicializados, criando mecanismos que facilitem a atuação do magistrado, por meio de resoluções, normas de parametrização, a criação dos Comitês de Saúde e, mais recentemente, o lançamento da base de dados em linha e-e-NatJus, como novo instrumento de consulta para juízes, a respeito de medicamentos e insumos, visando melhor esclarecimentos sobre a concessão dos conteúdos discutidos nos processos judiciais.

A última seção traz os dados extraídos de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, realizada nos meses de janeiro e junho de 2017, com os processos retirados das atas publicadas dos plantões judiciários noturnos. A pesquisa das atas do plantão constituiu o principal elemento para conhecimento e obtenção dos números dos processos de saúde que foram propostos no plantão noturno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na medida em que se identificou os processos passou-se à análise das principais características dessas ações, visando compreender quais motivos e necessidades são mais recorrentes, em matéria de direito ao acesso à saúde, durante o plantão noturno.

Para tanto, foi utilizado como instrumento de coleta de dados o sistema informatizado do Tribunal de Justiça, referente aos plantões judiciários realizados durante janeiro e junho do ano de 2017 para obtenção de um número mínimo de 500 ações de saúde, após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, onde foram pesquisadas e analisadas todas as decisões com deferimento ou indeferimento de tutelas provisórias envolvendo pedidos de saúde, em ações contra os entes federativos (Estado e Município) e contra as operadoras de planos de saúde.

A antepenúltima seção apresenta a opinião da pesquisadora, onde são elaborados comentários acerca dos dados levantados, fontes de informações localizadas, bem como as percepções empíricas e pessoais advindas de um prisma que representa um contraponto de complementariedade a toda a construção científica desenvolvida até então para, após, apresentar as considerações finais na seção seguinte, onde são narrados os resultados obtidos.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUA EXPRESSÃO NO PLANTÃO NOTURNO

A judicialização da saúde é um fenômeno processual de matriz bastante peculiar, que ocorre atualmente em todos os Estados da Federação. São demandas contra o SUS e contra planos de saúde que requerem de novos remédios e procedimentos de alta complexidade a leitos hospitalares e consultas especializadas.

É possível observar a ocorrência desse fenômeno também nos plantões do Judiciário, quando vários pedidos, lastreados pelo fundamento constitucional do direito à saúde, são interpostos.

A atuação dos plantões noturnos do Poder Judiciário, muito além da natureza emergencial envolvida nas tutelas requeridas, representa também a continuidade do serviço público e a positivação dos Estados Democrático e Constitucional, traduzidos na garantia de acesso a soluções imediatas, que abarcam matérias cíveis e criminais de forma a promover o acesso à Justiça Cidadã e à tutela jurisdicional estatal de forma perene e com a presteza esperada em casos “que não podem esperar”.

No Estado do Rio de Janeiro o plantão noturno do Judiciário funciona na sede do Fórum Central e é regulado pela Resolução TJRJ nº 33/2014, que determina os parâmetros e limites de atuação do plantão fluminense, em obediência às regras estabelecidas na Resolução 71/2009 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (Anexo I)

O plantão judiciário noturno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro funciona das 18h às 11h da manhã do dia seguinte ao início do plantão, todos os dias e possui a presença diária obrigatória de um magistrado e um Desembargador, os magistrados são escolhidos por meio de edital público para trabalhar pelo período de quatro meses anuais em prejuízo do exercício de outras funções. É previamente estabelecida e publicada para conhecimento público uma escala mensal entre os quatro juízes escolhidos e nomeados (TJRJ, 2014)

O plantão ainda é composto diariamente por um promotor de justiça, um Defensor Público (também escolhidos e nomeados por seus respectivos órgãos), 5 (cinco) servidores lotados no cartório, 1 (um) chefe da serventia judicial, 3 (três) oficiais de justiça, 1(um) comissário de justiça, além de segurança da polícia militar e do Tribunal de Justiça, sendo que todos se revezam em escalas pré-estabelecidas dentro das suas respectivas áreas, com o mesmo número de outras pessoas, para que não haja diminuição da força de trabalho (TJRJ, 2014).

O magistrado plantonista recebe conjuntamente aos pedidos em matérias de saúde a responsabilidade de exercer o seu mister tendo como contraponto a obediência ao princípio processual da segurança jurídica.

Sob tais circunstâncias se desenvolve a presente seção, cujo fito é observar pormenorizadamente os aspectos levantados, a fim de melhor compreender a realidade prática e fática envolvendo o plantão judiciário noturno e sua atuação jurisdicional em pedidos de saúde.

3.1 O ESTADO DE DIREITO

A história ensina que a raça humana, em sua evolução, passou a conviver em sociedade e a partir da necessidade de se evitar o conflito, foi sendo construída e definida a atual configuração do Estado Moderno (SKINNER, 1996). Para tanto, a ordem passou a imperar sobre todos, devendo ser mantida através dos contratos sociais que caracterizam o exercício do poder e dos governos, pois sem segurança retornaríamos ao estado de natureza (HOBBS, 1983; LOCKE, 2003). A segurança é necessária para garantir a realização pessoal de todos que estão na polis (cidade). Sob esta óptica, o objeto jurídico precipuamente considerado é a segurança.

Nesta concepção histórica é possível afirmar que, desde dos primórdios, não havia liberdade individual sem uma organização social. E o limite dessa liberdade sempre esteve sujeita à dominação por parte de um poder legítimo – o Estado, investido de autoridade para governar em nome de todos e responder pelos anseios da sociedade (SKINNER, 1996). A relação entre o exercício desse poder e as liberdades individuais exige uma constante negociação; um pacto de sujeição. Trata-se de harmonizar os ideais e os desejos individuais, as pulsões do homem natural, com a vida em sociedade. Sendo assim, a realização das liberdades individuais não poderia verificar-se caso não houvesse uma sociedade organizada em instituições (OLIVEIRA, 2015)

Grandes pensadores do Direito e da filosofia se empenharam em definir a figura do Estado e suas formas de organização, nesse sentido nasce a ideia de verdadeiro pacto social entre os humanos. Hobbes (1983) entende que se o homem ao se sujeitar ao pacto, dele não pode sair e contra ele não se pode voltar. Locke (2003), pai do liberalismo, afirma que a sujeição ao pacto mantém inteiros seus direitos, os mesmos que possuía o homem em estado de natureza, isto é, vida, liberdade e propriedade.

Embora tradicionalmente considerado como teórico do absolutismo, Hobbes (1983) não defendia a tese da renúncia total pois, segundo a sua teoria, para ingressar na sociedade civil, o homem renuncia à igualdade de fato que torna indesejável o estado de natureza; mais precisamente, renuncia à igualdade de fato que torna precária a existência de todos, até dos mais fortes. Renuncia ao direito à liberdade natural, ou seja, ao direito de agir segundo não à razão, mas às paixões, ao direito de impor a razão por si só; isto é, ao uso da força individual; ao que tem força para apropriar (SKINNER, 1996)

Já Locke (2003) acreditava que o objetivo da sociedade civil é a promoção do bem comum, ou seja, do bem-estar de todos os indivíduos. O estado de natureza é um estado de insegurança, e isso faz com que os homens renunciem a uma parte de sua liberdade para ter maior segurança. Os homens se unem em sociedade para defender a própria vida, a liberdade, os haveres (BOBBIO, 2003).

Levando-se em linha de conta o início da organização do Estado, torna-se imprescindível balizar a fundamentação teórica sobre a fundamentação histórica e o desenvolvimento dos sistemas de leis, Estados e jurisdições, também com olhar debruçado por sobre os ensinamentos desenvolvidos por Montesquieu. Na primeira linha do livro I “Do espírito das leis”, o pensador iluminista traz a seguinte definição: “As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas” (MONTESQUIEU, 1979).

A partir da necessidade de viver em sociedade, portanto, é possível verificar o nascimento do Estado, cuja organização pavimenta-se, sobretudo, na construção de um arcabouço legislativo e normativo os quais, apesar de não preverem e resolverem todos os conflitos, quer privados quer públicos, fornecem diretrizes comportamentais e limitações às liberdades individuais, coletivas e, até mesmo em relação às formas de atuação do Estado (SKINNER, 1996). Como resultado do pensamento político e social do povo e das elites dominantes de cada momento histórico, o Estado e as suas leis refletem o *zeitgeist*⁴ da época, que na visão de Rousseau sobre as leis, faz surgir a ciência do Direito, *in verbis*: “O Direito é a lei, a lei é a expressão da vontade geral, a vontade geral é a vontade da maioria do povo que diretamente se governa; logo, o Direito é a vontade do Estado” (*apud* REALE, 2010).

A partir desses desenvolvimentos jusfilosóficos fundamentou-se o atual Estado de Direito, como aquele que se submete à lei, à jurisdição independente e imparcial e tendo os

⁴ A expressão de matriz alemã, cunhada por Johann Gottfried Herder, em 1769, reflete *zeitgeist* como sendo o pensamento e sentimento (mentalidade) de uma época. O termo denota a peculiaridade de uma época particular ou a tentativa de visualizá-lo.

direitos estabelecidos e garantidos, de modo a formatar e executar normas capazes de dirigir a sociedade, subordinando-a a determinados comportamentos para que seja possível a vida em coletividade (OLIVEIRA,2015).

Na atualidade, a maioria dos Estados possui algum texto Constitucional, codificado ou legal, onde estão inseridos os direitos fundamentais do seu povo, como fonte originária do poder do Estado e da legitimação constitucional e das normas infraconstitucionais (SKINNER, 1996). Segundo a visão da doutrina liberal, o Estado de Direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país - numa limitação que é puramente formal; mas também a subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente e, portanto, em linha de princípios invioláveis (BOBBIO, 2016)

Assim, o denominado Estado de Direito não é apenas aquele que se submete à lei, mas também aquele que garante os denominados direitos fundamentais, consolidados por um Judiciário independente, por um Legislativo livremente eleito e um Executivo também eleito, em rodízios periódicos de representantes. Portanto, como ensina Regis Fernandes de Oliveira (2015), “o que identifica o Estado constitucional de direito é a obediência à lei”. Contudo, “o texto normativo deve assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana e assegurar formas de garanti-los”. Nesse mesmo sentido, ensina Georges Abboud, *in verbis*:

No Estado Constitucional, não se deve mais distinguir entre Estado e sociedade. O Estado Constitucional caracteriza-se não apenas pelo princípio da legalidade formal que subordina os poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela legalidade substancial que vincula o funcionamento dos três poderes à garantia dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. (ABBOUD, 2016, p. 161)

A constitucionalização dos direitos após o advento do período democrático, fez nascer e se fortalecer a jurisdição constitucional por meio do desenvolvimento de um Estado Constitucional, no qual a Constituição deixa de ser um texto tão somente destinado a regular a atividade estatal, mas passa a regular a própria sociedade (AHMED, Flávio, 2015).

A subsunção “multiclasses” de toda a sociedade, aos setores públicos e privados, compreendido pela coletividade de pessoas físicas e jurídicas, além dos agentes públicos que executam normas constitucionais e infraconstitucionais, representa o Estado Constitucional (SARLET, 2018), que é fortalecido por seus princípios, instituições e pela capacidade de manter uma organização social plena, capaz de assegurar que o homem não retorne ao seu estado de natureza, como propugnado por John Locke (2003) e Thomas Hobbes (1983), assegurando um estado garantista e democrático, fundado em direitos constitucionais (SKINNER, 1996; BOBBIO, 2016).

3.2 O ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO

As bases de funcionamento do plantão judiciário noturno como forma de acesso ininterrupto à tutela jurisdicional advêm da consolidação e do fortalecimento de um Estado Constitucional, paulatinamente aperfeiçoado no cumprimento de deveres, no exercício de direitos e, sobretudo, na existência de um instrumento efetivo de pacificação social através da resolução de conflitos capazes de estabelecer responsabilidades e obrigações. Neste sentido, a adoção da jurisdição exercida pelo Estado por meio do Poder Judiciário representa, desde meados do século XIV, até o ordenamento social hodierno (SKINNER, 1996), a forma predominante de dicção e afirmação de obrigações legais.

Nesse contexto, a segunda metade do século XX, marcada pelo período pós-Segunda Guerra Mundial (SARLET, 2018), representa o momento histórico onde o Estado-Juiz passa a assumir a responsabilidade de exercer a jurisdição, compondo de forma imperiosa e definitiva os litígios (PINHO, 2012)

O surgimento histórico de um Poder Judiciário independente e uma necessidade crescente de jurisdição fizeram o legislador estabelecer o acesso à Justiça como um direito constitucional, previsto, atualmente, no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988⁵, onde lê-se que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 2018).

Todavia, a previsão da garantia de maior facilidade na propositura de ações, ocorrida após o advento da Constituição Federal de 1988 – CF/88, acabou gerando a chamada “judicialização das questões sociais” (SARLET, 2018).

Por consequência de tal fenômeno e em havendo o interesse legislativo pela facilitação de acesso democratizado ao Poder Judiciário, foi cunhada e promulgada a Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como a “Emenda da reforma do Poder Judiciário”, a qual modificou o art. 93, XII, da CF/88⁶, estabelecendo que a atividade

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

jurisdicional é ininterrupta, sendo vedadas as férias coletivas nos juízos e nos tribunais de segundo grau e um funcionamento perene, mesmo nos dias em que não houver expediente forense normal, com a presença de juízes em plantão permanente.

Ainda assim, a EC 45 não foi capaz de garantir um legítimo e amplo acesso à justiça. Isso porque, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco (2001)” o acesso à justiça não equivale ao mero ingresso em juízo”, pois a própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se estivesse resumida a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado.

Portanto, o exercício Legislativo assume caracteres difíceis e inoperantes ao buscar meios de facilitar o ingresso de ações no Judiciário, por meio de medidas cada vez mais ágeis de propor uma ação, todavia sem zelar pela garantia de que essa ação será devidamente julgada, em tempo razoável e por juízes com condições de trabalho.

Não se pode olvidar, outrossim, do tempo como fator importante- o qual ainda se constitui como um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, pois a demora em decidir pode gerar verdadeiro risco de inutilidade ou ineficácia, visto que muitas vezes a satisfação necessita ser imediata sob pena de perecimento do direito reclamado (BEDAQUE, 2003).

Em decorrência da iminência de querer ver satisfeito o acesso ao Poder Judiciário a todo momento, a qualquer hora do dia ou da noite, na expectativa de minorar os riscos de perecimento de direitos, foi estabelecida, pela Emenda Constitucional 45, a existência do plantão judicial obrigatório, que garantiria uma prestação jurisdicional ininterrupta, incluindo o período noturno.

Em que pese a existência do plantão ter gerado uma forma física de acesso ininterrupto, uma definição doutrinária sobre o que seria um verdadeiro acesso à justiça ainda é de difícil enfrentamento. Os doutrinadores Cappelletti e Garth expõem o problema sob a vertente do seguinte trecho, abaixo colacionado:

Assim, a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Deste modo, primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 36)

Por meio dos esforços empenhados a partir da EC 45 e as consequentes necessidades de adaptações, tal como ilustram as publicações da Resolução TJRJ nº 33/2014 e da Resolução 71/2009 do CNJ, buscou-se instalar mecanismos capazes de fornecer melhor forma de acesso

a todos e mesmo ainda apresentando resultados distantes de garantirem uma realidade eficiente na Justiça brasileira, representa um perceptível avanço a partir da mais ampla estruturação da defensoria pública, da criação dos juizados especiais e das varas especializadas da criança, adolescência/idoso e da violência doméstica. Neste sentido, acrescentam Capeletti e Garth, os comentários colacionados a seguir:

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e as buscas de mecanismo para a representação de interesses “públicos” são essenciais para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem-sucedidas - e, em parte, já o foram, no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradicionais quanto novos, dos menos privilegiados. (CAPELETTI; GARTH, 1988, p.67)

Na área da saúde, já existem Estados da Federação com varas e câmaras cíveis especializadas em saúde, visando o aprimoramento técnico dos juízes no tema, bem como a maior agilidade nos julgamentos, já sendo uma realidade aplicada ativamente nos estados de Goiás, Distrito Federal e Paraná. Todavia, ainda não há previsão para sua instalação no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O CNJ aconselha a instalação das referidas varas e já existe em andamento uma Proposta de Emenda Constitucional, numerada como 297/16⁷, que determina a criação de varas especializadas em controvérsias ligadas à saúde pública nos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e nos tribunais regionais federais (BRASIL, 2016, *online*).

A criação de varas especializadas se justifica, pois após a Constituição de 1988 (BRASIL, 2018) aumentou de maneira significativa a demanda por Justiça na sociedade brasileira, fazendo com que os tribunais busquem meios de responder essa demanda. A busca pela Justiça se deu, em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos (SARLET, 2018). Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação e substituição processual (COMPARATO, 2019).

Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo, figurando como o de verdadeiro garantidor da aplicação das políticas sociais (BARROSO, 2005).

⁷ Ementa da PEC 297/2016: Acrescenta o art. 98-A à Constituição Federal, para determinar a especialização de varas de saúde pública no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Autor: Deputado Hiran Gonçalves – PP/RR.

Contudo, “o acesso à Justiça” não significa, necessariamente, “levar toda a sociedade para dentro do Poder Judiciário. Isso é cultura do conflito”, cujo nome comumente utilizado é: fenômeno da judicialização (TAVARES, 2017). No mesmo sentido, manifestou o Ministro Antônio Saldanha: “a judicialização da vida é uma expressão que tem sido usada com certa frequência, posto que, hoje, qualquer controvérsia deságua no Judiciário” (PALHEIRO, 2017)

Todavia, a judicialização não poderá deixar de ser vista, após anos de ditadura militar, como uma conquista social, relacionada ao aumento de mecanismos voltados para maior efetivação de direitos, é uma realidade atual, produzida por lutas de classes durante décadas (SKINNER, 1996).

Contudo, o gargalo de conflitos sociais destinado a solução pelo Judiciário produz determinado grau de preocupação, sobretudo por envolver a transferência e o acúmulo de muitos poderes para juízes e tribunais, visto que questões de larga repercussão política, econômica e social, antes definidas no Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo, agora estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário (RÊGO, 2017)

Nesse sentido, verifica-se uma verdadeira “invasão do direito” nas relações sociais, com uma inegável regulação das práticas sociais sendo exercida por membros da magistratura, em temeroso protagonismo judicial, por vezes eivado de posicionamentos e convicções pessoais.

Sob tal contexto, o Poder Judiciário passa a ser visto como garantidor das expectativas por cidadania de setores socialmente emergentes. A Justiça como “guardiã das promessas democráticas” ainda não realizadas durante a modernidade, é convertida em verdadeiro “lugar em que se exige a realização da democracia” (MORAES, 2018).

Na atualidade, estima-se que o Brasil possua mais de 80 milhões de demandas judiciais em curso, caracterizando, portanto, o fenômeno da judicialização das relações sociais e da cultura do litígio (CNJ, 2018). Este protagonismo da atividade judiciária refletido no panorama social brasileiro pode ser compreendido segundo as palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos (BARROSO, 2009, p. 29).

Como reflexo de tais dados, uma das grandes preocupações para muitos dos operadores do Direito recai sobre os limites para a judicialização e os parâmetros estabelecidos para o atuar do Poder Judiciário, sem que haja uma vedação do acesso à justiça. O ativismo

judicial e o princípio da segurança jurídica, sob tal prisma, estão contrapostos e, ao mesmo tempo, tornam-se concomitantes.

O Estado Constitucional, portanto, ganha contornos onde o próprio exercício jurisdicional, eivado na cultura do conflito e na judicialização de casos como via primária de solução dos conflitos, pende entre as garantias constitucionais e a necessidade de limitação da atuação do Poder Judiciário.

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O termo “ativismo judicial” difere do termo “judicialização”. As definições de protagonismo judicial, de judicialização e de ativismo judicial, embora sejam relacionadas ao Judiciário, não se confundem, pois a judicialização é a constatação de um fato e o ativismo judicial, um comportamento, ou modo de agir dos membros do Poder Judiciário (STRECK, 2017). Isso, porque “o ativismo judicial é possível sem que, anteriormente, tenha havido a judicialização, na medida em que o Poder Judiciário pode adotar uma postura ativista em qualquer tipo de matéria submetida à cognição judicial” (MORAES, 2018)

A segurança jurídica pode ser compreendida como um fenômeno cuja nascente encontra-se fundamentada no princípio da separação de poderes, estabelecido no artigo 2º da Constituição da República de 1988⁸. Sob tal égide, o Poder Judiciário de uma constituição republicana deverá sempre adotar duas espécies de posturas respeitadas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular: (I) uma postura de deferência judicial às decisões dos órgãos de direção política do Estado; e (II) uma postura de garantia e fortalecimento judicial do regime democrático. O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular (MELLO, 2004).

Os juízes constitucionais devem ser, portanto, capazes de dosar o ativismo judicial, e somente agir em favor dos valores constitucionais, com um sentido de auto--restrição em favor da legitimidade democrática dos órgãos de direção política do Estado (SARLET, 2018).

A jurisdição constitucional dentro de um regime democrático deve necessariamente articular ativismo com moderação, mesmo que em determinadas circunstâncias históricas e em determinados contextos pareça ser recomendável acentuar o ativismo judicial (MELLO, 2004).

⁸ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Afinal, o real alcance pretendido por meio do acesso à Justiça e a verdadeira efetivação do Direito somente se darão por meio da solução das lides de forma mais célere e com a busca de uma solução mais justa e equânime no ato de julgar

Com relação ao ativismo, Lênio Streck verbera que há grande diferença entre ativismo judicial e judicialização, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e Tribunais. É como “se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada” (STRECK, 2017)

Então, o ativismo judicial poderia ser interpretado como toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais e no senso de justiça do intérprete, em detrimento da legalidade do sistema jurídico e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo (NERY JR.; ABOUD, 2013). Assim sendo, o paradigma do “Juiz Hércules” apresentado por Ronald Dworkin (2007) com características de atuação sobre-humanas, tornou-se decadente e onírica, pois incapaz de estar próximo à realidade social e de compreender a dimensão dos principais reclames sociais, e acima de tudo exercendo a magistratura de forma preocupada com a proteção do cidadão contra as arbitrariedades e as injustiças sociais - que não raro são cometidas pelo Estado.

Por imperativo legal, a atuação judicial possível tão somente mediante provocação e exercida mediante total imparcialidade, agora se vê frente à necessidade de assumir uma responsabilidade social, que outrora não lhe era cobrada; um agir ativo (COSTA, 2017) Um dos resultados dessa ação proativa exigida do Judiciário é o estado de saturação do sistema de justiça convencional, em especial dos Tribunais de Justiça. Até 1988, tramitavam em todos os juízos do país cerca de 350 mil ações ao ano; atualmente convivemos com a margem de ingresso de 29 milhões de novas ações somente em 2017, conforme dados auferidos pelo Relatório Justiça em Números 2018: ano base 2017, publicado pelo CNJ.

A sucessão de decisões proativas, ocorridas a partir de 1988 por parte do Poder Judiciário, veio a caracterizar uma tendência à prática do denominado ativismo judicial, como um fenômeno defendido, *exempli gratia*, pelos Ministros do STF Luís Roberto Barroso e Celso de Mello, que apesar de considerado muitas vezes conservador, quando da posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do STF, exclamou:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclusive a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da

República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (STF, 2009, p. 12)

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, afirma que o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar uma função representativa, pela qual atende a demandas sociais, que não são satisfeitas pelo processo político majoritário (BARROSO, 2017).

O processo político, neste ponto, pode ser compreendido como a atuação precipuamente legislativa, que em sede de pressões político-partidárias, movimentos religiosos e interesses subjetivos escusos, muitas das vezes tardam para legislar a respeito de temas estruturais da administração pública, criando uma lacuna normativa onde o ativismo judicial encontra senda para exercício (STRECK, 2017)

Apesar do apoio existente ao ativismo judicial tantas outras críticas existem a esse modo de agir proativo do Judiciário e uma delas é que estamos nos aproximando de uma discricionariedade jurisdicional (SARLET, 2017).

Neste prisma, os juízes, sem afastar a lei, declarando-a inconstitucional, passaram a julgar orientados por princípios, como se os mesmos se sobrepusessem à lei. O juiz, notadamente, os mais competentes para tal, tornaram-se superjuízes, mais do que isso: legisladores, que passam a legislar com um poder superior àqueles a quem a Constituição atribui competência para tal (AHMED,2015).

A partir da segunda metade do século XX, o ativismo judicial passou a ser exercido de tal forma que elevou os juízes, em especial os dos tribunais superiores, à categoria de “super juízes”. Esta afirmação pode ser claramente observada pelas colocações compositivas do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do AgRgEDivREsp 279889-AL, transcrito abaixo:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico- uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ, 2001, p. 02)

O professor Lênio Luiz Streck, que atualmente, se opõe a esse modo de julgar, critica o voto acima e verbera:

Já como preliminar é necessário lembrar- antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico- que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o interprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, diz que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”? (STRECK, 2017, p. 25)

Especificamente voltando atenções ao direito à saúde, é possível observar que este pode ser concedido por decisões que concretizam adequadamente o Direito, como também por decisões ativistas. Por exemplo, conceder um tratamento que consumirá um terço do orçamento do Município é um caso de judicialização que acaba em ativismo. “Um exemplo explícito de ativismo: a decisão que concedeu a pílula contra o câncer, provocando uma corrida ao Judiciário” (STRECK, 2017). Os orçamentos municipais, principalmente, são esvaziados por alguns poucos que têm acesso ao Judiciário, enquanto a saúde de massa não tem recursos financeiros capazes de fazer face a uma crescente demanda por parte da população. (NALINI, 2017)

O Supremo Tribunal Federal foi além, e já adentrou na seara da biotecnologia, quando autorizou a pesquisa com embriões humanos e o abortamento do feto anencefálico. Isso acaba por explicar uma das causas da judicialização da saúde, hoje, “tão decantada pela Administração e que acusa o Judiciário de fazer justiça no varejo enquanto perpetra a injustiça no atacado” (NALINI, 2017). No mais, as decisões *contra legem* representam práticas ativistas, nos casos onde o juiz se apropria da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário (STRECK, 2017).

Assim, a chamada discricionariedade judicial abre as portas para verdadeira arbitrariedade justamente porque há falta de controle do conteúdo. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama de discricionariedade é um espaço de “anomia”, no qual o intérprete põe o direito (STRECK, 2011).

3.3.1 A segurança jurídica em contraposição ao ativismo judicial

Na contramão do ativismo judicial e da discricionariedade judicial, encontra-se o princípio da segurança jurídica, o qual continua sendo um dos principais pilares de sustentação do Estado de Direito na concepção de John Locke, cujo escopo se baseia no objetivo principal

do homem em formar uma sociedade de modo a ser possível desfrutar da propriedade em paz e segurança (LOCKE,2003).

O brocardo popular: “De cabeça de juiz e de bumbum de neném ninguém sabe o que vem”⁹, representa, com bom humor, uma profunda crítica social lastreada na sensação de insegurança jurídica em que vive o povo brasileiro, pois apesar de tantas conquistas constitucionais e tantas outras teorias para fazer prevalecer os direitos contidos na Constituição Republicana, o Poder Judiciário ainda não consegue passar a segurança, que espera dos representantes desse Poder.

Na visão do professor Canotilho (2002), a segurança jurídica, elevada à categoria de princípio, não é apenas um fundamento do Estado do Direito. Ela vem imbricada de dois conceitos essenciais: o primeiro deles decorre (I) da estabilidade, que é conferida às decisões adotadas pelos Poderes de forma geral, de maneira que só poderão ser alteradas mediante fundamentos robustos e pressupostos materiais extremamente relevantes; o segundo conceito é (II) a previsibilidade, que proporciona aos cidadãos certeza e previsibilidade de cálculos, no que diz respeito às consequências e efeitos jurídicos dos atos normativos.

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe o papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material (MENDES,2017) Como definição, o princípio da segurança jurídica pode ser interpretado em três grupos, sendo eles: (I) princípios relativos à organização do Estado; (II) princípios do direito estabelecido; e (III) princípio do direito aplicado (NADER, 2017).

No tocante ao princípio relativo à organização de Estado por intermédio da justiça, é indispensável que o aparato estatal adote padrões de sistematização interna, com a clássica divisão de Poderes, possuindo cada órgão competência peculiar da sua especialização, para que a segurança jurídica seja alcançada (NADER, 2017).

O que traduz o imperativo de segurança é a impossibilidade de um mesmo Poder ter as funções próprias de outro Poder, configurando anomalia como exposição de risco à segurança jurídica caso isso venha ocorrer. Pois, se o Poder Judiciário passar a criar o direito que irá aplicar estará praticando uma subtração de competência do Poder Legislativo, ameaçando a segurança jurídica e institucionalizando a incerteza do Direito (NADER, 2017).

Em relação aos princípios do Direito o destaque é para os princípios da positividade do Direito (é o caminho da segurança jurídica, que se constrói a partir da existência do direito,

⁹Verdadeira autoria desconhecida, atualmente atribuída ao Senador Ivo Cassol quando da campanha de 2002 ao governo do Estado de Rondônia, comentou uma decisão judicial desfavorável a sua candidatura. Jornal Diário da Amazônia

objetivado através de normas indicadoras dos direitos e deveres das pessoas, podendo manifestar-se em códigos e em costumes), segurança de orientação, retroatividade da lei, estabilidade relativa do direito (estabilidade nas instituições jurídicas é anseio comum aos juristas e ao povo) (NADER, 2017).

Em relação aos princípios e ao direito aplicado destacam-se: (I) o princípio da prévia calculabilidade da sentença (as decisões judiciais devem assentar-se em elemento objetivo, extraídas da ordem jurídica e não baseadas em critérios aleatórios); (II) o princípio de respeito à coisa julgada e, (III) princípio da uniformidade e continuidade jurisprudencial, o qual é indispensável para que a interpretação do Direito pelos tribunais tenha um mesmo sentido e permanência, sendo que a divergência jurisprudencial, em certos aspectos, é nociva pois transforma a lei em incerteza (NADER, 2017).

A segurança jurídica representa, dessa forma, a ideia de um conjunto de condições que possa tornar possível à sociedade o prévio conhecimento das consequências de seus atos à luz das normas preestabelecidas pelo sistema jurídico (COMPARATO, 2019).

Portanto, a sociedade no âmbito das suas relações do cotidiano espera uma razoável segurança jurídica, mediante tratamento igualitário e previsível, por parte do Judiciário, a litígios fática e legalmente assemelhados entre si. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, quanto a esse primado, esclarecem que:

A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito. O homem sempre está a procura de segurança e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas (WAMBIER; TALAMINI, 2017, p. 32)

Da mesma forma e na defesa do princípio da segurança jurídica, contrariamente ao ativismo judicial Werson Rêgo verbera:

Em larga escala, magistrados estão decidindo movidos por ideologias pessoais, “de acordo com suas consciências”. Nada poderia ser mais temerário, a nosso sentir, com todas as vênias devidas, pois, leva o Poder Judiciário à emissão de indesejáveis e intermináveis pronunciamentos contraditórios – o vem sendo denominado “jurisprudência lotérica”, “justiça lotérica” ou “loteria judiciária” [...]. (RÊGO, 2017, p.27)

Diante dos objetos levantados e da análise realizada, é possível concluir que não há bom ou mau ativismo, seja o de cunho social-distributivo, ou o de viés neoliberal, ou até mesmo de características conservadoras, pois todos se distanciam da maior conquista democrática, que é a segurança jurídica respaldada no texto constitucional. Logo, qualquer seja ela a forma de ativismo judicial, esta será perniciosa para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista

que muitas confusões são realizadas, quando o Judiciário, por vezes guiado exclusivamente por valores, vem atuando não para cumprir a lei, fazendo política ao invés de cumprir sua missão constitucional (AHMED, 2015)

3.4 A SAÚDE PELA PERSPECTIVA JUDICIALIZADA

A judicialização da saúde é termo atualmente utilizado para nomear decisões que determinam tratamentos, internações e medicalização por meio decisões judiciais capazes de determinar medidas administrativas dentro do sistema de saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017).

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018), o direito à saúde é um direito social insculpido no art. 6º¹⁰, e como tal, um dever do Estado, devendo ser garantido por meio de “políticas sociais e econômicas” que visem a redução de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, conforme inteligência do art.196¹¹, também da CF/88.

Nesse sentido, para que o Estado seja capaz de cumprir as políticas de saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde - SUS, instituição-organismo de Direito Público sem personalidade jurídica própria, que tem o seu conceito fundamentado no art. 198 da CF/88¹², trazendo principais diretrizes sobre funcionamento e âmbito de atuação, bem como demais orientações

¹⁰ Art.6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

sobre a forma de atuação de seus agentes públicos estatais, estipulados na Constituição Federal (BRASIL, 2018).

Na realidade prática do sistema de saúde pública do Brasil, a sistemática organizada pelas leis e princípios do SUS, passou a conviver com a necessidade de incorporação de tecnologias em saúde por determinação do Poder Judiciário, sobretudo para casos individualizados em ações judiciais (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017). Tal fato, tornou-se um fenômeno com abrangência e características tão complexas, que o Supremo Tribunal Federal - STF, em abril e maio de 2009, realizou audiência pública em razão do grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente dos processos judiciais (MAPELLI JÚNIOR, 2017).

Em junho de 2014, tramitavam no país cerca de 400 mil ações versando a respeito de saúde, num expressivo aumento relativamente aos dados apresentados no Relatório Justiça em Números, do ano-base de 2010 (CNJ, 2011) e somente nos casos envolvendo à saúde pública o Estado do Rio de Janeiro fechou o ano de 2018 com mais de 50 mil novas ações (TJERJ, 2018, *online*), transformando o Rio de Janeiro no Estado da Federação com maior número ações judiciais de saúde em curso nos Tribunais de Justiça.¹³

As imposições pelo Poder Judiciário de prestações materiais visando concretizar os direitos fundamentais sociais têm grande destaque, sobretudo em processos cujo objeto das lides se acosta no acesso à saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015). Tal fato torna-se perceptível mediante análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao importante grupo de casos envolvendo a satisfação do direito fundamental à saúde, mediante fornecimento compulsório de medicamentos por parte do poder público. O contingente repetitivo de decisões concessivas pode representar uma tendência da Corte em adotar uma concepção de garantismo social no exercício da jurisdição constitucional (MELLO, 2004).

Um dos exemplos mais emblemáticos a respeito das decisões concessivas em pedidos de saúde está inserto na decisão histórica envolvendo remédios contra o vírus HIV, proferida no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/2000, na qual o Ministro relator Celso de Mello declarou, *in verbis*:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular- e implementar-

¹³ Disponível em www1.folha.uol.com.br em 19 mar.2019.

políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (STF, 2000, p. 01, *online*)

No seu voto, o Ministro Celso de Mello enfrentou, também, o argumento do caráter programático do art.196 da Constituição Federal. Para ele, a programaticidade da norma:

[...]não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento do seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, 2000, p. 02, *online*)

Para o STF, portanto, o Estado está constitucionalmente obrigado a dar real efetividade aos direitos sociais positivados na Constituição, a torná-los integralmente respeitados e plenamente garantidos, de modo que, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, as pessoas devem ter acesso a garantias instrumentais que possam assegurar a satisfação da prestação social descumprida pelo Poder Público (MELLO, 2004)¹⁴.

Nesse sentido a Ministra Ellen Gracie Northfleet, suscitou em seu voto no AgIn 734.487 que “[...] o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço” (STF, 2010, *online*).

Todavia, o reconhecimento da necessidade de atuação por parte do Poder Judiciário no reconhecimento e garantia do direito social à saúde, parte da doutrina não deixa de fazer críticas ao modo de atuação dos juízes, que visando dar eficácia a norma constitucional, ultrapassaria os limites impostos pelas leis vigentes sobre a matéria.

Nesse sentido, Ricardo Villas Bôas Cueva informa que:

[...] em alguns casos, a judicialização contribuiu para melhorar a capacidade de o Estado responder às demandas sociais e efetuar mudanças nos sistemas de saúde, em prol de grupos desfavorecidos, enquanto em outros casos a judicialização exacerbou iniquidade existentes na prestação dos serviços de saúde e chegou mesmo a reduzir a possibilidade de melhora das condições de saúde da população em geral. Os piores e mais preocupantes resultados da judicialização da saúde ocorrem quando: a) o acesso à justiça é relativamente fácil, mas, ainda assim, difícil o suficiente para que a maioria pobre da população não consiga fazer valer seus direitos em juízo;

¹⁴ *Exempli gratia* de Julgados do STF sobre o tema: O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.(RE 607.381-AgRG, 1ª Tj, 31.05.2011, rel. Min. Luiz Fux, DJE 17.06.2011) No mesmo sentido: ARE774.391-AgRg, 1ª T. j. 18.02.2014, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 19.03.2014; AgIn 857.273-AgRg 2ª T, j. 19.11.2013, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 26.11.2013; AgIn 553.712-AgRg, 1ª T. j. 19.05.2009, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 05.06.2009; AgIn 604.949-AgR, 2ª T, j. 24.10.2006, rel. Min. Eros Grau, DJ 24.11.2006.

b) os tribunais interpretam o direito à saúde como direito absoluto, sem consideração dos custos e dos benefícios das prestações requeridas; c) o acesso aos medicamentos e aos serviços de saúde concedidos pelo Judiciário não é universalizado e d) as prestações ordenadas pelo Judiciário são financiadas pelos orçamentos públicos e grupos sociais favorecidos recebem parte substancial dos serviços de saúde de provedores privados. (VILLAS BOAS CUEVA *in* MAESTAD; RAKNER; FERRAZ, 2011, p. 300)

Do mesmo modo, Octavio Ferraz (2001) apresentou um estudo empírico realizado no Brasil, a respeito da judicialização da saúde, o qual revelou que seu impacto social, em termos gerais, foi negativo, pois, em vez de contribuir para uma melhor provisão de serviços de saúde aos mais necessitados, como por exemplo por meio do acesso efetivo a cuidados primários e a programas de vacinação, as decisões judiciais, proferidas majoritariamente em demandas individuais, acabaram por destinar recursos essenciais do orçamento de saúde para o fornecimento de medicamentos de alto custo requeridos por indivíduos que provêm de municípios e estados mais ricos, e já são favorecidos por melhores condições de saneamento básico e por planos de saúde privados. No mesmo sentido defendeu Luís Roberto Barroso:

A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos.

[...] tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (BARROSO, 2005, p. 321 - 322)

Mediante a análise dos posicionamentos adotados pelo STF, é possível depreender que o direito à saúde é fundamental e um dos mais relevantes, todavia não é absoluto. Exige, sempre, a atenta ponderação do juiz, colocando na avaliação os ingredientes da razoabilidade e da proporcionalidade para que não incida no extremo de atender os interesses individuais em detrimento dos interesses coletivos com alguns doentes atendidos e muitos sem nenhum atendimento (ANDRIGHI, 2017).

3.4.1 A judicialização do SUS

A constitucionalização da saúde, como um direito social (art. 6º, da CF/88) e um dever do Estado, garantido por meio de “políticas sociais e econômicas” que visem a redução de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art.196, da CF/88). Assim, a Constituição propõe que o acesso à saúde seja realizado de forma ampla, universal, integral e igualitária para todos os indivíduos que dela necessitem e estejam em território nacional, sejam brasileiros ou sejam estrangeiros (BRASIL, 2018).

Desta forma, se ampliou a forma de acesso à saúde pública, ofertada sem distinção, bem como modificou a concepção jurídica de saúde, trazendo para o plano do direito a responsabilidade solidária dos entes da federação, por meio da redação do art. 23, II da CF/88¹⁵, na construção de políticas públicas que promovam o atendimento integral das necessidades da população, da atenção básica a procedimentos de maior complexidade (art. 198, caput, II), para todos os residentes no Brasil (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017).

Todavia, como as políticas de saúde adquiriram um caráter universal e a assistência médico-hospitalar passou a se defrontar com um aumento progressivo dos gastos públicos, uma preocupação surgiu para os gestores quanto à forma de acompanhamento das modificações do perfil epidemiológico da população face aos custos, por vezes estratosféricos, das tecnologias em saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017).

Dentro do referido contexto surgiu o dilema comum a todos os países que se propõem a construir um modelo universal e gratuito de saúde: os recursos sanitários são limitados e os custos da tecnologia médica nem sempre podem ser suportados (ASENSI; PINHEIRO, 2015). Ante tais fatos, é possível a percepção de que a ingerência do Poder Judiciário por meio de decisões que determinam prestações positivas em saúde agrava ainda mais a tensão entre a escassez de recursos e os elevados custos da tecnologia médica (MAPELLI JUNIOR, 2017).

Assim, a judicialização da saúde tornou-se um grande desafio a ser vencido pela Sociedade, pois tem se transformado em um fator de desequilíbrio do já insuficiente financiamento da Saúde (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017), fazendo com que no Brasil de hoje, parte dos cidadãos tenha acesso a remédios e procedimentos caríssimos, exclusivos, alguns nem aprovados pelas autoridades sanitárias, enquanto a maioria da população, mais carente, luta para ter algum tipo mínimo de atendimento que nem sempre é de acesso facilitado ou sequer exista.

¹⁵ **Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Em que pese restar a incumbência ao Judiciário de coibir os abusos das autoridades públicas de saúde, as decisões judiciais, quando desbordam de sua competência e interferem nas políticas sem respeitar os contornos estabelecidos nas leis, acabam desestruturando o SUS, as políticas fiscais e os planejamentos orçamentários (MAPELLI JUNIOR, 2017), além de privilegiarem aqueles que recorrem ao Judiciário em prejuízo dos que ingressam no SUS voluntariamente, o que coloca em risco o próprio princípio da igualdade (ASENSI; PINHEIRO, 2015).

Dentro desse contexto, importa destacar que o sistema público de saúde e a iniciativa privada formam corpos distintos de prestação de serviços. As estruturas e as ações do sistema público são afetas aos usuários efetivos do SUS, aos que acessam conforme regras e procedimentos específicos, e não ao usuário potencial do SUS que optou pela assistência privada de saúde (LISBOA; SOUZA, 2017).

O SUS deve ser estruturado para permitir o acesso igualitário e equitativo dos cidadãos, tendo um regime jurídico diverso daquele das ações e serviços privados. Há portas de entrada disciplinadas e regulamentadas, tanto para proteger a organização do sistema, como para garantir o acesso democrático, isonômico e não discriminatório ao serviço público (MAPELLI JUNIOR, 2017). O atendimento, apenas quando obedecidas estas regras, deverá ser integral. O SUS não está- como regra constitucional- obrigado a fornecer insumos àqueles que optaram pelo uso de serviços privados.

Assim, os juristas precisam reconhecer que o direito à saúde existe no contexto dos programas governamentais, que têm regras e procedimentos técnico-administrativos instituídos de acordo com a lei (MAPELLI JUNIOR, 2017).

Deste modo, o princípio da integralidade previsto constitucionalmente no artigo 198, inciso II da CF/88, encontra-se hoje regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nº 12.401/11, L.12.466/11, Decreto 7.508/11 e a Lei Complementar 141/12, não podendo o direito à saúde ser interpretado como um direito ilimitado e sem regras, uma vez que a legislação, não declarada inconstitucional, delimitou e estabeleceu regras e diretrizes para o SUS (MAPELLI JUNIOR, 2017).

A respeito da integralidade, o Decreto 7.508/11 consignou que não usuários da Rede de Atenção à Saúde (RAS) não podem usufruir de remédios e serviços fora da rede pública. Além disso, estabeleceu como regra geral para o acesso a medicamentos e insumos terapêuticos do SUS a obrigatoriedade de ingresso na rede pública de saúde e de prescrição por médico vinculado ao SUS (MAPELLI JUNIOR, 2017).

Portanto, o direito à saúde, mesmo que previsto como integral constitucionalmente, não pode ser confundido com o “tudo para todos” propagado nas decisões judiciais, pois ao privilegiar supostamente a vida ou a saúde do paciente-autor, em detrimento de questões orçamentárias, ou legais, os juízes provocam a violação do direito à saúde de outras pessoas, preferindo sobrepor o interesse individual ao interesse coletivo (MAPELLI JUNIOR, 2017).

3.4.2. A judicialização da saúde suplementar

A judicialização nos casos envolvendo discussões acerca da obrigatoriedade de concessão de coberturas e serviços prestados por planos de saúde suplementar, tem o escopo de fazer valer os direitos que estão previstos nos contratos firmados com as operadoras de saúde e, por vezes, também visa a obter acesso a medicamentos e serviços não previstos nesses contratos e tampouco no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Com um montante que soma mais de 47 milhões de usuários brasileiros, segundo dados e indicadores atualizados anualmente pela ANS (2019), os usuários de planos e seguradoras de saúde suplementar possuem uma relação consumerista de matriz contratual onde se fundam as discussões judiciais em saúde suplementar, e hoje, também são alvo de discussão no que pesa à natureza privada, esta compreendida como direito constitucional de acesso à saúde (CARLINI, 2017).

Assim, no ano 2000 foi criada a ANS com a missão de promover a defesa do interesse público e dos usuários da assistência suplementar à saúde, bem como entrou em vigor a Lei nº 9.656. A partir de então, passou a caber à referida agência o condão de autorizar reajustes de mensalidade de planos individuais; acompanhar a saúde financeira das empresas em atuação para detectar riscos financeiros e assistenciais que possam afetar o consumidor; monitorar regular e fiscalizar as empresas; e realizar a revisão do rol de procedimentos composto pelo serviço de saúde e da cobertura mínima a ser oferecida pelas operadoras de saúde (CARLINI, 2017).

A ANS foi criada para ser independente, inclusive no que tange ao orçamento para custeio de suas atividades, devendo contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Em regra, as operadoras de saúde, no Brasil, são administradas a partir do pressuposto do mutualismo, ou seja, da contribuição de um grupo de pessoas, em valores prefixados que são pagos em período de tempo previamente fixado e com rigor no cumprimento do compromisso, para que se possa constituir um fundo comum do qual serão extraídos os valores

necessários para o pagamento das despesas que cada um dos contribuintes terá ao longo do período de vigência do contrato (CARLINI, 2017).

Assim, como regra, não há margem para gastos indevidos, não previstos ou não provisionados nos contratos. Gastos não previstos geram impacto em toda a mutualidade e não apenas para o usuário que contribuiu.

Portanto, caso um usuário contribua para ter direito a um determinado rol de procedimentos fixado pela ANS e, num momento de sua vida pretenda ter acesso a um tratamento não previsto no seu rol, ele poderá obter autorização judicial para esse atendimento, mas os valores do fundo mutual que serão utilizados prejudicarão todos os usuários que contribuíram porque, na prática, estará sendo utilizado valor para custeio de um procedimento não previsto, não calculado e para o qual não há provisão (CARLINI, 2017).

Assim, o usuário da operadora de saúde que não busca o Judiciário, mas é afetado pelas decisões referente a outros usuários, é duplamente penalizado com as decisões judiciais que obrigam o fornecimento do que não está previsto no contrato e/ou no rol de procedimentos da ANS (CARLINI, 2017). É prejudicado porque tal fato repercutirá na precificação do próximo período anual de contratação, que será maior em razão da sinistralidade do período anterior; reverberando, outrossim, na sustentabilidade das operadoras, que ano a ano vão deixando de operar (ANS, 2019, *online*).

O pressuposto de que as operadoras de saúde podem acolher procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais que não tenham sido calculados atuarialmente quando foi estabelecida a precificação para a contribuição dos usuários, é parte de um imaginário que os números da ciência matemática não permitem prosseguir. Ignorar o impacto da intervenção do Poder Judiciário na sustentabilidade das operadoras de saúde é um enorme risco que atinge não apenas as próprias operadoras, mas principalmente seus usuários, que poderão ficar sem os serviços em razão dos problemas de solvência (ANS, 2019, *online*).

Deste modo, com relação aos planos de saúde, organizar e administrar corretamente o fundo mutual é a principal função das operadoras, sob pena de não disporem de recursos para todos os pagamentos que tiverem que realizar ao longo da vigência dos contratos.

Na atualidade, não raras são as vezes nas quais há ocorrências de usuários de operadoras de saúde buscando o Poder Judiciário para pleitear tratamentos que não se encontram previstos no contrato e, outrossim, sequer se encontram relacionados no rol de procedimentos da ANS (CARLINI, 2017)

A fundamentação jurídica das decisões dos magistrados para conceder os pedidos aos usuários é, quase sempre, a dignidade da pessoa humana, a saúde como direito social

constitucional e a preservação da vida como pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2017).

Deste modo, se por um lado seria possibilitado argumentar que a judicialização gera maior proteção aos usuários de planos de saúde, por outro lado e de forma consistente do ponto de vista jurídico, também se poderia alegar que essa intervenção judicial nas relações privadas reguladas pelo estado federal, geram insegurança, com repercussão jurídica e econômica.

Verifica-se repercussão jurídica pois os contratos privados, firmados entre as operadoras e as empresas contratantes ou, com a pessoa física contratante, têm sua organização descaracterizada por decisões judiciais, embora estejam construídos em adequação com a legislação em vigor e sob a regulação da ANS (CARLINI,2017).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar fiscaliza os contratos, sob pena de caso não serem aprovados pelo órgão regulador, não poderem ser comercializados no mercado. Deste modo, nenhum contrato de seguro saúde poderia ser elaborado de forma livre entre as partes, porque há que se atender a todos os dispositivos legais e administrativos aplicáveis à matéria (CARLINI,2017)

Porém, os contratos são diariamente modificados por decisões judiciais que incluem serviços a serem prestados aos usuários, mesmo quando esses serviços não se encontram previstos na lei, na regulação ou nos contratos, lembrando que os contratos de saúde privada podem prever procedimentos para além daqueles considerados essenciais pela agência reguladora, mas não menos (CARLINI, 2017)

O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o STF já se manifestaram em decisões judiciais considerando o rol de procedimentos da ANS como meramente exemplificativo, viabilizando que se interprete que todo e qualquer procedimento que o usuário necessite poderá ser inserido como devido pela operadora de saúde, o que torna os contratos dispensáveis. No julgamento do AgInt no AREsp 1036187/PE, o Rel. Ministro Raul Araújo, consignou seu voto nos termos abaixo colacionados, representando o posicionamento do STJ

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA. PROCEDIMENTO PRESCRITO. NECESSIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE COBERTURA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O fato de o procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo. 2. A Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que o procedimento prescrito pelo médico era imprescindível ao tratamento da agravada. Assim, para alterar essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-

probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte. 3. Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento. 4. Somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo agravado, que teve a cobertura de plano de saúde negada para aplicação de toxina botulínica prescrita pelo médico para tratamento de espasmo hemifacial esquerdo. 5. Agravo interno não provido. Decisão: Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. (AgInt no AREsp 1036187/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017). (STJ, 2017, *online*)

No mesmo sentido, o ARE 0117392-31.2009.8.05.0001BA, de relatoria do Min. Edson Facchin traz os seguintes apontamentos do STF, *in verbis*:

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que condenou plano de saúde de servidor público por negativa de cobertura, em acórdão assim ementado (eDOC-1, p. 35): “Apelação cível. Obrigação de fazer c/c indenização. Plano de saúde. Exame PET-TC. Recusa de cobertura. Rol de procedimentos da ANS. Ausência. Irrelevância. Rol exemplificativo e não exaustivo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral caracterizado. Sentença mantida na íntegra. Apelo desprovido. Em que pese a Agência Nacional de Saúde (ANS) não relacionar o exame PET-TC em seu rol de procedimentos médicos, tal fato não obsta sua cobertura, pois a jurisprudência pátria vem entendendo que o referido rol não é taxativo, servindo apenas como referência para os planos de saúde privados. Importante consignar que, de fato, o mero descumprimento contratual não enseja, em regra, indenização por danos morais, todavia, diante das peculiaridades do presente caso, entendo que a conduta da ré causou danos morais ao autor, uma vez que restou configurada a dor, aflição psicológica e agonia, por ele suportadas em razão da negativa de cobertura do tratamento emergencial de um câncer.” No recurso extraordinário, com fundamento no permissivo constitucional do art. 102, III, a, aponta-se ofensa ao artigo 37, da Constituição da República, por violação do princípio da legalidade. Alega-se, em suma, que a negativa de tratamento fundamentou-se na ausência de determinação legal expressa para sua realização. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre os temas discutidos nestes autos. Ressalte-se que no exame do ARE-RG 697.312, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 23.11.2012 (Tema 611), O Plenário desta Corte decidiu que não possuem repercussão geral as controvérsias que versam sobre a responsabilidade civil por danos morais e materiais decorrentes da negativa de cobertura por operadora de plano de saúde, não ensejando a abertura da via extraordinária por não prescindir do exame de legislação infraconstitucional, de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos, como a do caso em exame. Ademais, no exame do ARE-RG 640.713, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJe 22.09.2011 (Tema 461), este Supremo Tribunal Federal entendeu inexistir repercussão geral nas causas que envolvam discussão sobre a legalidade de cláusulas previstas em contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, tal como o caso dos autos. Por fim, ao julgar o RE-RG 950.787, DJe 09.06.2016 (Tema 890), o Plenário deste Tribunal afirmou não existir repercussão geral nos casos em que a alegada ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, propriedade, do devido processo legal e seus consectários ocorre de forma genérica, exigindo interpretação das normas infraconstitucionais e revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que torna inadmissível o processamento do recurso extraordinário, como no caso em exame. Ante o exposto, em vista dos

pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca dos temas suscitados neste recurso extraordinário com agravo, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no art. 328 do RISTF. Publique-se. Brasília, 26 de setembro de 2016. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (STF - ARE: 992359 BA - BAHIA 0117392-31.2009.8.05.0001, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 26/09/2016, Data de Publicação: DJe-209 30/09/2016) (STF, 2016, *online*)

A reiteração dos entendimentos acima colacionados, *e.g.*, têm se repetido em todos os tribunais, gerando no âmbito econômico como principal preocupação a sustentabilidade do sistema, a saúde financeira e a solvência das operadoras de saúde, que não estão preparadas para inserir de supetão todos os procedimentos deferidos pelo Poder Judiciário (CARLINI, 2017).

Os cálculos atuariais são realizados a partir de estudos estatísticos para avaliar probabilidades e, com base nisso, estabelecer a precificação de planos conforme critérios (idade, sexo, predisposição, *etc.*). Se o fundo mutual começa a custear hipóteses que não haviam sido previstas, sua solvência correrá sérios riscos.

Entretanto, quando se trata da solvência e da sustentabilidade das empresas privadas no Brasil, em qualquer área da atividade econômica, o imaginário social trabalha com a ideia de que são extremamente lucrativas, que seus sócios e acionistas são milionários e que, nessa medida, podem suportar toda e qualquer despesa que sobrevier independentemente de como tenha sido seu planejamento orçamentário para o período (CARLINI, 2017).

Em relação às operadoras de saúde, há forte impressão de que estão preparadas para suportar todos os valores que lhe foram impostos até porque, quase sempre, são grandes grupos econômicos ligados a seguradoras e bancos. Contudo, a realidade é diversa do imaginário social e deve ser levada em consideração (CARLINI, 2017)

Em dezembro de 2008 a ANS informava que havia 1.546 operadoras de saúde no Brasil e em dezembro de 2018 esse número caiu para 1.038. (ANS, 2019, *online*). Deste modo, as decisões judiciais que obrigam as operadoras de saúde a fornecerem procedimentos e materiais que não estavam originariamente previstos no contrato ou que obrigam a fornecer o que não está previsto pelo rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde provocam impacto econômico nas contas das operadoras e isso repercute para a própria operadora, mas também para seus usuários, o que nem sempre é avaliado pelo Poder Judiciário. Nos exatos termos do art. 197 da CF/88 (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p.38)

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

Diante do exposto, necessário ressaltar que todo o direito à saúde deve sofrer fiscalização e controle do Estado, em qualquer uma de suas vertentes, como saúde pública, prestada diretamente pelo Poder Público, saúde complementar, prestada pela iniciativa privada que complementa o SUS, saúde suplementar, prestada por meio de operadoras e planos de saúde, e saúde privada, prestada mediante pagamento direto, a saúde foi qualificada pelo legislador constitucional como um serviço de “relevância pública”, devendo sofrer intensa regulação do poder estatal.

4 AS TUTELAS DE URGÊNCIA: REQUISITOS E LIMITAÇÕES

O novo Código de Processo Civil, Lei nº13.105/2015 em vigor desde março de 2016, inova utilizando a terminologia tutela de urgência e evidência.

Possível é a afirmativa de que não existiriam demandas de saúde no plantão judiciário noturno se não houvesse normativamente previsão de institutos como os da tutela provisória. Somente a urgência de seus casos e a expectativa de tê-los resolvidos, ou momentaneamente remediados, é que induzem (e compelem) os dilemas de saúde a serem aviados ao Judiciário no período noturno. Deste modo, o instituto da tutela provisória encontra-se por natureza, intrinsecamente atrelado a objetos jurídicos de processos tidos como “causas urgentes”, onde as regras e as características legais do instituto devem ser obedecidas pelos juízes para garantia da segurança jurídica e do devido processo legal (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017).

A vertente da tutela de urgência subdivide-se em cautelar ou satisfativa e estas, por sua vez, subdividem-se em antecedente ou incidental, conforme prevê o parágrafo único do art. 294¹⁶ (BRASIL, 2015). Para fins da discussão levantada em sede de pesquisa, somente serão tratados os fundamentos e requisitos para concessão da tutela de urgência, pois o estudo visa analisar o fenômeno da ida noturna ao Judiciário, que por sua vez, somente é justificada a existência do plantão noturno para tratar de coisas urgentes.

A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa. Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (“*fumus boni juris*”) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (“*periculum in mora*”) conforme a inteligência do art. 300¹⁷, do CPC (DIDIER JUNIOR, ZANETTI JUNIOR, 2017).

¹⁶ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

¹⁷ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1o Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2o A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3o A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão de tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente a essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão da extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade; e vice-versa (DINAMARCO, 2017).

O direito brasileiro e seus destinatários e aplicadores já se encontravam acostumados com os ditames da antecipação dos efeitos da tutela, introduzidos no Código de Processo Civil de 1973, no art. 273¹⁸, desde 1994 (BRASIL, 1973, *online*). O dispositivo processual em comento teve por objetivo facilitar a concessão e o reconhecimento de direitos inequívocos e inconteste a jurisdicionados em busca de uma justiça mais célere e eficaz, vindo o dispositivo da antecipação dos efeitos da tutela a garantir processualmente o acesso mais amplo à justiça (DINAMARCO, 2017).

Porém, sua utilização bem como seu deferimento em larga escala faz com que a morosidade processual seja afastada de modo imediato, o que acaba gerando no imaginário das pessoas, que todos os seus problemas podem ser solucionados de forma muito rápida pelos juízes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018).

Nas palavras de Fredie Diddier Jr: “No dia a dia do foro, quanto mais “denso” é o *fumus boni juris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*, por outro lado, quanto mais “denso” é o *periculum in mora*, exige-se com menor rigor o *fumus boni juris*” (DIDIER JUNIOR, ZANETTI JUNIOR, 2017), que complementa os propugnados com o ensinamento de Eduardo José da Fonseca Costa, no qual demonstra que:

[...] o “Direito vivo” aceita várias combinações entre probabilidade e perigo, para fim de concessão da tutela provisória. Na prática forense, “o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*” são vistos como pautas ‘móveis’, que podem se apresentar em graus ou níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos (...) e conseqüentemente, para conceder-se a liminar, não há necessidade da presença simultânea dos dois pressupostos. Entre eles há uma espécie de permutabilidade livre. Se o caso concreto desviar-se do ‘tipo normal’ e somente um dos pressupostos estiver presente em “peso decisivo”, mesmo assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma ‘configuração atípica’ ou “menos típica”, que se afasta do modelo descrito na lei. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de tutelas liminares, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* fossem “elementos” ou “forças” que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional. (In: DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 185)

¹⁸ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Contudo, ainda que se possa ter certa flexibilidade nos requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória de urgência, não se pode ter em mente a possibilidade de o deferimento da tutela possuir critérios de discricionariedade judicial.

4.1 A discricionariedade nas tutelas de urgência

Como já discutido anteriormente, a discricionariedade judicial é algo prejudicial ao princípio da segurança jurídica e não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito sob pena de violação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, principalmente, da necessidade de fundamentação lógica e legal das decisões judiciais.

Sobre esse tema o professor Alexandre Câmara (2017) escreveu o artigo intitulado: “Tutela de urgência e (ausência de) discricionariedade judicial” afirmando que:

O exame da jurisprudência brasileira mostra que, com muita frequência, tem-se afirmado ser discricionário o poder do magistrado de conceder a tutela de urgência. Isto, porém, é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. (...) Discricionariedades são incompatíveis com o Direito. (...)” (CÂMARA, 2017, p. 38)

Sob tal égide, o reconhecimento da necessidade de utilização do poder discricionário do juiz não faculta a sua aplicação de forma automática, tampouco deve possibilitar escolhas meramente concessivas ou denegatórias sobre tutelas de urgência, sem a análise de pedidos fundamentados por documentos que nada comprovam quanto ao quadro de urgência ora afirmado, em correlação ao direito pleiteado (CÂMARA, 2017).

Sob tal raciocínio, se é discricionário conceder ou não a tutela de urgência, então também é legítimo que pessoas em situações idênticas, tendo seus casos submetidos a juízes diferentes, obtenham respostas diferentes, uma vindo ser deferida – e a outra indeferida- a tutela de urgência que tenham requerido. Mas se assim o é, então não se poderia mais afirmar que elas são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição da República¹⁹), pois terá havido a criação de normas jurídicas diferentes para situações idênticas, violando-se a exigência de tratamento igualitário para situações idênticas (*to treat like cases alike*) que resulta do princípio constitucional da isonomia (CÂMARA, 2017).

Na mesma opinião expõe Teresa Arruda Alvim Wanbier:

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

O Juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo todos, juridicamente lícitos e “queridos” pela norma, embora uns possam ser “melhores” que outros. Para o Magistrado há uma solução, que há de tida como correta: a desejada pelo legislador e “determinada” pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja dos mais fáceis. (WAMBIER, 1995, p. 234)

Outrossim, Eros Roberto Grau complementa o embate com o seguinte posicionamento acostado no excerto abaixo:

Além disso, outra razão, maior, nos impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz, meramente, a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função- dever- poder está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade) [...] (GRAU, 1996, p. 155 – 156)

Logo, como amplamente defendido pelos processualistas acima colacionados (DINAMARCO, 2017; DIDIER JUNIOR, ZANETTI JUNIOR, 2017; CÂMARA, 2017; WAMBIER, 1995; GRAU, 1996) não há como se falar em conveniência ou oportunidade no momento de analisar sobre o deferimento de uma tutela de urgência, de forma a dever ser considerada a atuação do magistrado de acordo com a necessária observância dos princípios, normas e regras legais pertinentes à lei processual civil, para a garantia constitucional do devido processo legal.

Contudo, ainda que esteja obrigado ao respeito à lei, o magistrado tem a sua disposição várias possibilidades para efetivar a tutela de urgência deferida, e a isso se chamou doutrinariamente como: “poder de cautela judicial”. O legislador previu o poder de cautela do magistrado no art. 297 do CPC²⁰ (BRASIL, 2015, *online*), garantindo optativa de atuação ao permitir a adoção das chamadas “medidas adequadas” para a efetivação da tutela provisória durante o cumprimento provisório da sentença, cujos efeitos podem perdurar a curto, médio e longo prazos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018).

A conclusão que se extrai da leitura conjugada dos dispositivos processuais mencionados é que eles concedem ao julgador um poder geral de cautela e de efetivação, com a adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017). O juiz pode, então,

²⁰ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

determinar as medidas que entender necessárias para efetivação da tutela provisória, fundamentando a necessidade de sua utilização.

Pois, ainda que o legislador tenha garantido o poder geral de cautela ao magistrado, nos termos do art. 297 do CPC, esse poder não é discricionário, pois está vinculado diretamente ao art. 298²¹, também do CPC (BRASIL, 2015, *online*), que exige motivação de modo claro e preciso nas decisões envolvendo a tutela provisória.

Em sua obra, Alexandre Câmara, após verificar vários exemplos jurisprudenciais, incluindo aqueles advindos dos Tribunais Superiores, em que foram utilizados os termos “discricionariedade do magistrado”, conclui que:

(...) em cada caso concreto, caberá ao juiz verificar se estão ou não presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência. Presentes tais requisitos, fica ele obrigado a conceder a medida. Faltando algum dos requisitos, fica o juiz impedido de deferir a medida urgente. Não existe, pois, qualquer discricionariedade na concessão, pois não haverá, em hipótese alguma, duas ou mais opções legítimas postas diante do magistrado para que esta escolha por critérios de conveniência e oportunidade. O que há, em cada caso, é uma decisão correta. (CÂMARA, 2017, p. 38)

Deste modo, a exigência de fundamentação correta das decisões tem respaldo constitucional no art. 93, inciso IX, da CF/88²² (BRASIL, 2018). A esse respeito, Nelson Nery Jr (2013) assevera que: “A fundamentação da decisão há de ser completa, para abarcar as hipóteses de fato que revelaram a urgência da medida ou a evidência de prova que autoriza a solução dada”. Logo, as decisões que concedam a tutela provisória, cuja fundamentação se resume à assertiva de que “presentes os pressupostos da tutela provisória, defiro”, tão comuns e vistas na prática forense, são, em verdade, decisões sem fundamentação, que deveriam, pois, ser invalidadas (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017).

Tais decisões se encaixam perfeitamente às hipóteses de decisão não fundamentadas previstas nos incisos I, II e III do §1º do art. 489, do CPC²³ (BRASIL, 2015, *online*). No mesmo

²¹ Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

²² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²³ Art. 489

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

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

sentido, Calmon de Passos já alertava sobre a necessidade de maior fundamentação nas decisões, antes de se pensar em alterar o CPC, conforme é possível depreender do excerto justaposto a seguir:

Sinceramente espero não ler, no futuro, imoralidades jurídicas iguais às que tenho lido na fundamentação de certas cautelares, em que se diz, pura e simplesmente, estar-se deferindo a medida porque presentes tanto o *fumus boni juris* quanto o *periculum in mora* (assim mesmo em latim, para impressionar) e a parte consulte uma sibila para desvendar o pensamento do magistrado> Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada(...), com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica. (PASSOS, 1995, p. 28)

A partir da interpretação dos apontamentos de Calmon de Passos, o juiz deverá sempre, em qualquer tipo de decisão, verificar se está devidamente fundamentada, expondo clara e precisamente a situação de perigo, que ensejou o deferimento, bem como dos efeitos sociais que se pretende adiantar (PASSOS, 1995). Assim sendo, o art. 300²⁴ do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*), dispõe sobre a tutela de urgência e traz os requisitos para sua concessão, os quais devem ser observados na íntegra pelos juízes.

No tocante à concessão da tutela de urgência, em sede de plantão noturno para questões de saúde, se faz necessária a análise da prova do risco de dano concreto a própria vida, a ponto de justificar a concessão da tutela fora do horário de funcionamento regular do fórum e com um juiz diverso daquele que julgará o mérito do processo.

Portanto, somente verificada a urgência, que deverá ser provada mediante laudo que ateste o risco de vida do requerente, o juiz deveria conceder a tutela de urgência em sede de plantão noturno, podendo requerer também, conforme as peculiaridades da hipótese apresentada, a contracautela conforme previsão no §1º do art. 300, do CPC (BRASIL, 2015, *online*).

Assim, a concessão e a efetivação da tutela provisória dar-se-á sob a responsabilidade objetiva de seu beneficiário arcar com os prejuízos causados ao adversário em caso de reforma ou cassação da decisão, bem como poderá o juiz exigir caução para sua concessão, contudo

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

²⁴ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

haveria dispensa da contracautela, nos casos de hipossuficiência comprovada, para não ferir o princípio do acesso à justiça (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017).

As tutelas deferidas em sede de plantão noturno estão enquadradas na hipótese do art.300, §2º, do CPC, (BRASIL, 2015, *online*), pois são tutelas liminares, sem prévio contraditório judicial, e somente nas hipóteses de real perigo na demora justifica-se a postergação do contraditório e a própria postergação da análise pelo juiz competente (COMPARATO, 2019).

Dentro dessa realidade, apresenta-se como incabível a atual possibilidade de designação de audiência de justificação em sede de plantão judicial noturno, pois as decisões devem ser tomadas em um curto espaço de tempo, qual seja das 18h às 11h do dia posterior. Contudo, não há vedação normativa quanto à atuação do magistrado em optar, quando não estando convencido da necessidade da tutela dentro do período estabelecido no plantão noturno, por designar audiência de justificação para o comparecimento das partes, perante o juiz competente que irá decidir o mérito da causa.

Neste sentido, o §3º do art.300, trata do perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela, que é comentado por Alexandre Freitas Câmara nos seguintes termos, *in verbis*:

Uma interpretação apressada da norma levaria a concluir que, havendo risco de que a antecipação da tutela jurisdicional acarretasse efeitos irreversíveis, tal antecipação seria terminantemente proibida. Esta, porém, não é a melhor exegese. Isto porque há casos em que o indeferimento da tutela antecipada pode causar um dano ainda mais grave do que seu deferimento. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que a antecipação da tutela se faça necessária para que se realize uma transfusão de sangue, ou uma amputação de membro. Ambos os casos revelam provimentos jurisdicionais capazes de produzir efeitos irreversíveis. Ocorre que o indeferimento da medida, nos exemplos citados, provocaria a morte da parte, o que é –sem sombra de dúvida– também irreversível. (CÂMARA, 2017, p. 444 – 445)

Em certos casos, subsiste a possibilidade de que a urgência fique em atrito com a segurança e de que a participação colida com a efetividade. Nesse emaranhado de dados, caberia ao julgador a procura pela resposta mais proporcional (COMPARATO, 2019). Assim sendo, um dos critérios utilizados para verificar a irreversibilidade do provimento a ser dado é o da “proporcionalidade”, pelo qual o juiz deverá sopesar os valores em jogo, para saber a qual deles deverá dar proteção, ou qual deles deverá sacrificar, a urgência do pedido ou a irreversibilidade de seus efeitos (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017). O professor Humberto Dalla ao discorrer sobre o tema amplia a necessidade de ponderação na análise quanto à irreversibilidade:

É preciso que o juiz, à luz do princípio da proporcionalidade, examine não apenas o direito do autor, mas igualmente o possível direito do réu. Dessa forma, o juiz não

deve conceder a tutela antecipada quando o dano que ela possa causar ao réu seja muito mais grave do que aquele que sofrerá o autor se a tutela não for concedida. (PINHO, 2012, p. 69)

A esse respeito, Luiz Flux (2017) considera que, na prática, em boa parte dos casos a tutela urgente é irreversível. A irreversibilidade é, portanto, entendida literalmente, como ação cujos fins podem aniquilar o instituto da tutela antecipatória. Deste modo, Fux (*idem op. Cit.*) afirma, inclusive, que há providências urgentes cujos resultados são irreversíveis e não obstante devem ser deferidas, desde que não causem prejuízo irreparável ao demandado.

Contudo, existe a possibilidade de com o uso do poder geral de cautela, o juiz poder adotar providências que permitam evitar a irreversibilidade dos efeitos da tutela (COMPARATO, 2019). Observando que o embate jurídico está no fato de que de um lado estará localizado o princípio do devido processo legal, conforme preceitua o art.5º, LIV, CF/88²⁵, e, do outro, o bem jurídico tutelado, que pode ser o direito à vida, direito à saúde, direito à educação, dentre outros, que demandem urgência (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018). Todavia, caso não restem configuradas tais ameaças aos direitos, os requisitos negativos da antecipação dos efeitos da tutela, ganharão impulso, justamente para que, na medida do possível, se assegure a observância ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, sem, contudo, frustrar a efetivação de um direito, ou ainda, a concessão de um provimento útil no tempo (COMPARATO, 2019).

Portanto, o requisito negativo, previsto no artigo 300, §3º, privilegia o princípio do contraditório e da ampla defesa, em detrimento dos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo, sem poder, contudo, excluir a possibilidade de sua aplicação. Deverá, como já afirmado anteriormente, ser feita a ponderação entre os princípios, de acordo com o caso concreto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018).

Logo, a tutela antecipatória, como instrumento de provimento de percepção provisória, promove questionamentos pertinentes, quando a providência pretendida representa um esgotamento do juízo de conhecimento, pondo em perigo o equilíbrio entre os princípios constitucionais da segurança jurídica, do contraditório e da efetividade da prestação jurisdicional, devendo ser usada de forma ponderada pelos magistrados.

²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

4.2 A tutela de urgência em caráter antecedente

A tutela de urgência em caráter antecedente merece tratamento destacado, pois se apresenta como inovação processual, cujo escopo principal é o de diminuir o congestionamento do número de demandas judiciais, quando empregada de forma legítima e com a boa-fé esperada dos litigantes do processo.

Neste sentido, a lógica jurídica empregada pelo legislador teve por intuito produzir um construto jurídico-normativo efetivamente voltado para balizar casos e fatos onde a parte pleiteia direito iminentemente perecível, caso não haja intervenção do Estado-juiz, de forma a garantir uma “manutenção precária mínima”, em face da gravidade da situação fática e a urgência a ela atrelada, de modo tão evidente que não se permite uma análise aprofundada e tão minuciosa a ponto de ser possível instruir uma peça exordial com todos os seus requisitos processuais, tampouco instruir o pedido com um arcabouço probatório robusto, de modo a ser juridicamente possível impetrar o pedido, este tão somente delimitado ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com apresentação de provas em momento posterior.

A tutela provisória antecedente satisfativa foi introduzida nos arts. 303²⁶ e 304²⁷ do CPC, se trata de um requerimento efetivado por petição simples e objetiva que, deflagrará o

²⁶ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito

²⁷ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

processo, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018).

Conforme ensinam DIDIER JUNIOR e ZANETTI JUNIOR (2017), a tutela provisória antecedente é um requerimento anterior à formulação de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos. A situação de urgência, já existente no momento da propositura da ação, justifica que o autor, na petição inicial, limite-se a requerer a tutela provisória de urgência recebida a ação de tutela antecipada antecedente. Neste caso, o juiz poderá optar por: (I) deferir o pedido, com base no art. 300,§2, do CPC; ou (II) determinar a emenda da petição inicial no prazo de 5 dias, sob pena de indeferimento e da extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme inteligência dada pelo art. 303, §6º, também do CPC.

Deste modo, a inovação da tutela provisória antecedente faz uma mitigação do princípio da primazia da tutela de mérito, visto que dá às partes, autor e réu, a oportunidade de abrirem mão dessa discussão em prol de uma solução que a eles melhor se amolda, muito embora não analise a questão de forma exauriente e tampouco se permita o alcance da coisa julgada (CORRÊA, 2018).

Neste sentido, Raphael Corrêa traz em sua obra o seguinte exemplo que reproduzido *in totum*, pois relevante para o trabalho, colaciona-se *in verbis*.

Determinado enfermo requer ao plano de saúde sua internação para tratamento médico e cirúrgico. O plano de saúde, administrativamente, nega o atendimento dizendo que não custeará o tratamento, pois não haveria cobertura contratual para tanto. Considere que a negativa do plano de saúde seja injusta. Sabe-se que a jurisprudência, nestes termos, determina a cobertura e há uma tendência muito grande de o magistrado que irá julgar essa demanda seguir o rumo de julgados anteriores. Com pressa e necessitando urgentemente do tratamento, o autor demanda, nos moldes do art. 303 do NCPC, e, pelo que dispõe seus parágrafos, sinaliza que irá se valer do procedimento previsto no §5º do mesmo artigo. O plano de saúde, demandado, não interpõe recurso.

Pelo que se imagina, o demandante, quando aponta que irá se valer da sistemática trazida pelo §5º do art. 303 do NCPC, sinaliza ao réu que se ele, demandado, não pretende litigar, o desfecho do processo se dará ali, ainda que sem resolução do mérito, mas com a estabilização da tutela provisória até então deferida (...).

§ 2o Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3o A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.

§ 4o Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5o O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1o.

§ 6o A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o deste artigo.

Significa dizer que, nestes moldes, não só o autor não precisaria conviver com o processo que, a ele, chegou ao seu desfecho, visto que o bem da vida se exauriu, como também ambos não precisariam sofrer mais com o dispêndio econômico e o desgaste emocional tão comuns aos processos judiciais. (CORRÊA, 2018, p. 120-121)

Nessa linha de conta, o §5º do art. 303 é uma mensagem de boa-fé ao demandado para que este saiba que, se ele, demandado, considerar que o autor tem razão em seu pleito, ainda que não se tenha discutido o mérito até este momento, ainda que a análise seja sumária, poderá, caso não interponha o agravo por instrumento, fazer findar o processo ali, naquele momento (CORRÊA, 2018)

A estabilização da concessão da tutela de urgência antecedente é realizada conforme previsão do artigo 304²⁸ do CPC. Assim sendo, quando os requisitos taxativamente arrolados forem preenchidos, a situação, tanto para o autor quanto para o réu, é favorável, já que o autor sem maiores dilemas consegue de forma rápida a tutela pretendida e o réu deixa de ter gastos com advogados e custas por reconhecer o pedido de forma liminar, deixando de interpor agravo de instrumento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2018).

A prática forense e processual demonstra que, uma vez deferida a tutela provisória, nela própria, terá havido o exaurimento do bem da vida buscado em juízo, portanto, para o autor, haverá brevidade no procedimento, e sua continuidade não teria serventia alguma ao demandante. Ao réu que concorda e não recorre por agravo de instrumento, terá havido o encerramento do processo de imediato, o que significa, objetivamente, menor prejuízo financeiro, o que se revela como verdadeiro estímulo à inércia, à não insurgência (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017)

Deste modo, a inovação trazida pelo Novo CPC da tutela satisfativa de caráter antecedente descreve exatamente as hipóteses, que em regra, são levadas ao plantão noturno, quais sejam, medidas urgentes, sem tempo hábil para elaboração de petições complexas, sem

²⁸ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

condições de reunir todos os elementos probatórios e que na ausência de recurso, levaria a extinção do processo, tão logo satisfeita a tutela requerida. Numa análise crítica, esta modalidade de procedimento poderia ensejar o desafogamento das varas, ao mesmo passo em que não violaria o direito de acesso à justiça.

4.3 A pretensão indenizatória

Não conseguir imediatamente um leito na UTI, ter negada uma cirurgia, precisar de um medicamento ou tratamento - todos esses fatos e muitos outros são passíveis de pedidos de indenização que visam a reparação e a quantificação de um sofrimento de ordem pessoal.

Ao serem analisados os pedidos de concessão das tutelas de urgência, o acesso à justiça e o número excessivo de demandas levadas ao Judiciário para garantir o tão proclamado direito à saúde, os efeitos das indenizações nas ações propostas perante o plantão judiciário noturno se fazem presentes, ainda que com características coadjuvantes.

Ao considerar que a grande parte dos pedidos de tutelas em saúde feitos mesmo no período da madrugada, em meio ao plantão noturno, são acompanhados de pedidos de indenização, seria possível vislumbrar o interesse existente nas condenações por danos morais que acompanham os pedidos nas ações de saúde.

Em verdade, não é possível afirmar nessa pesquisa, por total ausência de elementos sobre a vontade das partes, que elas visam *prima facie* às indenizações quando ingressam no Judiciário, na busca por soluções para suas questões de saúde, principalmente quando se consideram as tantas mazelas que o povo enfrenta na busca efetiva de satisfazer o direito à saúde. Todavia, o pedido de indenização acompanha a grande maioria dos pedidos envolvendo ações de saúde, conforme melhor demonstrado nos gráficos a seguir²⁹.

Portanto, sendo o pedido de indenização um fato nas ações que envolvem os pedidos de saúde, devem ser analisadas com maior cautela as nuances da reparação, bem como as consequências do seu deferimento para o fenômeno da judicialização da saúde, com o enfoque na postura do Judiciário e na análise dos pedidos de indenização.

Assim sendo, a discussão não visa argumentar ou defender a diminuição da possibilidade postulatória das partes com relação aos pedidos de indenização, mas sim, analisar

²⁹ Na pesquisa foi verificado que menos de 30% dos pedidos de saúde que ingressaram no plantão noturno estão desacompanhados de pedidos de indenização por danos morais.

meios para obtenção de um Poder Judiciário mais eficiente e garantidor de uma justiça mais célere e eficaz, cujo objetivo principal é garantir da segurança jurídica.

Deste modo, se faz necessária a análise sobre a forma como os juízes julgam os pedidos de indenizações por danos morais, considerando o modo como são avaliados e quantificados os valores indenizatórios pretendidos, tendo em vista a possibilidade de variação dos valores fixados por magistrados nas ações de indenização, bem como a preocupação com o crescimento exagerado desse tipo de ação, a ensejarem a denominação do fenômeno conhecido como “indústria do dano moral”.

O que se nota na jurisprudência nacional é que a variação do valor das indenizações não se dá com base na repercussão do dano sobre a vítima, mas sim em função de diferentes percepções pessoais dos magistrados acerca da gravidade do dano (SCHREIBER, 2017).

A fundamentação das decisões judiciais no tocante à quantificação das indenizações é normalmente sintética, quase lacônica, limitando-se quase sempre a considerações gerais sobre a gravidade daquele tipo de dano em geral, ao que se acrescenta, algumas vezes referências isoladas a julgados anteriores, às vezes do próprio julgador (SCHREIBER, 2017).

Há atualmente bastante liberdade aos magistrados para julgar ações indenizatórias. Todavia, as sentenças exprimem pouca preocupação social ou sistêmica e são guiadas pelo único propósito de realizar a justiça do caso concreto (SCHREIBER, 2017).

A discussão realmente relevante é sobre a falta de uniformidade ou, mais precisamente, a falta de isonomia no julgamento dos casos concretos, o que, acaba representando um déficit de justiça. Com efeito, a verdadeira volatilidade em que consiste o conjunto de precedentes relativos à Responsabilidade Civil brasileira representa um protagonismo judicial que cede, por vezes, passagem ao paternalismo exacerbado. Esta aplicação, nas palavras de Anderson Schreiber (2017) “quase robinhoodiana”- das normas gerais da codificação civil, guiada mais pelo “sentimento de justiça” de cada magistrado, ultrapassa a mera preocupação com a coerência e a isonomia nas decisões judiciais.

José Renato Nalini (2010), na mesma linha de raciocínio expõe que: “Não são poucos os juízes que se consideram Dom Quixote a restaurarem; com a sua decisão, a harmonia no mundo ferido pelas iniquidades”. Nesta perspectiva, o legítimo anseio de amparar as vítimas dos danos acaba, por vezes, a conduzir o Poder Judiciário brasileiro a se valer das ações de indenização para fins que vão muito além daqueles para os quais o instrumento foi pensado inicialmente.

Ante a constatação de que a vítima de um dano, que seria tido como puramente casual, não contará com os recursos necessários para aplacar o mal sofrido com a tragédia e não

receberá uma assistência pública adequada, como acontece em nosso país, os tribunais brasileiros acabam, por vezes, estabelecendo um liame qualquer entre a lesão sofrida e a atividade de alguma empresa ou do próprio Estado, capazes de suportar aquele ônus, no afã de evitar que a vítima permaneça em situação de desamparo (RODOTÁ, 2017).

Assim sendo, Rodotá (2017) aponta que das necessidades da vítima afloram as ações indenizatórias, assumindo, muitas vezes, maior importância aos olhos do Poder Judiciário do que a configuração da relação de causalidade que gerou o dano ou a pretensão a direito, em discussão. A notória insuficiência na prestação de assistência pública influencia, como não poderia deixar de ser, o julgador, “convencendo-o” frequentemente da necessidade de assegurar à vítima alguma indenização, de modo a atenuar o dano e seus efeitos exacerbados pela realidade social brasileira.

Logo, não é raro que o juiz, comprometido por dever funcional apenas com a solução do caso concreto, se sensibilize com o drama humano e acabe por alargar conceitos técnicos para concluir que há dever de indenizar a vítima. (RODOTÁ, 2017). Nesse sentido o Desembargador Werson Rêgo propõe ao Judiciário uma visão macro nos atos decisórios, conforme lê-se *in verbis*:

Estimular o julgador a entender que a decisão dele tem repercussão nas atividades econômicas e levando-o à reflexão sobre a importância de os julgamentos levarem segurança jurídica, estabilidade e paz aos mercados. As decisões têm que buscar, tanto quanto possível, o melhor resultado coletivo e não apenas o interesse isolado de um demandante específico. O julgador tem que saber como o mercado interpreta uma decisão judicial. Se julgarmos contra a regra, aumentamos os riscos nos mercados, que vão se proteger. E como? Embutindo o risco nos preços dos serviços e produtos. No final, quem pagará a fatura é o consumidor. Quando se pensa estar protegendo um consumidor ao dar a ele uma projeção jurídica sem um efetivo direito, esta conta será dividida com todos os consumidores daquele mercado. Então, surge a pergunta: será que os outros consumidores, sabendo disso, vão querer pagar esta conta ou vão preferir que o juiz seja rigoroso na análise de quem tem ou não razão? (RÊGO, 2017, p. 64)

A mesma visão é defendida por Maria Stella Gregori com relação específica às condenações judiciais nas ações contra planos de saúde, no texto abaixo:

Os magistrados nas demandas relativas aos planos de saúde acabam muitas vezes assumindo um papel proativo e paternal, no intuito de garantir aos consumidores, com fulcro nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, algo não previsto no contrato firmado ou na legislação vigente, e deixam de observar os impactos que suas decisões podem ter no âmbito social e econômico, expandindo o seu sentido e alcance. Isto gera tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. (GREGORI, 2017, p. 689)

No mesmo sentido, Schreber (2017), defende que a responsabilização civil de forma casuísta, cuja indenização fica ao sabor das convicções de cada magistrado no exame do caso

concreto, resulta em acentuada elevação do grau de imprevisibilidade do resultado das ações indenizatórias, intensificando ainda mais aquele sentimento geral de que a Responsabilidade Civil é instituto fluído e aleatório, uma verdadeira “loteria das indenizações”

A ausência de uma preocupação sistemática, baseando as indenizações somente na avaliação isolada do caso concreto, caracteriza um protagonismo judicial que, embora possa ser amparado na visão pessoal de justiça de cada magistrado, também representa em última análise, um déficit de isonomia - portanto, também de justiça, na medida em que resulta em julgamentos radicalmente distintos para situações fáticas semelhantes. De maneira pior, os pedidos indenizatórios disfarçam e camuflam as necessidades de reforma da disciplina da Responsabilidade Civil, que deveriam estar sendo discutidas por toda a sociedade, e não solucionadas por meio da deliberada deturpação de conceitos técnicos e da invocação de expressões gerais (“razoável”, “reparação integral” etc.) que se tornam vazias quando empregadas sem compromisso com a concretização do seu conteúdo (SCHREIBER, 2017).

A importância de uma visão ampla dos juízes ao fixarem indenizações, prestigiando além da vítima, a segurança jurídica esperada nas decisões judiciais e, sobretudo, a consciência do impacto das decisões indenizatórias sobre toda a sociedade, representam os principais cuidados a serem observados no momento de fixar indenizações, no intuito de ajudar a diminuir o fenômeno da judicialização individual de saúde, diminuindo a busca daqueles que não visam somente o cumprimento da obrigação, mas também benefícios por parte do Judiciário.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERSPECTIVA ANALÍTICA

A judicialização é uma dura realidade e representa uma série de problemas estruturais, econômicos e distributivos, por parte da Administração, através das suas políticas públicas em saúde, como o SUS e os altos custos observados na saúde suplementar. Neste sentido, a prestação jurisdicional via plantão noturno, pode ser enxergada como um dos esforços do legislador voltados para a proteção à vida, à dignidade humana e a prestação da tutela jurisdicional também em situações emergenciais.

Muito além do gargalo criado no Judiciário, como *ultima ratio* nas demandas em saúde, as iniciativas para conter as judicializações precisam ser revisitadas, a fim de trazer maior clareza sobre a atuação inovadora e estratégica dos Três Poderes, bem como discutir as vias de admissibilidade e julgamento de ações, especialmente as impetradas durante os períodos de plantão judicial noturno.

Todavia, a questão da saúde, como problema de matriz estrutural e sistêmica no ordenamento social do Brasil, possui falhas mais amplas e difíceis de serem sanadas, requisitando esforços conjuntos e planejamentos capazes de suprir necessidades em frentes estratégicas distintas, sobretudo visando a redução das judicializações mediante a melhoria do acesso à saúde, conforme as posturas inovadoras adiante apresentadas.

5.1 NO PODER LEGISLATIVO

O Legislador brasileiro tem contribuído muito para evitar que o sistema de justiça entre em colapso, atuando na criação de leis capazes de proporcionar alternativas e soluções que diminuam a judicialização. Neste sentido a promulgação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*) renovou o panorama processual com várias técnicas e inovações para a estabilização da jurisprudência e garantir a segurança jurídica, na expectativa de conter a desenfreada judicialização.

O incidente de resoluções de demandas repetitivas, abrangendo as questões de fato, constitui em inegável estímulo ao amadurecimento da sociedade no uso das ferramentas de tutela coletiva, o que deverá importar em fomento ao uso das ações coletivas em detrimento do juízo primariamente individualizado que congestionava drasticamente os tribunais (CURY, 2017).

O incidente de resolução de demandas repetitivas evita a surpresa judicial, garantindo a segurança jurídica, pois a decisão dos Tribunais Superiores em um IRDR impõe a adoção da

tese jurídica por todos os juízos e tribunais do país, evitando decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica, mercê de consagrar com largo espectro a isonomia judicial, tanto no aspecto jurídico (quanto à aplicação do Direito), quanto no institucional (quanto aos órgãos do sistema de justiça) (FUX, 2017).

O sistema de precedentes abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro através dos dispositivos contidos no art. 489, §1º, incs. V e VI³⁰, c/c o art. 927³¹, ambos do CPC - Lei nº 13.105/2015, propicia ao jurisdicionado uma maior previsibilidade das demandas judiciais e servirá como desestímulo ao ajuizamento de ações contrárias aos entendimentos consolidados pelos tribunais.

A uniformização de jurisprudência, consolidada pelo art. 926³² do NCPC, revela, de forma inequívoca, uma preocupação que esteve presente, como pano de fundo, em todos os momentos de elaboração do novo CPC. Esta preocupação diz respeito à extrema desuniformização da jurisprudência brasileira, que ocorre mesmo em torno de temas extremamente relevantes, desuniformidade esta que compromete de maneira profunda e indesejável a previsibilidade e a segurança jurídica.

Também ocorrem no Brasil, com reprovável frequência, alterações bruscas jurisprudenciais. Estas mudanças repentinas comprometem a segurança jurídica, surpreendendo o jurisdicionado e impedindo os indivíduos e as empresas de planejar suas vidas, “de acordo com o direito”. Por isso, uma das linhas mestras do NCPC é estimular e criar condições mais favoráveis para que se produza, no país, jurisprudência uniforme, estável (WAMBIER, 2015). Os métodos alternativos de resoluções de conflitos, como a mediação e a conciliação,

³⁰ **Art. 489.** São elementos essenciais da sentença:

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

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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.

³¹ **Art. 497.** Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

³² **Art. 926.** Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

representam um novo paradigma na forma de pacificação dos litígios, gerando verdadeira transformação social ao privilegiar o acordo e a construção do consenso (CURY, 2017)

A produção antecipada de prova, prevista no art. 381³³ do CPC, facilitando a autocomposição extrajudicial do conflito e o ajuizamento de ações malfadadas. Trata-se de mecanismo judicial probatório de relevante reflexo sobre a preocupação contemporânea de reduzir a litigiosidade exacerbada presente na cultura brasileira atual (JUNIOR, 2017).

Todas essas medidas têm por objetivo reformular o cenário procedimental, conferindo maior presteza à atuação do Judiciário, numa perspectiva de uniformização e harmonização de posturas, como forma de prestação jurisdicional eivada em maior segurança jurídica para advogados e tutelados.

Assim sendo, a via Legislativa demonstra esforços para diminuir a judicialização, de forma também a padronizar posturas, que servem como diretrizes de atuação para juízes, principalmente em sede de plantão noturno, quando a agilidade esperada nas decisões, muitas vezes obsta a uma análise ampliada, bem como atuam de forma voltada para a positivação de direitos e garantias fundamentais.

5.2 O ENGAJAMENTO DO JUDICIÁRIO

Os vários métodos de conter a judicialização e garantir a segurança jurídica, buscados pela incorporação de novos mecanismos procedimentais, podem ser observados em algumas hipóteses de julgamentos do Poder Judiciário, onde o ativismo judicial se apresenta voltado

³³ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

para solucionar as questões envolvendo a judicialização da saúde, seja nos esforços voltados para a saúde pública, seja atuando ativamente nas questões de saúde suplementar, pois, ambas traduzem dois polos de dois problemas intimamente vinculados, quais sejam: a ineficiente concretização do direito de acesso à saúde no Brasil e a conseqüente judicialização, visando a satisfação deste direito mediante a pretensão de fixação de obrigação por via de sentença judicial.

Neste sentido o STF, após a audiência pública nº4 realizada no AgRg na suspensão de tutela antecipada 175, o Min. Gilmar Mendes fixou parâmetros que devem ser seguidos pelos juízes, estabelecendo perguntas e etapas que conduzem a uma análise objetiva no julgamento envolvendo questões de saúde.

Assim, a primeira pergunta a ser respondida refere-se: (I) à inexistência ou não de política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte. Em caso positivo, há evidente direito subjetivo à prestação. Em caso negativo deve-se indagar (II) se a inexistência da política decorre de: a) omissão legislativa ou administrativa; b) decisão administrativa de não a fornecer ou c) vedação legal. Nessa última hipótese, não há direito. Mas na anterior, de decisão negativa, deve-se (II) questionar: a) se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado, a determinado paciente ou b) se o SUS não tem tratamento específico para aquela patologia. Na primeira hipótese, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS devem ser observados, a não ser que se evidencie que o tratamento não é adequado para determinada pessoa. Na última de inexistência de tratamento, deve-se procurar estabelecer (IV) se o tratamento pleiteado é a) puramente experimental, situação em que deve ser negada a prestação, ou b) ainda não testado pelo SUS, cenário no qual se admite ampla produção de provas (CUEVA, 2015, p. 515).

O STF no julgamento que produziu o Tema 579, sobre a melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da diferença respectiva, à luz do art. 196, da CF/88. A tese em repercussão geral, de relatoria do Min. Dias Toffoli, consignou o princípio da igualdade e da universalidade nos seguintes termos colacionados, *in verbis*:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. (STF, 2016, *online*)

As súmulas nº 302, nº 597, nº 608 e nº 609³⁴ do Superior Tribunal de Justiça - STJ, trazem a comento as formas com têm sido balizados alguns conflitos reprisados em larga escala, na realidade da saúde suplementar, tratando sobre a inconstitucionalidade e a ilegalidade de cláusulas contratuais de carência que limitam o acesso a internações, cirurgias e tratamentos médicos, bem como sobre a recusa de cobertura securitária. Tais decisões demonstram a busca por harmonização e parametrização não somente das decisões judiciais, como também visam a mudança de postura das empresas de saúde suplementar, com o objetivo de garantir o direito fundamental de acesso à saúde.

Tanto a saúde suplementar, quanto a saúde pública também representam assunto de especial relevância nas súmulas nº. 357, nº. 353, nº. 352, nº. 341, nº. 340, nº. 339, nº. 338, nº. 337, nº. 293, nº. 286, nº. 258, nº. 214, nº. 211, nº. 210, nº. 209, nº. 184, nº. 183, nº. 182, nº. 181, nº. 180, nº. 179, nº. 178, nº. 116, nº. 115, nº. 112. (TJRJ, 2018, *online*) do TJRJ, onde as respectivas redações tornam perceptível a primazia do direito fundamental de acesso à saúde, para fixar as obrigações de prestação da saúde, sejam de responsabilidade pública, sejam de responsabilidade privada, de forma a garantir que temas específicos, porém bastante reprisados no panorama jurídico-processual, adquiram balizas suficientemente capazes de garantir maior segurança jurídica aos postulantes em situação de enfermidade.

Da observação dos muitos precedentes existentes na jurisprudência, bem como dos anteriormente mencionados, todavia, é perceptível certo dissenso entre as câmaras e turmas julgadoras, causando divergência interna em tribunais, a respeito de decisões cujos objetos jurídicos e pedidos são muito semelhantes, tanto em questões de saúde pública, quanto nas demandas onde se discutem obrigações das prestadoras de saúde suplementar, os quais poderiam ter decisões mais próximas nos Tribunais, com relação à uniformização da jurisprudência exigida pelo CPC, pois há divergências jurisprudenciais evidentes, até mesmo

³⁴ Súmula 302 -É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425).

Súmula 597 - A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. (Súmula 597, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017)

Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

Súmula 609 - A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado. (Súmula 609, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

dentro do mesmo Tribunal, não sabendo o juiz, tampouco, o jurisdicionado a qual precedente seguir, violando o princípio da segurança jurídica.

5.2.1 A criação da CRLS- Câmara de Resolução de Litígios de Saúde

No intuito de alcançar soluções administrativas para oferta de medicamentos, agendamento de procedimentos cirúrgicos, consultas, internações ou exames médicos, para assim evitar o ajuizamento de ações, a Administração Pública em trabalho conjunto com a defensoria pública desenvolveram, por ato assinado em maio de 2012, o Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, como sendo o projeto da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde - CRLS, que iniciou as suas atividades em 17 de setembro de 2013, promovendo atendimento em um único local pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública da União, englobando também Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Procuradores do Município do Rio de Janeiro e Equipes de Apoio Técnico da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro.

O atendimento de cidadãos que precisam de medicamentos, exames, internações, tratamentos e transferências do SUS, ocorre, segundo foi explicado na proposta da CRLS apresentada para concorrer ao Prêmio Inovar de 2014, conforme abaixo proposto:

Os assistidos/pacientes são atendidos por assistentes sociais, que realizam uma triagem prévia de documentos e inserem o paciente em sistema especificamente desenvolvido para a CRLS. Em seguida, o paciente/assistido é encaminhado ao setor de atendimento das Defensorias Públicas, que submetem a pretensão ao exame técnico dos profissionais das Secretarias de Saúde do Estado e do Município em exercício na CRLS, que analisam: a) se a pretensão integra política ou programa público do SUS, ou, caso negativo, se há alternativa terapêutica disponível; b) em caso positivo, se o medicamento/insumo/tratamento/exame/procedimento está disponível na rede, com a emissão de guia de encaminhamento para retirada ou agendamento. Nos casos em que o objeto buscado não está inserido em programa público do Sistema de Saúde, o paciente/assistido é encaminhado para uma consulta com especialista, ou com o seu médico, para que responda se a alternativa terapêutica incorporada ao SUS pode ser manejada e, caso positivo, o paciente já é encaminhado para o recebimento nas instâncias próprias do SUS. Em caso negativo, o paciente retorna com as justificativas clínicas do médico, para que as Secretarias de Saúde avaliem a possibilidade de atendimento da pretensão. Sem prejuízo do fluxo da CRLS, as defensorias, a qualquer tempo, inclusive concomitantemente, se valem da via judicial para tutela dos assistidos. (INSTITUTO INNOVARE, 2014, *online*)

De acordo com Guimarães e Palheiros (2015), aos membros da defensoria pública cabem as responsabilidades decorrentes: (I) da atuação da coordenação dos atendimentos que serão realizados; (II) no acompanhamento dos processos que serão abertos; (III) na tomada de decisões judiciais ou extrajudiciais pertinentes a cada caso; (IV) na instigação de debates institucionais e também; (V) na criação de propostas de políticas públicas de saúde. Enquanto

às Secretarias de Saúde, cabe a responsabilidade de assistir, orientar, analisar caso a caso as solicitações, além da elaboração de pareceres diante da necessidade de contratação e compra para solução das demandas. Todo o atendimento é primordialmente fundamentado na humanização. A eficiência da CRLS pode ser aferida, também, segundo Souza (2016), nos seguintes termos:

Segundo o subsecretário da SES-RJ, entre setembro de 2014 e setembro de 2015 a CRLS realizou 12.101 atendimentos, evitando assim 4.477 ações judiciais. Ainda de acordo com o subsecretário, se for levado em consideração que uma ação na justiça estadual custa em média R\$2.500,00, a economia aos cofres públicos com a não abertura de processos, através da mediação realizada pela CRLS, chega a mais de 12 milhões de reais. (SOUZA, 2016, p. 51)

Por outro lado, segundo dados do Instituto Innovare (2014), a CRLS solucionou 39,52% das demandas nos primeiros 06 (seis) meses de funcionamento, ocorrendo, portanto, uma efetiva via de atendimento das pretensões. Guimarães e Palheiros (2015), retratam os dados de atendimento da CRLS no período de um ano de funcionamento, sendo que foram atendidos 8.882 assistidos, totalizando 12.486 solicitações de produto ou itens solicitados no ano de 2014.

5.2.2 A atuação do CNJ

O Conselho Nacional de Justiça preocupado com a judicialização da saúde e com as divergências jurisprudenciais existentes entre os mais diversos tribunais, editou a Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010, que prevê a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde e Comitês Estaduais de Saúde, bem como para realizar o monitoramento e a resolução de demandas nas quais se discute a assistência à saúde. O Fórum também elabora estudos que viabilizam medidas voltadas para a melhoria e o aperfeiçoamento das atividades judiciárias, a resolução alternativa de conflitos e a realização de decisões que diminuam as possibilidades de novos conflitos.

Assim sendo, os Comitês da Saúde, em âmbito estadual, têm como atividades precípuas: (I) a realização de monitorias em ações judiciais onde se discuta a positivação do direito à saúde mediante fornecimento de fármacos, produtos hospitalares e demais insumos de utilização para fins medicinais, bem como a ampliação de leitos em hospitais; (II) o monitoramento de ações judiciais onde o SUS figura como parte; (III) a propositura de medidas eficazes e produção de novas normas voltadas para o aprimoramento e eficiência das tratamentos processuais, da organização e da estruturação das unidades judiciárias especializadas em saúde; e (IV) a propositura de medidas concretas voltadas para a prevenção

de conflitos envolvendo saúde, a melhoria das questões de direito sanitário e a atuação nas demais proposições advindas dos objetivos traçados pelo Fórum Nacional (CNJ, 2010, *online*).

A organização do Fórum Nacional da Saúde é composta pelo Comitê Executivo Nacional e por Comitês Executivos Estaduais, sendo um em cada Estado. A coordenação do Comitê Executivo Nacional é realizada por um magistrado indicado pela Presidência e ou pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Já os Comitês Executivos Estaduais têm a coordenação de um magistrado cujas funções compreendem a execução de atividades específicas, consideradas relevantes. Outros magistrados compõem os Comitês Executivos Estaduais e para tanto, devem estes ser atuantes em unidades jurisdicionais com competência para as demandas de saúde. Também fazem parte dos Comitês Executivos Estaduais os membros do ministério público federal e estadual, das defensorias públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil e de Universidades, além de outras instituições envolvidas com as demandas de saúde, nas questões de natureza pública ou suplementar (CNJ, 2010, *online*).

Como órgão integrante do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional de Saúde Pública também editou enunciados na busca de melhor resolver os litígios de saúde, que atualmente compõem o rol de jurisprudências do TJRJ. Da leitura dos enunciados (TJRJ, *online*) podemos perceber que, ainda que louvável, a criação pelo CNJ dos Fóruns e do Comitês compostos por vários representantes da sociedade, visando aprimoramento técnico e humano nos debates em busca de soluções para a judicialização da saúde, ainda não foi possível avançar rumo à pacificação dos entendimentos e a segurança jurídica. Pois, conforme é perceptível, face aos exemplos apresentados até aqui, os enunciados se diferenciam, mas não vinculam os Tribunais.

Mensalmente, o comitê se reúne para debater assuntos ligados à judicialização da saúde no estado, tanto no que diz respeito à saúde pública quanto à privada, como os contratos com planos de saúde, por exemplo. Nos encontros, são analisadas e estimuladas as iniciativas que buscam aprimorar os mecanismos para a solução administrativa dos conflitos de saúde; é incentivado, por meio de reuniões, debates e encontros técnicos, o diálogo entre os diversos setores da saúde pública, além de acompanhar o cumprimento das sentenças proferidas em ações coletivas ajuizadas. Assim sendo, é possível verificar a existência de um múltiplo interesse nas questões que envolvem a judicialização da saúde.

5.2.3 O NatJus

O CNJ recomendou a criação dos NATs em 2011 e instituiu a obrigatoriedade destes núcleos em todos os Estados em 2016 (Resolução CNJ n. 238/2016; VASCONCELOS, 2018). A experiência varia de estado a estado, mas em geral os NATs servem para orientar magistrados, quer emitindo notas técnicas quer provendo juízes de orientações caso a caso.

O e-NatJus é uma plataforma de consulta em linha, disponibilizado e alimentado pelo CNJ, com o objetivo de produzir um cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, com fito de fornecer aos magistrados em todo o território brasileiro, um arcabouço de fundamentos técnico-científicos capaz de embasar e facilitar as decisões acerca dos pedidos de medicamentos e tratamentos, com base em dados científicos.

Esta nova ferramenta em muito pode contribuir com as decisões em tutelas de urgência nos plantões noturnos, pois atua como fonte de informação capaz de auxiliar a decisão em caráter de urgência, com uma análise mais completa e em perspectiva voltada para a individualidade e complexidade de cada caso apresentado.

Segundo o acompanhamento do eixo temático do Observatório de Análise Política em Saúde – OAPS, do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia – UFBA, o CNJ realiza investimentos contínuos voltados para o desenvolvimento e a implementação de ferramentas técnicas capazes de subsidiarem as decisões dos magistrados sobre as ações de saúde que tramitam judicialmente (OAPS, 2018). O observatório aponta que, a partir de maio de 2017, “os laudos técnicos elaborados com base em evidências científicas passaram a amparar as deliberações e pareceres judiciais” (*Ibidem*). Os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS), vinculados aos tribunais, têm o prazo máximo de 72h para o envio das notas técnicas aos magistrados.

O CNJ também lançou, em setembro de 2017, um edital para a contratação de instituições de ensino e pesquisa sem fins lucrativos para a realização de estudos que ajudem a aperfeiçoar as políticas públicas do Judiciário. A Judicialização da Saúde é um dos temas que serão investigados (CNJ, 2017, *online*), realizando em dezembro de 2018, convênio com o Hospital Albert Einstein e a Universidade de São Paulo para assessoramento dos magistrados nos processos de saúde³⁵.

Todavia, as dificuldades impostas ao cidadão quando da busca pelo auxílio do Poder Judiciário propriamente dito para sanar questões de saúde, positivando o direito do acesso à justiça, têm feito com que os órgãos correlatos ao próprio Judiciário busquem novos

³⁵ Disponível em portalfns.saude.gov.br de 18 dez 2018.

comportamentos e formas de solução de conflitos alternativas e diminuição de custos para os cofres públicos.

Por tudo isso, mas também motivados por uma melhor solução para as demandas processuais e de saúde que vários ‘agentes’ entraram em cena na busca de um bem-estar coletivo.

5.3. AS ESTRATÉGIAS DO EXECUTIVO

O Poder Executivo também se mostra interessado na diminuição da judicialização da saúde, pois as decisões judiciais causam impactos nos orçamentos públicos. Diante disso, o Poder Executivo garantiu suporte técnico de médicos e farmacêuticos para emitirem pareceres e criou a Câmara de Resolução de Litígios da Saúde que visa, de forma conciliatória, ao atendimento dos reclames da população.

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, às Câmaras Cíveis e ao Plantão Judiciário Noturno.

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.

A revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, na versão publicada em 2017, ampliou o rol de medicamentos já existentes ofertados pelo SUS em cerca de 25%. Assim sendo, desde 2018 a lista passou a contar com 1.098 rótulos de medicamentos, de modo a ser possível vislumbrar uma redução nas judicializações envolvendo pedidos de fármacos, tendo em vista a ampliação da lista e o seu critério de abrangência, que traz, segundo o relatório do Observatório de Análise Política em Saúde – OAPS, do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia – UFBA, muitos dos medicamentos até então requisitados em sede de demanda judicial, como as insulinas (OAPS, 2018).

5.4 O PAPEL DOS MÉDICOS

Os médicos possuem papel determinante na convicção dos magistrados, pois é a partir do indicativo médico que se defere as medidas de saúde no Judiciário, tornando a indicação

médica inquestionável diante de pedido, verifica-se que no dia a dia forense é desnecessária a prova de evidências científicas ou mesmo de diretrizes terapêuticas para se obter uma tutela de saúde.

Nesse sentido, o médico se mostra autônomo para definir o tratamento indicado ao paciente sem precisar comprovar que será obtido o melhor resultado e, sem precisar justificar os custos que serão despendidos para isso (CARLINI, 2017).

Contudo, é notório que nenhum médico individualmente pode-se dizer conhecedor de todo saber médico sobre determinado problema de saúde, sendo possível a prescrição médica de sofrer questionamentos, não só de outro médico, mas do próprio paciente e do juiz que julgará a causa. Principalmente quando a prescrição médica estiver em desacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e dispensar altos valores, pois em que pese existirem recursos médicos de alta tecnologia para prolongamento da vida, esses recursos somente deverão ser utilizados se trouxerem alguma qualidade para a vida humana e se provado o benefício para o tratamento do paciente enfermo (CARLINI, 2017).

Nesse sentido, os Conselhos de Medicina já se posicionaram na Resolução nº 1.995/2012:

Considerando que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ter sido antecipadamente rejeitadas pelo mesmo. (CFM, 2012, p. 01, *online*)

No mesmo sentido foi editada a Resolução nº 2.156/2016, que estabelece critérios para indicação de admissão ou de alta para pacientes em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), que devem ser observados pelos médicos. A norma tem como meta contribuir para a melhora do fluxo de acolhimento de pacientes em instabilidade clínica, frente a oferta de insuficiente de leitos de UTI, especialmente na rede pública.

Segundo a norma estabelecida na resolução acima, as admissões em UTI deverão levar em consideração os seguintes aspectos: diagnóstico e necessidades do paciente; priorização com base em evidências clínicas; serviços médicos disponíveis na instituição; disponibilidade de leitos; e potencial benefício para o paciente com as intervenções terapêuticas e prognóstico.

Segundo Hermann Von Tiesenhausen, Coordenador da Câmara Técnica de Medicina Intensiva, a admissão na UTI deve ser dada, prioritariamente, aos pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico” (CFM, 2016).

Para pacientes com doença em processo terminal irreversível ou sem possibilidade de recuperação, o CFM recomenda as unidades de cuidados paliativos como as mais adequadas.

Em maio de 2016, um levantamento do CFM com base em informações do Ministério da Saúde identificou a existência de 40.960 leitos de UTI em todo o Brasil. Desse total, 20.173 leitos estavam disponíveis no SUS para atender, no mínimo, 150 milhões de pessoas que dependem exclusivamente dessa rede. Já a saúde suplementar ou privada contava com 20.787 leitos, para atender em torno de 50 milhões de pessoas (CFM, 2016).

A pesquisa realizada pelo CMF (2016) verificou que o maior número de pedidos visava à internação em um leito de UTI no Estado do Rio de Janeiro, todos os pedidos vieram acompanhados de laudos médicos que indicavam a urgência e o risco de morte. Contudo, em nenhum laudo mencionou-se estar obedecendo os critérios determinados Resolução nº 2.156/2016 ao indicar a internação em UTI, em que pese já estar em vigor desde de novembro de 2016.

Sob a perspectiva dos pedidos aviados em sede de plantão judiciário noturno, no período entre janeiro a junho de 2017, da mesma forma os pedidos feitos pelos Defensores Públicos, que apesar de mencionarem outra resolução do CREMERJ - a de nº 147/2013, para justificarem os pedidos, demonstrando conhecimento das resoluções médicas, deixaram de mencionar e enquadrar o pedido dentro das diretrizes determinadas na resolução 2.156/2016, fazendo com que em várias hipóteses analisadas doentes terminais tivessem garantidos leitos de UTI por determinação judicial³⁶.

³⁶ Pelo fato da pesquisadora não ter conhecimento médico para analisar os laudos médicos não foi informado um número exato de casos em que doentes terminais tiveram leitos de UTI garantidos por meio de decisão do plantão noturno. Contudo, pela análise dos pedidos feitos pode-se observar que pelos menos em 59 casos, os pacientes já se encontravam em estado de Síndrome de *Alzheimer* em estágio avançado, câncer metastático ou possuíam mais de 90 anos de idade.

6 O PLANTÃO JUDICIAL NOTURNO SOB O PRISMA QUANTITATIVO DOS DADOS COLHIDOS NO TJRJ

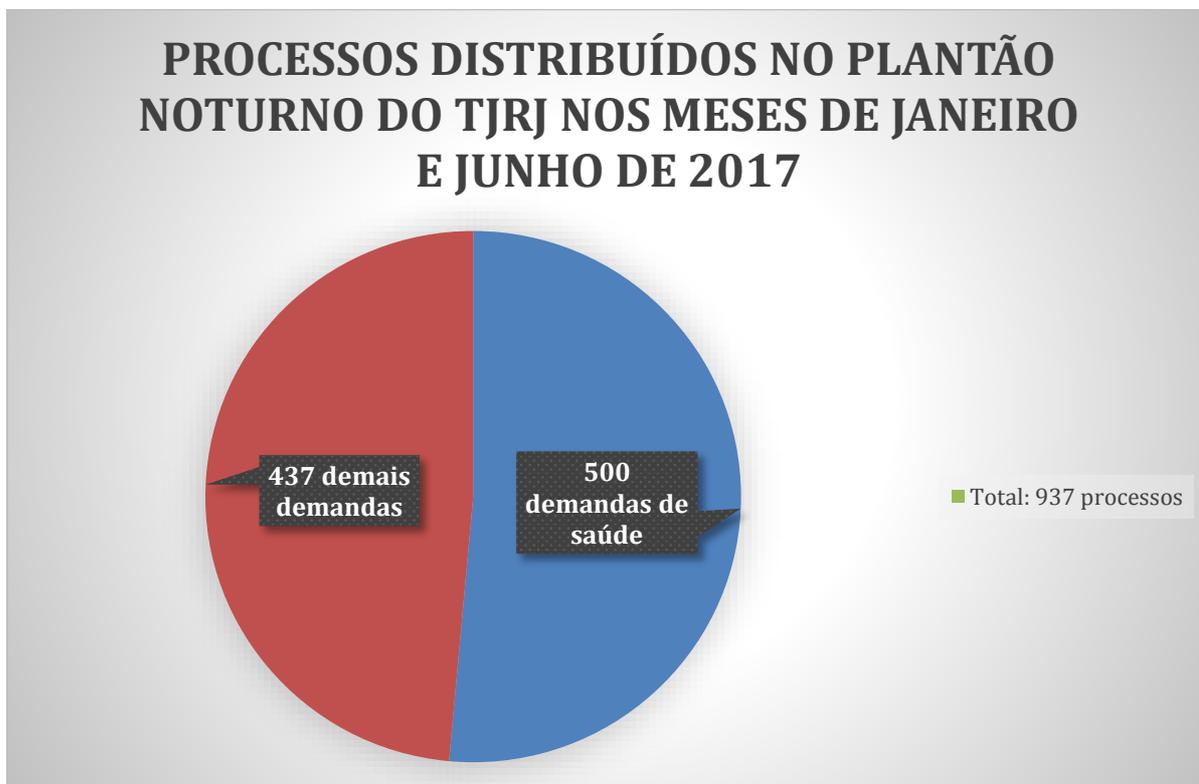
No intuito de mapear dados da judicialização da saúde na realidade fluminense, foram colhidas e analisadas informações de 500 processos com pedidos de saúde distribuídos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro durante o horário de plantão noturno, para o alcance do número de 500 decisões foram acompanhadas as decisões referentes aos meses de janeiro e de junho de 2017.

A amostra escolhida abordou a diferença relativa ao tipo de demandas propostas num intervalo de seis meses, verificando as demandas que foram propostas no mês de janeiro e após verificou-se as demandas que foram propostas no mês de junho do mesmo ano de 2017, no intuito de possibilitar uma análise sobre possíveis diferenças entre os pedidos de tutelas de urgência e as decisões de deferimento. Neste sentido, houve interesse em acompanhar as possibilidades de modificação no número de demandas propostas com base no direito fundamental de acesso à saúde, tendo em vista o transcurso dos seis primeiros meses após a posse dos novos prefeitos nos municípios fluminenses, referente à eleição de 2016. Este recorte temporal também pode ser justificado com base nas promessas de campanhas eleitorais, onde muito se promete a respeito da melhora do serviço de saúde.

O período decorrido entre janeiro e junho visava também a possibilidade de uma análise sobre possíveis alterações da forma de julgar os pedidos de tutela entre diversos juízes, uma vez nesse período foi aberto um novo edital para alteração dos juízes, que ocorre a cada 4 meses. Contudo, a expectativa quanto a esse quesito se mostrou frustrada, pois apesar da edição de novo edital, do total de quatro integrantes apenas houve alteração de um magistrado, mantendo-se a composição do quadrimestre anterior com relação aos outros três magistrados, de modo que todas as decisões pesquisadas foram proferidas somente por cinco magistrados distintos: os quatro primeiros em janeiro e o novo integrante no mês de junho.

Nos meses de janeiro e junho o plantão judiciário noturno recebeu um total de 937 demandas e dessas 500 versavam sobre pedidos envolvendo o direito de acesso à saúde, no espectro público, ou na seara privada da saúde suplementar. As demais demandas trataram de questões criminais, muitas envolvendo violência doméstica e familiar, autorizações para cremação/enterros e lavraturas de certidões de óbitos, como também algumas demandas cíveis e familiares, envolvendo, por exemplo, energia elétrica e busca e apreensão de menores e muitas autorizações de viagem. Deste modo, o gráfico abaixo ilustra os dados levantados:

Gráfico 1: Gráfico do total de processos distribuídos em sede de plantão noturno nos meses de janeiro e junho de 2017:



Fonte: Elaboração própria.

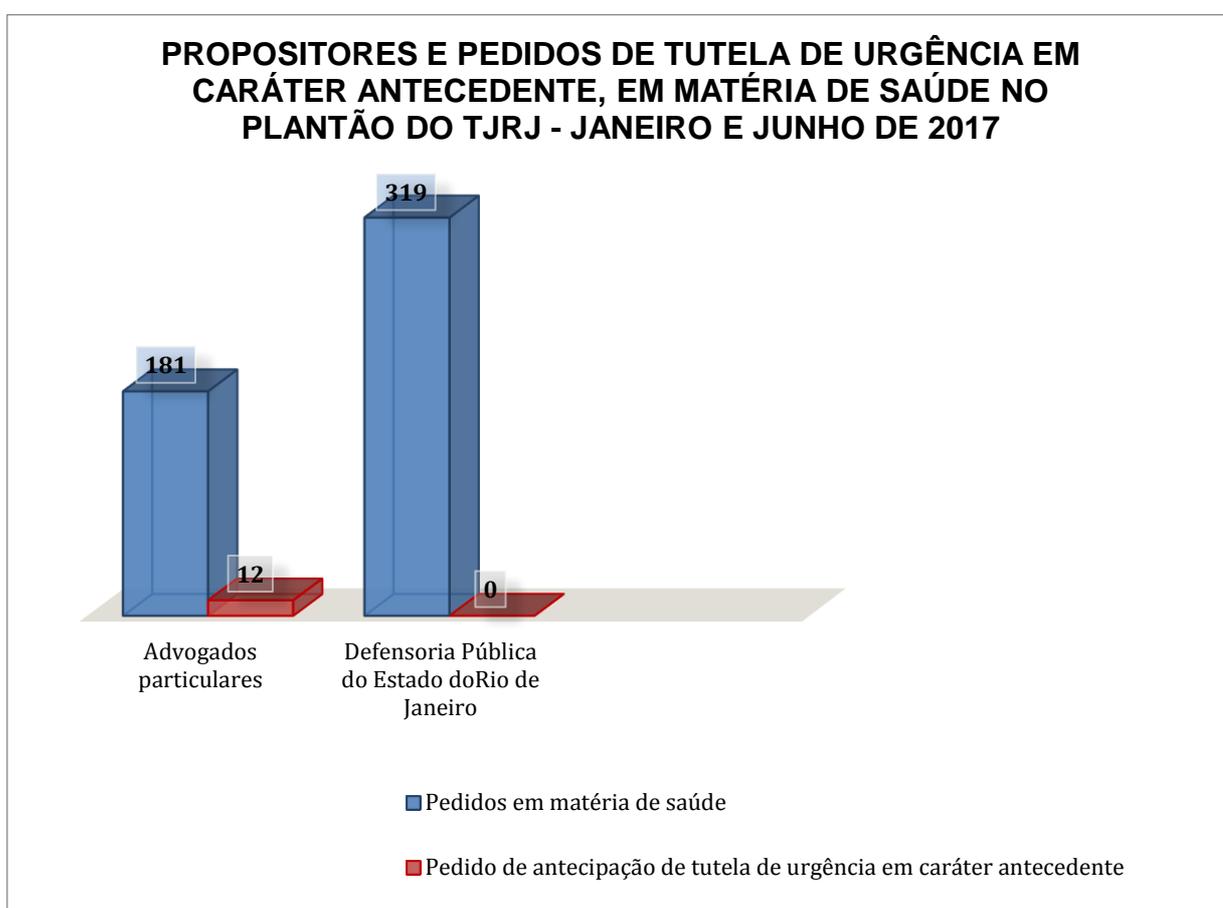
O gráfico acima ilustrou que as questões de saúde representam mais da metade das discussões em sede de plantão noturno, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, totalizando 53% das ações propostas somente nos meses de janeiro e junho do ano de 2017. Tal dado tem o condão de ilustrar o tamanho da judicialização das questões envolvendo a saúde no cenário do plantão noturno do Judiciário Estadual Fluminense.

6.1 TUTELAS E PEDIDOS QUANTIFICADOS NO PLANTÃO JUDICIAL NOTURNO

Do total de 500 processos fundado em pedidos de saúde, a maioria foi de propositura da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que se fez presente durante o plantão com o total de 319 demandas, as demais 181 demandas ajuizadas por advogados particulares. Verificou-se somente 12 pedidos de tutela provisória de urgência em caráter antecedente, todas propostas por advogados, ou seja, nenhum pedido de tutela provisória em caráter antecedente foi feito pelos Defensores Públicos.

Em pesquisa realizada pelo instituto Insper encomendada pelo CNJ a respeito da judicialização da saúde no Brasil se apurou que: “Os casos que são representados pela defensoria pública, em que a parte é enquadrada como hipossuficiente e que versem sobre o tema de saúde pública também estão associados, como seria de se esperar, a uma maior probabilidade de sucesso por parte do demandante” (CNJ, 2019, *online*).

Gráfico 2: Gráfico apresentando o número de ações por propositor em matéria de saúde no plantão noturno do TJRJ e o número de pedidos de tutela provisória de urgência em caráter antecedente.



Fonte: Elaboração própria.

Outros dados foram levantados em relação às atividades e procedimentos complementares realizados concomitantemente à análise dos pedidos principais em saúde, durante o plantão judiciário noturno do TRJR. Assim sendo, do total de 500 acerca de pedidos em saúde, somente 18 pedidos de tutela foram indeferidos, bem como 349 pedidos de indenizações por danos morais foram realizados conjuntamente aos pedidos de saúde.

Do total de 500 pedidos em matéria de saúde, somente em dois processos houve requerimento prévio de parecer técnico do e-NatJus e em cinco (05) processos houve juntada de tentativa de solução prévia junto à Câmara de Resolução de Litígios de Saúde.

Os dados levantados na pesquisa sobre o plantão foram ao encontro da pesquisa encomendada pelo CNJ e divulgada em abril de 2019 na 3ª Jornada de Saúde na qual restou apurado que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro somente cita o NAT em – 2,7% das decisões, em que pese o núcleo ter sido instalado em 2012.³⁷

Além disso, somente em dois (02) processos houve parecer prévio do ministério público antes de ser analisado o pedido de antecipação de tutela, que ocorreram quando era pedido alvará para autorização de transfusão de sangue em criança sem consentimento dos pais (testemunhas de Jeová) e quando havia um pedido de transferência (feito pelo próprio plano de saúde) de um idoso para outro hospital, sem o consentimento dos familiares.

Desta forma, verificou-se que o ministério público não foi ouvido antes das tutelas de saúde nem mesmo quando há menores ou quando há o descumprimento da tutela pelos órgãos públicos em sede de plantão noturno e não foi encontrada justificativa para ausência de oitiva do ministério público em nenhuma decisão analisada.

Contudo, foi ao ministério público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, *caput*, CF), que a Constituição Federal determinou como função institucional a fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos do art. 129, II, da CF/88³⁸.

Pois, a caracterização das ações e serviços de saúde como sendo de “relevância pública” (art. 197 da CF), teve como finalidade precípua identificar o ministério público como o seu órgão fiscalizador principal (MAPELLI JUNIOR, 2017, p. 38/39)

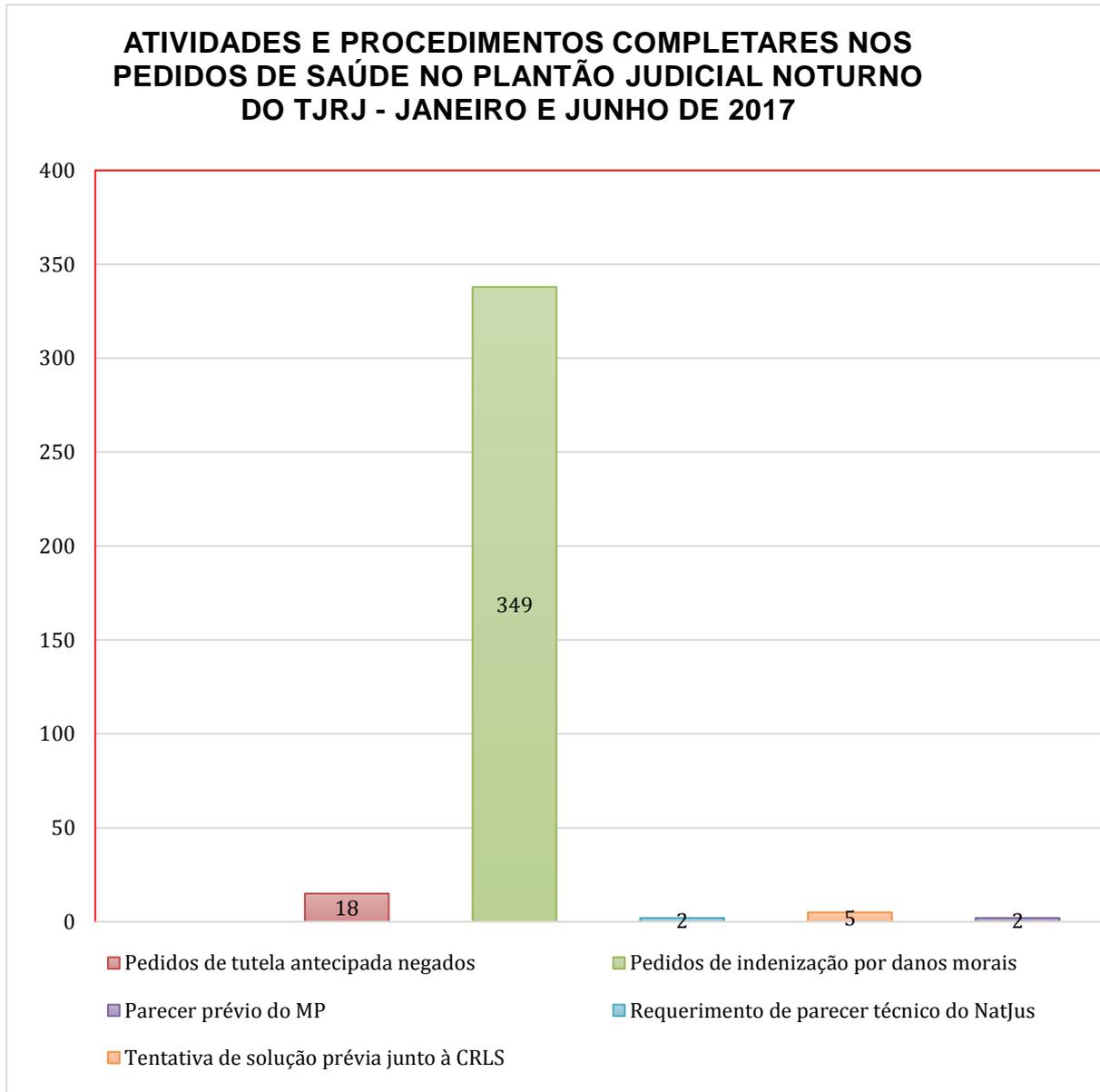
Verificou-se ainda que em janeiro de 2017 foram propostas 197 demandas de saúde no plantão noturno, já em junho de 2017 esse número aumentou para 303 demandas, caracterizando um aumento de 65% no número de ações propostas somente no intervalo de 6 meses.

³⁷ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

³⁸ Art. 129 da CF: São funções institucionais do Ministério Público:

II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Gráfico 3: Gráfico apresentando atividades e procedimentos complementares nos pedidos de saúde formulados durante o plantão noturno do TJRJ.



Fonte: Elaboração própria.

Os gráficos acima ilustram que somente 18 pedidos de tutelas de urgência foram negados dentro do universo de 500 demandas analisadas percentual de 3,6%, desses 11 pedidos foram negados com fundamentação na ausência de urgência ou na ausência do perigo de dano - 1 referente a um pedido de prótese, 2 referentes a pedidos de medicamentos, 4 internações, 1 referente a pedido de cirurgia, 2 referentes a transferências de hospitais, 1 referente a exame de biópsia, 7 dos pedidos negados tiveram como fundamentação a ausência de probabilidade do direito, 5 pedidos de internações e 2 pedidos de *home care*. Observou-se que dos pedidos negados, 1 foi negado usando o parecer prévio do NatJus, em funcionamento no plantão.

Dos 500 pedidos de saúde, 145 foram pedidos para internação em UTI, 10 para internação em UTI neonatal/pediátrica, 89 foram de internações genéricas, 19 internações coronarianas, 19 pedidos de cateterismo, 15 pedidos de internação com neurologia, 15 de cirurgia geral, 12 pedidos de medicamentos, 10 pedidos de tomografia, 10 pedidos de próteses, 9 pedidos de tratamento oncológico, 8 pedidos de antibioticoterapia, 7 pedidos de materiais cirúrgicos, 5 pedidos de marcapassos, 5 pedidos de hematologia, 5 pedidos de hemodiálise, 5 pedidos de *home care*, 4 pedidos de neurologia pediátrica, 4 de cirurgia vascular, 3 de internação psiquiátrica, 3 de angioplastia, 3 de cirurgias endovascular, 3 cirurgias para correção de fratura de fêmur, 2 de cirurgias cardíacas, 2 cirurgias pediátricas, 2 cesarianas, 2 pedidos de pulsão lombar, 1 tratamento urinário, 1 vitrectomia, 1 cirurgia ortopédica, 1 *pet scan*, 1 reabilitação, 1 de arteriografia, 1 cirurgia oncológica, 1 *stents*, 1 pedido de transfusão de sangue, 3 pedidos de entrega de prontuário médico com laudo, 1 pedido de tratamento reumatológico.

As tutelas de urgência deferidas pelos magistrados tiveram como fundamentação, além do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República, o laudo médico que informava urgência do tratamento e na grande maioria, quando se tratava de pedidos de UTI, o risco de morte, somente 2 tinham como pedido a própria entrega do laudo médico e 1 pedia a manutenção de plano de saúde como tutela de urgência.

O intervalo de tempo para o cumprimento da tutelas deferidas variou de imediatamente (50 tutelas) ao prazo máximo de 72 horas (1 tutela), havendo ainda o deferimento do prazo de 20 min (2 tutelas); 1 hora (88 tutelas); 2 horas (33 tutelas); 3 horas (9 tutelas); 4 horas (4 tutelas); 5 horas (9 tutelas); 6 horas (30 tutelas); 8 horas (19 tutelas); 24 horas (136 tutelas) 48h (4 tutelas) e ainda 97 tutelas com mais de um prazo estabelecido na mesma decisão.

Com relação às multas impostas os valores variaram de R\$500,00 (8 tutelas) a R\$ 10.000,00 (31 tutelas), prevalecendo o valor de R\$1.000,00 (141 tutelas), seguido do valor de R\$2.000,00 (79 tutelas); R\$5.000,00 (76 tutelas); salário mínimo (2 tutelas); R\$ 3.000,00 (1 tutela) e R\$7.000,00 (1 tutela), em 130 tutelas houve mais de uma multa imposta para o mesmo pedido.

Houve ainda 14 tutelas cujo o descumprimento acarretaria a prisão ou condução a sede policial do responsável pelo descumprimento, esse tipo de sanção foi mais comum nos casos em que houve informação de descumprimento anterior.

6.1.1 O PROBLEMA DAS INTERNAÇÕES PRIVADAS ÀS CUSTAS DOS ENTES PÚBLICOS

O caso trazido na introdução da dissertação, narrado pelo Desembargador Werson Rêgo, teve repetência por 112 vezes semelhantes, na pesquisa realizada. Logicamente, as consequências do deferimento de internações privadas às custas do Poder Público representam um contexto quase impossível de ser apurado, não se podendo afirmar que alguém tenha morrido por ter havido a reserva de vaga para um jurisdicionado do plantão, contudo uma das consequências é de fácil constatação, qual seja, o aumento de despesa não prevista para o SUS, destinada de modo individual.

A decisão judicial que determina a verificação de vagas para internação privada às custas dos entes públicos acontece como forma de poder geral de cautela, pois há verdadeira reiteração das tutelas de urgência, já anteriormente deferidas em plantões anteriores, mas não cumpridas no prazo estabelecido.

Dos 112 casos, somente dois pedidos foram indeferidos, sob o argumento de falta de provas dos descumprimentos, todas as demais (110) foram deferidas, em violação ao estabelecido no art. 1, §5º da resolução 33/2014 do TJRJ (TJRJ, 2014) e da resolução 71/2009 do CNJ (CMJ, 2009) que vedam reiteração de pedidos em sede de plantão.

A determinação de internação em hospitais privados indicados pela parte autora ou de conhecimento dos oficiais de justiça lotados no plantão judiciário ganhou tamanha repercussão nacional e gerou tamanho aumento dos custos para o SUS, que o STF vai decidir se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar privada, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art.199, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal), atribuindo à matéria característica de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE 666094) ainda sem julgamento definitivo.

Os pedidos de internações privadas aos custos do Poder Público ganharam tamanha extensão que, dos casos analisados, 23 pessoas ingressaram diretamente nos hospitais privados sem a prévia autorização judicial e somente após a internação buscaram o Poder Judiciários para pedir transferência para o hospital público ou a dispensa do pagamento do hospital privado, alegando ausência de recursos, solicitando que os custos fossem arcados pelo SUS, mesmo sem qualquer convênio prévio, sendo tal requerimento foi deferido em 22 pedidos e somente sendo negado 1 vez com a seguinte fundamentação, *in verbis*: “[...] tanto é evidente a inexistência do

direito pretendido- de assistência médica gratuita em hospital particular- que a pretensão fundamental apresentada é a transferência da Autora para um hospital da rede pública.”

A determinação para a manutenção de internação privada às custas dos entes públicos também aconteceu em todos os casos nos quais a parte requerente figurava como beneficiária de plano ambulatorial (*e.g.* Memorial Saúde, Notredame, Medical), pois nestes planos a parte possuía somente o direito ao tratamento na modalidade ambulatorial e emergencial, porém ingressaram no Judiciário em busca de internações prolongadas e leitos em UTIs nos hospitais do próprio plano ou em outro local, até que o ente público efetuasse a transferência para algum hospital público.

Todos os pedidos (19) foram deferidos sob a fundamentação de que a entidade privada estaria obrigada a fornecer os serviços sem cobrar do paciente ou de seus familiares, ficando o pagamento sob a responsabilidade dos entes públicos.

6.1.2 A QUESTÃO DAS INTERNAÇÕES EM UTI

A unidade de terapia intensiva (UTI) é um setor hospitalar de alta complexidade, onde se agregam recursos humanos e materiais para realizar suporte avançado de vida em situações críticas e no qual o objetivo é reverter os quadros clínicos graves e propiciar o restabelecimento da condição de saúde do paciente em estado considerado crítico (TIESENHAUSEN; RIBEIRO, 2016)

Entende-se como paciente crítico aquele que apresenta instabilidade de um ou mais sistemas orgânicos, com risco de morte, necessitando de suporte para as disfunções orgânicas tais como ventilação mecânica, hemodiálise e suporte circulatório mecânico, e ainda os pacientes sem nenhuma falência orgânica, mas com alto risco de descompensação e que, por esse motivo, necessitem de vigilância e monitoração contínuas (TIESENHAUSEN; RIBEIRO, 2016)

O paciente crítico pode necessitar de intervenção imediata, pois, na maioria das síndromes associadas a falências orgânicas, o prognóstico é tempo-dependente. Alguns estudos evidenciaram que uma demora de quatro horas, ou mais, para a admissão de paciente grave na UTI pode contribuir para o aumento da mortalidade e maior tempo de permanência na UTI para recuperação (TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2016).

Com o intuito de melhor análise sobre o uso de critérios discricionários no deferimento das tutelas de urgência, foi elencado o pedido de internações em leito de UTI, uma vez que se

trata do pedido de maior incidência e provavelmente o de maior urgência dentro do universo da saúde.

As tutelas de urgência deferidas pelos magistrados tiveram como fundamentação além do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição da República (BRASIL, 2018), o laudo médico que informava urgência do tratamento e na grande maioria, quando se tratava de pedidos de UTI, o risco de morte, somente 2 tinham como pedido a própria entrega do laudo médico e 1 pedia a manutenção de plano de saúde como tutela de urgência.

Na pesquisa realizada sobre o plantão, observou-se que as tutelas para internação em UTI tiveram tempo variado para cumprimento de imediatamente a 24h, sem a exposição do motivo da escolha entre um prazo ou outro.

Assim, com relação ao pedido de internação em UTI, não foi possível verificar um critério estabelecido para o deferimento de um prazo ou outro, já que em nenhuma decisão houve a fundamentação sobre o motivo para se ter determinado o prazo ou justificou-se o critério utilizado para escolha do prazo, apenas foi possível observar que quando se tratavam de crianças o prazo para cumprimento foi menor do que o estabelecido para os adultos ou idosos.

A conclusão acima foi bem demonstrada, pois quando no mesmo dia houve pedidos de internações em UTI para adultos e para crianças o mesmo magistrado deferiu o prazo de 6h para adultos e idosos e 3 h para crianças, o padrão se repetiu em pelos menos 5 dias analisados.

Retirada a hipótese de menor prazo para cumprimento da tutela nos casos de crianças no polo ativo, nenhuma outra justificativa pôde ser percebida para haver variação de prazo para cumprimento das tutelas, concluindo que tal critério é estipulado discricionariamente.

Segundo Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), o número ideal de leitos de UTI para cada grupo de 10 mil habitantes deve ser de 1 a 3 unidades, recomenda-se que o número de leitos de UTI em um hospital seja proporcional ao número total de leitos da instituição e ao perfil de atendimento (CFM, 2018).

Devido à complexidade envolvida no tratamento intensivo, a criação de novos leitos demanda planejamento, investimento e capacitação de equipe a fim de preservar a qualidade e a segurança nos cuidados necessários a esse tipo de tratamento.

Em maio de 2016, o Conselho Federal de Medicina fez levantamento com base nas informações do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) e identificou 40.960 leitos de UTI em todo Brasil (razão de 1,86/10.000 habitantes), contudo no SUS essa proporção é de 0,95/10.000 habitantes e na saúde suplementar/privada a razão é de 4,5/10.000 habitantes.

Um fato que se destaca, a partir da análise dos números do CNES, é a má distribuição dos leitos públicos e privados e o fato de apenas 505 dos 5.570 municípios brasileiros possuem UTI. Além disso, dos 27 estados, em 19 a razão de leitos de UTI por habitante na rede pública é inferior ao preconizado pelo próprio Ministério da Saúde. Isso ocorre no Estado do Rio de Janeiro.

Contudo, em sendo o número de leitos ainda insuficiente, merece destaque a falta de critérios adequados de triagem para admissão na UTI. É muito comum a admissão na UTI de pacientes em condições muito graves e com baixa perspectiva de benefícios, submetidos muitas vezes a intervenções de suporte a diferentes disfunções orgânicas, inúteis ou obstinadas, que podem contribuir para prolongar o processo de morte natural e, algumas vezes, com maior sofrimento dos pacientes (TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2016).

Por outro lado, pacientes estáveis, necessitando apenas de monitoração, poderiam se beneficiar com o internamento em uma unidade de cuidados intermediários (semi-intensiva), aliviando a sobrecarga das UTIs.

As unidades de cuidados intermediários podem contribuir tanto para evitar a admissão na UTI de paciente estável, que necessita apenas de monitoração, como para facilitar a alta da UTI de um paciente recuperado, mas que ainda requer cuidados que não podem ser oferecidos na enfermaria.

A necessidade de internação em UTIs de pacientes pode variar e, muitas vezes, suplantam a disponibilidade de leitos, sendo necessário, nesses casos, estabelecer prioridades. As prioridades devem ser baseadas em critérios clínicos, científicos e éticos, visando a beneficência, a não maleficência e a justiça e preservando, sempre que possível, a autonomia do paciente (TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2015)

A pesquisa demonstrou ausência de critérios não somente para determinar uma internação, o prazo para cumprimento quanto com relação à multa imposta, havendo imposição de multa de R\$ 500,00 a R\$ 10.000,00 para internação em UTI, sem qualquer fundamentação sobre o motivo da escolha do valor por qualquer dos magistrados.

Pacientes graves, mesmo sendo tratados em UTI, ainda apresentam altas taxas de mortalidade e complicações, a depender das características de cada paciente, do tipo e da gravidade da doença (TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2016)

Pacientes com doenças incuráveis e em fase terminal usualmente não se beneficiam do tratamento em UTI e podem ser tratados com dignidade em outras unidades de internação (enfermaria, apartamentos, unidades intermediárias e unidades de cuidados paliativos) (TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2016).

Cabe ressaltar que a Resolução CFM nº 1.805/2006, que normatiza a ortotanásia, estabelece que, na fase terminal de enfermidades graves, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou do seu representante legal ((TIESENHAUSEN, RIBEIRO, 2016).

O artigo 41 do Código de ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/09, que diz em seu parágrafo único *in verbis*: “ Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”.

Os pedidos para internação em leito de UTI foram os de maior incidência entre os pesquisados, ultrapassando a metade dos pedidos que ingressaram no plantão, se incluírem os de UTIs neonatais e pediátricas e as cardiológicas, contudo os recursos de UTI são limitados e de alto custo.

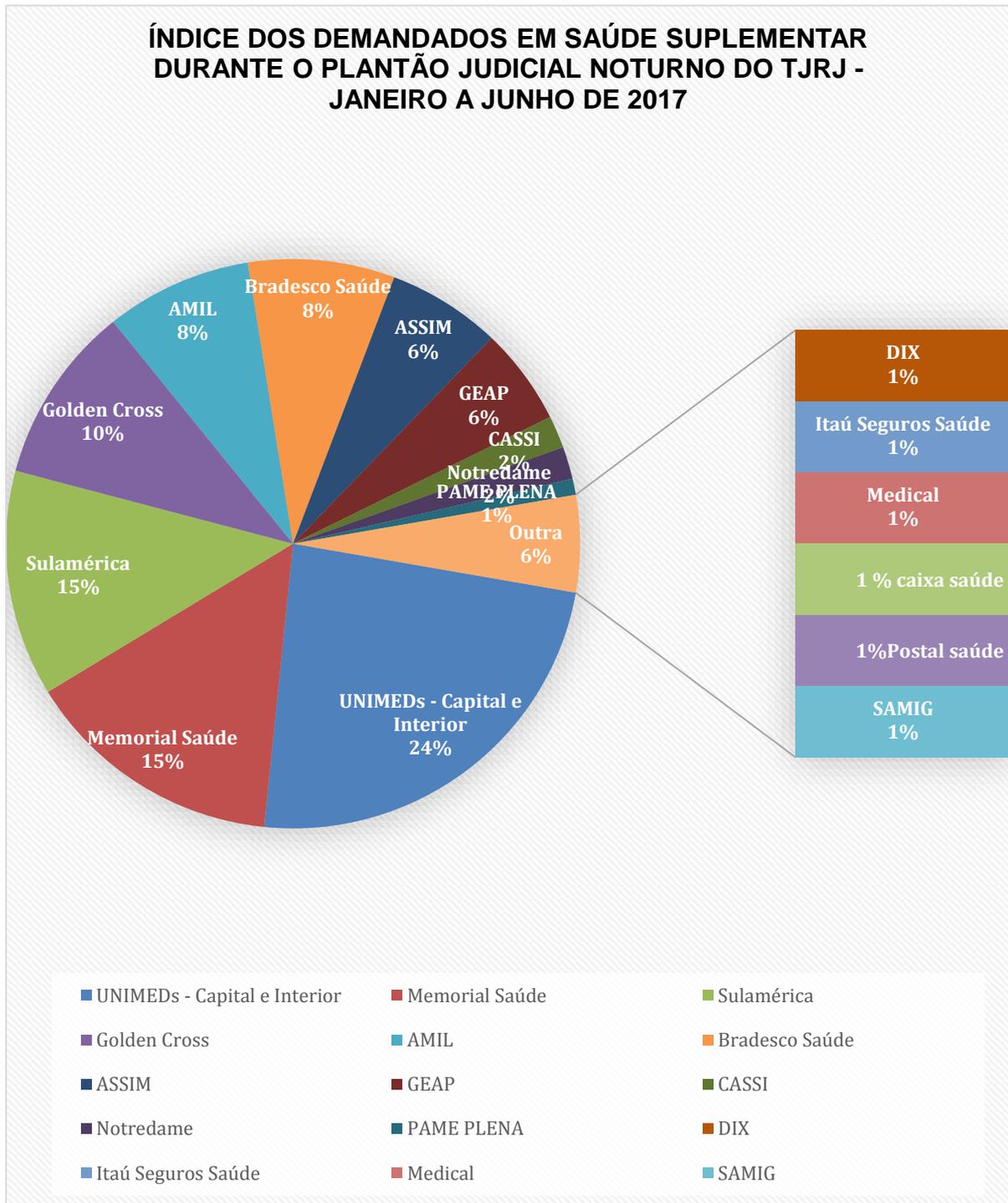
Por isso, a ocupação dos leitos de UTI somente deve ser dada para casos essenciais e necessita ser utilizada com racionalidade, o que é complexo e um grande desafio para médicos e juízes, motivo pelo qual há necessidade de obediência aos critérios técnicos para admissão estabelecidos na Resolução nº2.156/2016 não só pelos médicos prescritores dos pedidos, mas também pelos juízes determinam a internação.

6.2 DEMANDAS DE SAÚDE SUPLEMENTAR EM NÚMEROS

Na atualidade, muitas são as discussões judiciais envolvendo os planos de saúde suplementar, como demonstram os dados coletados durante o plantão judicial noturno do TJRJ, onde é possível perceber que estão presentes as grandes empresas de saúde suplementar, figurando no rol das demandas. Assim sendo:

Das 500 demandas, 114 foram oferecidas em face de planos e seguradoras de saúde, sendo 27 contra as UNIMEDs (vista como mesmo grupo econômico em todas as demandas); 16 contra a MEMORIAL SAÚDE; 16 contra a SULAMÉRICA; 12 contra a GOLDEN CROSS; 10 contra a AMIL; 9 contra a BRADESCO; 8 contra a ASSIM; 7 contra a GEAP, 2 contra a CASSI; 2 contra a NOTREDAME; 1 contra a PAME-PLENA; 1 contra a DIX, 1 Contra a ITAÚ SEGUROS SAÚDE; 1 contra a MEDICAL, 1 contra a POSTAL SAÚDE e 1 contra a SAMIG.

Gráfico 4: Principais demandados em saúde suplementar, durante o plantão judiciário noturno do TJRJ, entre janeiro e junho de 2017.



Com relação aos planos de saúde, verificou-se que no plantão judiciário são deferidos tratamentos fora do rol estabelecido pela ANS, tais como: tratamentos experimentais fora da rede credenciada (deferida uma cirurgia intrauterina para tratamento de mielomeningocele fetal); houve determinação de cobertura de colete ortopédico fora de procedimento cirúrgico;

foi determinada a realização de cirurgia de troca valvar por via percutânea; foi determinado o fornecimento do medicamento “Teriparatida”; deferiu-se crioblação tumoral e *pet scan*. Esses são exemplos de procedimentos que foram deferidos fora do rol estabelecido, mas que tiveram como fundamentação um laudo médico atestando a necessidade do procedimento.

Desta forma, conclui-se que o laudo médico é determinante para obtenção de uma tutela de saúde, pois havendo indicação médica os magistrados ignoram a existência do rol da agência reguladora, pois sequer mencionam a sua existência nas decisões de concessão de tutelas de urgência analisadas. Portanto, a opinião do médico assistente do paciente é suficiente para formar a convicção do magistrado.

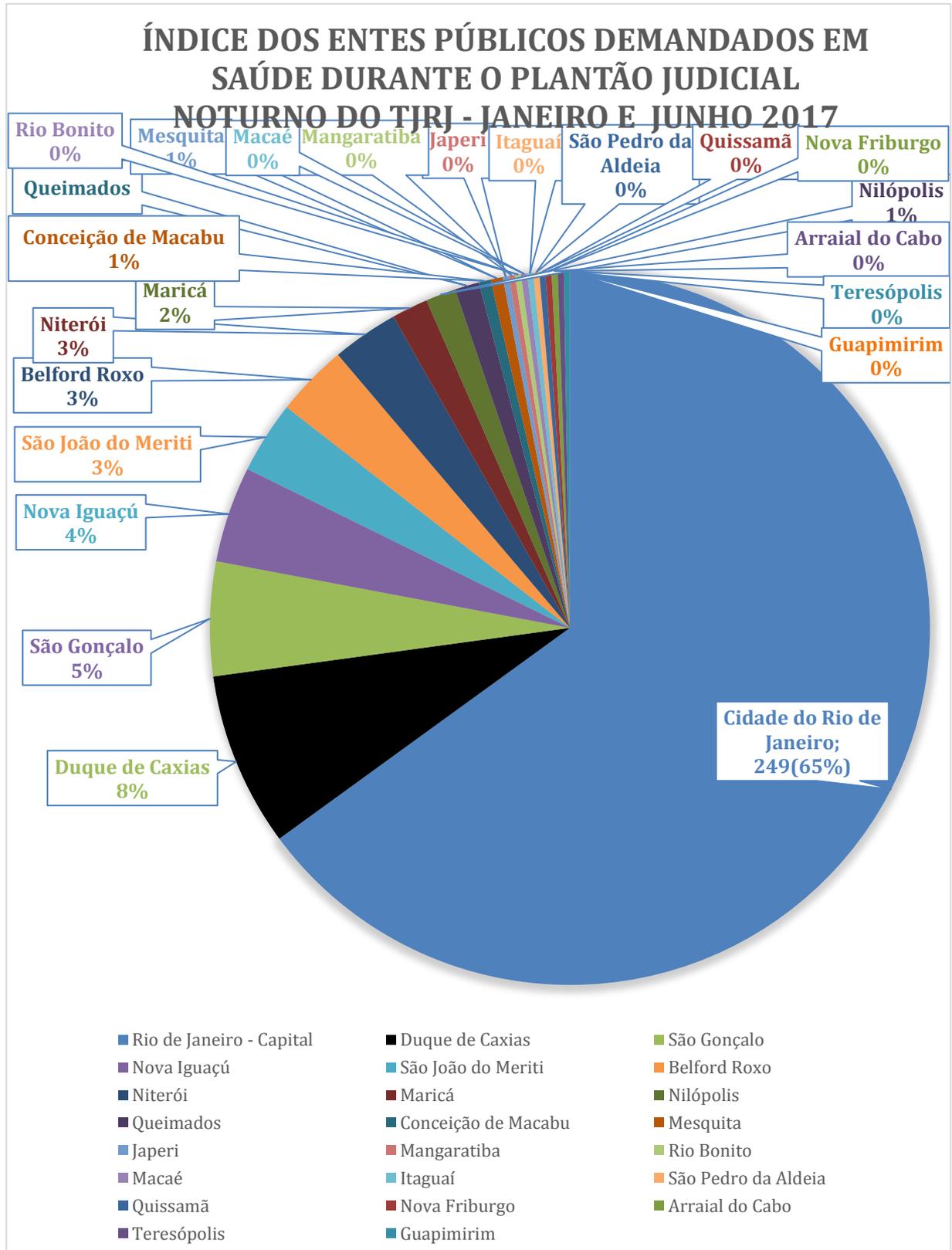
Assim verifica-se que a segurança jurídica dos contratos e da regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar não é plenamente satisfatória para todos os usuários, que por vezes necessitam ter acesso a procedimentos e medicamentos não previstos no contrato ou no rol da ANS. Todavia a solução encontrada pela via do Poder Judiciário com decisões individuais que beneficiam apenas um usuário e sinalizam aos demais que eles também poderão se valer dessa alternativa para ter acesso àquilo que originariamente não teriam, é uma forma anômala de regulação com sério impacto jurídico e econômico, em especial para os próprios usuários dos planos de saúde (CARLINI, 2017).

6.3 DEMANDAS DE ENTES PÚBLICOS EM NÚMEROS

Em face dos entes públicos, foram oferecidas as demais 386 demandas analisadas, sendo 249 em face do Município do Rio de Janeiro em conjunto com o Estado do Rio de Janeiro e 137 demandas em face de Municípios diversos também em conjunto com o Estado do Rio de Janeiro: 29 de Duque de Caxias; 19 de São Gonçalo; 16 de Nova Iguaçu; 12 de São João de Meriti; 12 de Belford Roxo; 11 de Niterói; 9 de Magé; 6 de Maricá; 5 de Nilópolis; 4 de Queimados; 2 de Conceição de Macabu; 2 de Mesquita; 1 de Japeri, 1 de Mangaratiba; 1 Rio Bonito; 1 de Macaé; 1 de Itaguaí; 1 de São Pedro da Aldeia; 1 de Quissamã; 1 de Nova Friburgo; 1 de Arraial do Cabo; 1 de Teresópolis e 1 de Guapimirim.

O plantão noturno serve a todo o Estado do Rio de Janeiro, mas 65% das demandas ajuizadas foi proposta pela população moradora da Cidade do Rio de Janeiro.

Gráfico 5: Gráfico contendo o índice de processos e os respectivos entes públicos demandados durante os meses de janeiro e junho de 2017 em sede de plantão judicial no TJRJ.



Fonte: Elaboração própria.

Conclui-se que a existência do plantão noturno somente com sede na capital acaba por facilitar o acesso aos moradores do grande centro.

Com exceção de 2 demandas que foram propostas somente contra o Estado do Rio de Janeiro e 1 que foi proposta somente em face do Município do Rio de Janeiro, todas as demais 383 demandas foram ajuizadas colocando Estado e Municípios (diversos) como entes solidários, bem como as tutelas foram todas deferidas contra ambos os entes solidariamente.

7 CONCLUSÕES DA PESQUISADORA

No ano de 2010 participei, juntamente com outros três juízes, três promotores de justiça e três defensores públicos, de um quadrimestre do plantão noturno estabelecido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e uma vez lá, durante madrugadas insones, pude perceber a enorme demanda por questões de saúde que assolam o Judiciário fluminense.

Naquela época as demandas eram decididas sem nenhum amparo técnico aos operadores do direito. Havia somente um pedido feito muitas vezes às pressas, instruído com poucos documentos e quase sempre com uma alegação de urgência, acompanhado ou não de um laudo médico, fundamentando o pedido.

Passados oito anos da minha experiência no plantão noturno, as demandas envolvendo pedidos de saúde só aumentaram e o Estado do Rio de Janeiro tem enfrentado a sua maior crise econômica e política, o que leva as pessoas a ingressarem cada vez mais no Judiciário em busca de seus direitos fundamentais, em especial à saúde. Outrossim, o elevado número de ações congestionam as varas cíveis, fazendárias e os juizados.

Em abril de 2016 entrou em vigor um novo Código de Processo Civil, com a promessa de agilidade, alternativas ao litígio, estímulo à composição, diminuição de número de recursos e uma parte totalmente dedicada à tutela provisória.

A tutela provisória, que é tão almejada nas ações envolvendo a saúde, com pedidos que levam em conta um bem da vida, propostas em sede do plantão foram objeto do estudo aqui proposto.

Verificou-se ao final que o plantão noturno do Judiciário fluminense, que funciona das 18 às 11 horas, todos os dias da semana se tornou um meio de acesso à justiça muito procurado pela população em busca de solução rápida para suas demandas com pedidos envolvendo temas de saúde.

Em que pese o legislador ter previsto o instituto da tutela de urgência em caráter antecedente e mesmo diante da facilidade que essa inovação trouxe para aqueles que estão perdendo horas de sono e da urgência que os casos de saúde proclamam, foi insignificante o número de apenas 12 tutelas de urgência em caráter antecedente sendo propostas em um universo de 500 demandas analisadas, deixando as partes de utilizarem importante instituto que poderia diminuir o número de processos em trâmite nas varas cíveis e fazendárias.(gráfico 3).

Necessário fazer a observação que nem tudo pode ser objeto de apreciação pelo plantão, quando do deferimento de uma tutela provisória, pois há necessidade de obediência aos termos da resolução 33/2014 (TJRJ) e 71/2009 (CNJ), contudo verificou-se que os juízes

por vezes deixaram de lado as regras das resoluções e deferiram medicamentos e reiteram tutelas anteriormente já deferidas.

Diante de uma crise econômica que assola o Brasil e o Estado do Rio de Janeiro desde 2014 cada vez mais surgem ações judiciais a serem apreciadas, demandando dos juízes, uma compreensão rápida e adequada do direito aplicável e dos recursos disponíveis para aumentar a eficácia na solução dos conflitos que versam sobre o direito à saúde.

Nesse sentido, necessário se faz o aprimoramento do conhecimento do Direito Sanitário para melhorar o desempenho da justiça na resolução de litígios em saúde. Necessária também é a utilização da CRLS (Câmara de Resolução de Litígios de Saúde) pela população antes de ingressar no Poder Judiciário, pois a solução do problema de saúde pode ser obtida rapidamente por via de conciliação ou de outros métodos em articulação com secretarias estaduais e municipais de saúde que organizam setores específicos para lidar com os problemas, especialmente os mais simples, porém como restou demonstrado (gráfico 3) somente 5 processo possuíam informação de tentativa de conciliação prévia na CRLS.

Assim, a melhora no desempenho geral dos casos de judicialização da saúde depende do conhecimento mínimo por parte da população e do próprio Poder Judiciário das entidades responsáveis pelo fornecimento e serviços de saúde, pela forma com que se organizam e de suas possibilidades.

As questões de saúde que são trazidas ao Poder Judiciário frequentemente envolvem narrativas sensíveis de uma pessoa em busca da preservação da vida. Por essa razão, é de se esperar que magistrados possam ser afetados no momento de decidir, pressionados pela urgência e relevância da demanda judicial a ser decidida.

A alta sensibilidade social e emocional das demandas de saúde pode levar o magistrado a tomar decisões precipitadas e que não representam a melhor solução do conflito necessariamente, o que pode vir a caracterizar uma situação-problema. Esse impacto pode resultar em concessão de tutelas provisórias quando não é necessária ou quando sequer é recomendável para a própria saúde do demandante, como nos casos em que se determinou internação em UTI fora do protocolo estabelecido na resolução CFM nº 2.149/2016 (INSPER, CNJ, 2019).

Certamente muitas das demandas em saúde são urgentes e é dever do Estado atendê-las em tempo hábil, devendo o Poder Judiciário intervir com tutelas de urgência quando observada uma omissão. No entanto, não são todas as ações judiciais que demandam uma resposta assim e tomar uma medida dessa natureza desnecessariamente pode inclusive

comprometer a eficiência das ações. Os magistrados devem ser capazes de identificar quais ações demandam uma tutela de urgência e concedê-las quando for necessário.

Essa capacidade pressupõe um respaldo técnico, por exemplo, ao avaliar uma ação cujo requerimento pleiteado versa a respeito do fornecimento de determinado medicamento para o tratamento de uma doença crônica, o qual não é necessariamente urgente, ou que demandas por cirurgias eletivas podem ser decididas em tempo mais elástico, por exemplo. Por essa razão, é importante que o magistrado adquira competências e habilidades para compreender a gravidade da demanda que lhe é submetida e saiba ponderar, bem como consultar os instrumentos a que tem acesso, como os NATs (INSPER, CNJ, 2019).

Os juízes precisam desenvolver a capacidade de conhecer e consultar a legislação e demais instrumentos a sua disposição para decidir de forma precisa, e deve estar preparado para lidar com situações difíceis, que muitas vezes envolvem a vida de uma pessoa, mas ainda assim deve ser capaz de emitir a melhor resposta, não só para o indivíduo, mas também para o sistema público (INSPER, CNJ, 2019).

Assim, quando o caso envolver questões de saúde exige-se que além da visão estabelecida no artigo 196 da Constituição Federal de que “ a saúde é direito de todos e dever do Estado”, o juiz possua uma visão macro do sistema de saúde, no qual em nenhuma hipótese admite-se a saúde como direito individual absoluto e ainda mais em desacordo com as diretrizes do SUS ou do rol estabelecido pela ANS para a saúde suplementar, portanto todo magistrado ao decidir sobre saúde deve ter conhecimento das leis que regulam o SUS, bem como à Lei nº 9.656 e as resoluções da ANS.

O conceito de saúde estabelecido pela OMS (Organização Mundial de Saúde) como completo bem-estar físico, mental e social é uma realidade impossível de ser verificada pelos brasileiros em geral, o país sofre com desigualdade social e desordem pública em todos os níveis de governo, o que afeta a qualidade de vida de qualquer cidadão.

Assim sendo, não cabe ao Judiciário o “papel de salvador da pátria e muito menos o de herói de um homem só”, já que não podem os juízes no afã de fazer justiça no caso individual praticar ativismo a ponto de desestruturar procedimentos administrativos instituídos de acordo com a lei para regular o sistema de saúde, seja na esfera pública ou na saúde suplementar.

Não se pode ignorar que a Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90) e a Lei 9.656/98 impõem limites jurídicos para o direito à saúde, havendo a necessidade de respeito ao previsto na legislação pertinente à matéria sob pena de privilegiar uns em detrimento de outros.

Restou demonstrado que a urgência em se garantir a saúde por meio de uma decisão judicial acaba por acarretar decisões de pouca ou com nenhuma avaliação criteriosa do caso

concreto. Os detalhes do laudo médico ou do pedido levado à apreciação não são analisados cautelosamente pelos juízes, gerando decisões pouco fundamentadas, muitas de reprodução automática, uma vez que restou demonstrado que em um mesmo plantão pedidos diferentes, de pessoas diferentes receberão, na maioria das vezes, o mesmo prazo para cumprimento da tutela, bem como a mesma sanção em caso de descumprimento.

Por sua vez o juiz do plantão seguinte adotará para pedidos semelhantes ao do dia anterior prazos e multas diversas, tudo isso baseado, tão somente, no senso de justiça de cada magistrado e porque não dizer na mera discricionariedade de cada um. Deste modo são proferidas tutelas de urgência sem nenhuma explicação da forma sobre quais foram os critérios utilizados para se impor uma multa de um mil ou de dez mil reais, ou ainda por que uma internação pode levar 24h e outra 1 hora apenas?

Portanto, verificou-se que o advento do novo CPC em nada modificou a maneira de concessão de tutelas provisórias em sede de plantão judiciário noturno, constatando-se que tratamentos experimentais, medicamentos e internações em UTIs são determinados sem que haja o compromisso com a normatização vigente (Resoluções nº 2.156/2016(CFM), 33/2014(TJRJ), 71/2009(CNJ) e 428/2017(ANS)) e sem a fundamentação necessária prevista nos termos do art. 298 e art. 489, parágrafos 1º, 2º e 3º do Código de Processo Civil.

Não pode o juiz nos termos do Novo CPC agir discricionariamente, escolhendo, para conceder uma tutela, parâmetros de sua concepção pessoal, sem justificar o critério da escolha daquilo que considerou como ideal para impor uma multa ou um determinado prazo para cumprimento da tutela de urgência. Há a necessidade de se exigir que o médico apresente para além de um simples relatório do estado do paciente as evidências científicas, as diretrizes a serem seguidas e os protocolos que indicam aquela conduta dentro da clínica médica, sem isso não há como sustentar a imposição de tratamentos pelo Judiciário.

Afinal, sem um parecer médico que indique a necessidade de uma internação no prazo de 1 hora, como pode ser imposto ao réu alguma pena que comine sanções altíssimas? Por que não é informado pelo juiz o motivo de um paciente poder esperar 24h a internação e outro a ter concedida em apenas 1 hora?

O critério adotado pelo magistrado para decidir entre uma, duas, três ou vinte quatro horas deve constar da decisão sob pena de violação da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, pois tanto o réu, quanto o autor possuem o direito de questionar se o prazo estabelecido para o cumprimento da tutela é razoável para a situação fática existente, bem como se a multa imposta é adequada.

Ademais, ao adotar critérios discricionários na imposição de multas e prazos de cumprimento, observa-se que as decisões judiciais em matéria de saúde acabam por não considerar as consequências posteriores ao ato do seu deferimento. Como restou ilustrado no gráfico 3, os pedidos são quase na sua totalidade deferidos, entretanto, a função do Direito não é dar apenas uma solução imediata ao processo, há a necessidade do juiz (agente público) se empenhar na construção de decisões socialmente justas, cujo parâmetro deve ser adequado a necessidade individual, mas não excessiva, a ponto de gerar despesas não previstas para a coletividade ou enriquecimento da parte autora.

A busca por uma proporcionalidade na garantia constitucional do direito à saúde com limites estabelecidos para a administração pública e para as operadoras de saúde suplementar deve ser o norte a ser seguido pelo magistrado, devendo, assim, a multa ser limitada e o valor da limitação restar fundamentado.

O poder geral de cautela existente permite ao magistrado agir na busca da satisfação do direito da parte de forma mais eficaz, e não necessariamente a multa é a forma mais eficaz, pois a imposição de uma multa de 5 mil reais por hora para determinar uma internação acabará atingindo o valor de 120 mil reais ao dia, valor esse superior a qualquer diária de hospital no Brasil.

As altíssimas multas impostas e os prazos irrealistas, que chegaram a ter estabelecido o valor de 10 mil reais por hora em caso de descumprimento das tutelas de saúde, não contribuirão em nada para a pacificação das relações sociais e não conseguirão resolver o problema que gerou o processo, que em regra derivam da falta de estrutura, e ainda beneficiarão somente de forma imediata aquele que buscou o Judiciário, podendo desequilibrar os orçamentos previamente e legalmente determinados e estarão gerando altos custos ao Estado e às operadoras de saúde suplementar.

A necessária fundamentação das decisões judiciais é o contraponto da discricionariedade no ato de decidir, pois além da urgência que deve ser demonstrada pelo laudo médico, deve o magistrado se pautar dos meios técnicos disponíveis para determinar o tempo razoável e a multa a ser imposta em caso de descumprimento, não se afastando dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que as decisões em matéria de saúde geram impacto nos orçamentos e influenciam na realidade de terceiros, além atrasarem o atendimento de pessoas que aguardavam nas primeiras posições da fila do SISREG para se submeterem aos procedimentos e serão ultrapassadas por aqueles indivíduos que buscam a tutela judicial.

Deste modo, apesar de atualmente os juízes já poderem usar da experiência de um outro médico para fundamentar suas decisões, o apoio técnico do e-NatJus, praticamente não

foi utilizado antes do deferimento das tutelas no plantão noturno, demonstrando que a prescrição médica do médico assistente do autor é praticamente inquestionável.

O resultado encontrado na pesquisa está de acordo com o último estudo sobre judicialização da saúde realizado pelo CNJ e divulgado na 3ª Jornada de Saúde em março de 2019. Os dados fornecidos pelo CNJ demonstram que o número anual de processos judiciais envolvendo questões de saúde na primeira instância cresceu 130% entre 2008 e 2017, desse percentual 34,4% foi o crescimento contra as operadoras de saúde suplementar e somente 4,48% do total de todas as ações propostas são julgadas improcedentes na primeira instância e somente 2,33% do total de ações que ingressam no judiciário são de natureza coletiva.

Não se deve ignorar as dificuldades encontradas pelos magistrados ao decidir sobre uma questão de saúde, principalmente quando essa questão se encontra narrada sob apelos de urgência e risco de vida no meio da madrugada. Mas como decidir, respeitando a imparcialidade e o equilíbrio que se exige do juiz, um caso de tamanha responsabilidade e carregado de elementos emocionais?

Para responder a indagação acima foi necessário buscar auxílio na filosofia e foi na doutrina de Nietzsche que se encontrou parâmetros para facilitar um trabalho que por sua própria natureza já foi descrito como Hercúleo por Dworkin. Diz Foucault ao citar Nietzsche: “que as práticas judiciárias como a maneira pela qual são arbitrados os danos e as responsabilidades, bem como a maneira como se impõe aos indivíduos a reparação para algumas ações e a punição para outras, todas essas regras são formas de saber” (FOUCAULT, 2011).

E sendo uma forma de saber, é necessário o conhecimento sobre aquilo que se julga e de fato, diz Nietzsche: “o conhecimento não faz parte da natureza humana. O conhecimento não é instintivo, é contra-instintivo, assim como ele não é natural, é contranatural” (FOUCAULT, 2011).

O pensamento de Nietzsche vai de encontro aos que acreditam que possam julgar conforme sua consciência, pois se o conhecimento não é natural, nem instintivo não podem os juízes se acharem capazes de julgar com o seu sentir. Nenhum juiz é dotado do sentir do conhecimento, o conhecimento não nasce na consciência de ninguém, ele não está ligado à natureza humana.

Portanto, mesmo diante da pressão emocional a que se submete o julgador ao decidir um caso de saúde num plantão noturno, ele não poderá se afastar do conhecimento técnico. E quanto a essa afirmação Nietzsche preconiza em *Gaia Ciência*: “O caráter do mundo é o de um caos eterno; não devido à ausência de necessidade, mas devido à ausência de ordem, de

encadeamento, de formas, de beleza e de sabedoria”. É contra um mundo sem ordem, sem sabedoria, sem harmonia, sem lei, que o conhecimento tem que lutar. É com ele que o conhecimento se relaciona.

Portanto, para assumir tão importante função de julgar a vida das pessoas e em especial os casos envolvendo a saúde delas, o juiz deve se “armar” de conhecimento e para conhecer o juiz precisa compreender e se afastar de suas paixões (Spinoza), o conhecimento vem atuar diante dos instintos, acima deles; ele os comprime e traduz um apaziguamento dos instintos. Para poder decidir com base no conhecimento e com a segurança necessária para a estabilização social, com imparcialidade e sem impulsos emocionais, o juiz precisa não se aproximar do objeto da causa, precisa conservar o objeto da causa à distância, precisa se diferenciar dele.

O agir com base no conhecimento necessita de afastamento do objeto da causa, não se pode trazer o objeto para si (FOUCAULT,2011).

Assim, quando se julga com fundamento no conhecimento, embasado na técnica, com respaldo no ordenamento jurídico, se julga sem “culpa”, sem medo das consequências, pois as consequências já foram sopesadas, seja pelo legislador que previu a norma, seja pela doutrina que a pesquisou, seja pelos órgãos existentes para auxiliar o magistrado (NATJUS, CRLS).Pugnamos por uma formação transdisciplinar da magistratura que permita uma aproximação com variados ramos do conhecimento humano. O juiz deve se valer de todos eles na hora de decidir as questões de saúde, pois somente assim estará julgando com a segurança jurídica esperada e com uma solução justa para o conflito de interesses (DELL´ ORTO, 2017)

Deste modo, a conclusão que se chegou é que o magistrado durante o plantão noturno deverá se valer dos meios técnicos existentes e necessários para não decidir baseado nos apelos sensibilizadores de aflição e angustia narrados pela parte autora e deve sobretudo verificar a real necessidade da ida ao plantão, que não pode virar uma extensão do Poder Judiciário para aqueles que buscam simplesmente um atendimento mais célere, com um defensor público disponível e um juiz para decidir de modo imediato após o expediente normal.

Portanto, é preciso que o magistrado pondere a respeito da série de aspectos postos em jogo para que, somente após uma análise ampla da proporcionalidade e dos efeitos gerais sobre a sociedade, delibere do modo mais acertado possível e evite que a justiça do caso se subverta em injustiça social (OSNA,2017).

Após um ano debatendo no mestrado profissional Justiça e Saúde questões relevantes sobre a saúde da população brasileira, a legislação do SUS, temas de direitos humanos e da bioética, busquei nessa dissertação responder às questões aqui propostas e realizei um trabalho quantitativo, do plantão judiciário, conhecido por muitos juizes como “plantão médico

judiciário”, tamanho o número de ações em busca de saúde, que são propostas em sede de plantão, que foram aqui expostas.

Com a finalidade de trazer uma reflexão sobre a atuação do Judiciário e informar como são as decisões de tutela provisória deferidas no plantão e sua importância como forma de acesso à Justiça, foi realizada a pesquisa para escrever a dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais – RT, 2016. p.950.

AHMED, F. Apontamentos sobre segurança jurídica, Estado constitucional e protagonismo judicial. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial- Desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2017. p. 225.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. Dados e indicadores do Setor. Rio de Janeiro: ANS, 2019. Disponível em: < <http://ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor> >. Acesso em: 25 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 428, DE 7 DE NOVEMBRO DE 2017**. Rio de Janeiro, ANS, 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

ASENSI, Felipe. D., PINHEIRO, R. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 5 jan. de 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. **NBR 6022**. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

_____. **NBR 6023**. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

_____. **NBR 6024**. Rio de Janeiro: ABNT, 2012.

_____. **NBR 6027**. Rio de Janeiro: ABNT, 2012.

_____. **NBR 6028**. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

_____. **NBR 10520**. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. **NBR 14724**. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. 288 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 320-345, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p16,343-345.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora UNESP, 2016, p.25,72.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União – DOU, de . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019..

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: DOU, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União – DOU, de 29 jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei Nº 13.105 de 2015. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 13 nov. de 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **PEC 297/2016**. Acrescenta o art. 98-A à Constituição Federal, para determinar a especialização de varas de saúde pública no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Brasília: Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2121184>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017** – Brasília: Ministério da Saúde, 2017. 210 p.

CÂMARA, Alexandre. F. Tutela de urgência e (ausência de) discricionariedade judicial. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 1-12.

CANOTILHO, José. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266.

CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p.7-9, 33-35.

CARDOZO, Benjamim N. **A natureza do processo e a evolução do direito**, São Paulo: Ed. Nacional de Direito, 1956.

CARLINI, A. A judicilização da saúde privada no Brasil: reflexões a partir da segurança jurídica e do protagonismo judicial. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial**: desafios em tempos de incertezas. Rio de Janeiro: GZ editora, 2017. p. 33 a 53.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos** - 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.11-22.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CMF. **Medicina Intensiva no Brasil 2018**. Brasília: CMF, 2018. Disponível em: <
<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/leitoseducapitais2018.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Resolução CFM nº 1.805/2006. Brasília: CMF, 2006. Disponível em: <
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Código de ética Médica. **Resolução CFM nº 1.931/09**. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <
<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012**. Brasília: Diário Oficial da União – DOU, de 31 ago. 2012. Disponível em: <
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. **RESOLUÇÃO CFM Nº 2.156/2016**. Brasília: Diário Oficial da União – DOU, de 31 ago. 2012. Disponível em: <
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **As inscrições para fazer pesquisas do Judiciário vão até 25/10**. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85577-as-inscricoes-para-fazer-pesquisas-do-judiciario-vao-ate-25-10>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Relatório Justiça em Números 2011**: ano-base: 2010/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Relatório Justiça em números 2015**: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Relatório Justiça em Números 2018**: ano-base: 2017/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução Nº 71 de 31/03/2009**. Dispõe sobre regime de plantão judiciário em primeiro e segundo grau de jurisdição. Brasília: DJE - CNJ, Seção 1 - nº 64/2009, de 03/04/2009. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=63>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010**. Brasília: DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 9-10. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em:

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CREMERJ. **RESOLUÇÃO CONJUNTA SES/SOTIERJ/CREMERJ Nº 147, DE 10 DE JULHO DE 2013**. Rio de Janeiro: DOERJ, 17 jul. 2013, Seção I, p. 12-13. Disponível em: < <http://old.cremerj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=1220&item=3>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CORRÊA, Raphael. **A Tutela Provisória no novo Direito Processual Brasileiro**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.p.110-113.

COSTA, C. E. D. F. O juiz do agora e do amanhã um perfil de sua adequada atuação jurisdicional. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 75-98.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Parâmetros para a Judicialização do Direito à Saúde. Juiz constitucional: Estado e poder no Século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p.507-515.

CURY, C. Poder Judiciário: novos direitos e desafios à proteção- protagonismo judicial e mecanismos de gestão de demandas. In: RÊGO, W. **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 99-113.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p.543,608

DELL'ORTO, Cláudio **A Arte e o Ofício de ser Juiz**. IN Rêgo, W. **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro, GZ, 2017. P. 121.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do Direito Processual Civil**. vol. III. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.p.115

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges (revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão de tradução Silvana Vieira) – 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.p.377-425

FERRAZ, Octavio L. Motta. Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the judicialization of health. In: YAMIN, Alicia Ely e GLOPPEN, Sir i(eds.) **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 98.

FOUCAULT, Paul Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**; Rio de Janeiro. 2011. NAU.p.8-21.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ. Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – ENSP. **Orientações Para Elaboração De Trabalho De Conclusão De Curso (TCC)**. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP, 2016. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/42082>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FUX, Luiz. Segurança Jurídica no Novo Código de Processo Civil. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 541-563.

GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p.155-156

GREGORI, M. S. Os planos de saúde e o direito do consumidor. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 680-699.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello, PALHEIRO, Pedro Henrique. **Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a Experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde**. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS: Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf>. Acesso em 27 nov. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nilza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores. p.93-97,177.

HÜBNER M. M. Guia para elaboração de monografias e projetos de dissertação de mestrado e doutorado. São Paulo: Pioneira, 1998.

INSUPER- Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, causas e propostas de solução**. [Http://www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br) acesso abril 2019

INSTITUTO INNOVARE. **Câmara de Resolução de Litígios de Saúde - CLRS**. Prêmio Innovare, 14 ed., 2014. Disponível em <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>>. Acesso em 27 nov 2018.

JUNIOR, H. T. A prova e a iniciativa do Juiz no Novo Código de Processo Civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 401-434.

LISBOA, Erick Soares e SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. **Por que as pessoas recorrem ao Judiciário para obter o acesso aos medicamentos?** O caso das insulinas análogas na Bahia. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2017, v. 22, n. 6, pp. 1857-1864. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017226.33922016>>. Acesso em: 30 dez. 2018. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232017226.33922016>.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. (Tradução de Julio Fischer). São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.57,105,123,331.

LOPES, Marina Magalhães, **O Cabimento da Antecipação da Tutela em face da Fazenda Pública como Forma de Acesso à Justiça**. *Temas Contemporâneos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 275.

MAESTAD, Ottar; RAKNER, Lise e FERRAZ, Octavio L. Motta. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. IN: YAMIN; ELY, Alicia; GLOPPEN, Siri (eds). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011. p.300.

MAPELLI JÚNIOR, R. **Judicialização da Saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Atheneu, 2017. v. 1. . p.38, 216,.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.197,198.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio. **Curso de direito constitucional**: São Paulo, SaraivaJur, 2018. p. 638.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.23.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.419.

NALINI, J. R. O futuro da segurança jurídica. In: GERMANOS, P. A. J. **Segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 105-121.

NERY JR, Nelson e ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p.525.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Rio de Janeiro: Companhia do Bolso, 2011. p.109.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE – OAPS. **Acompanhamento das Decisões Judiciais Relativas à Saúde**. Salvador: UFBA – Instituto de Saúde Coletiva: 2018. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/eixos/apresentacao/b16976ddd794a4f3a9d02f7e3373acb3/>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Indagação sobre os limites da ação do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, vol. 1: teoria geral do processo. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

POMPEU, N. C. O paternalismo exacerbado nas decisões judiciais e a possibilidade de impetrar mandado de segurança condicionada à natureza teratológica. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro : GZ, 2017. p. 782-796.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2010.

REGO, Werson. **Segurança jurídica e protagonismo judicial**. Desafios em tempos de incertezas-estudos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso.1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

RÊGO, Werson. **Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão do Recurso Especial n. 1.300.418-SC (2012/0000392-9)**. Brasília: Revista do Superior Tribunal de Justiça - Edição comemorativa dos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor, 2015.

RÊGO, Werson. Protagonismo Judicial, Segurança Jurídica e Reflexos nas Relações de Consumo: Novos Desafios. In: Rêgo, Werson. **Segurança jurídica e protagonismo judicial**. Desafios em tempos de incertezas-estudos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso.1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

REGO, Werson. **Segurança jurídica e protagonismo judicial**. Desafios em tempos de incertezas-estudos em homenagem ao Ministro Carlos Mario da Silva Velloso.1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

RODOTÁ, S. Il problema della responsabilità civile. In: SCHREIBER, A. **Protagonismo Judicial na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 19.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 520.

SCHREIBER, A. Protagonismo Judicial na Responsabilidade Civil reflexões iniciais sobre previsibilidade e isonomia no julgamento das ações indenizatórias. In: RÊGO, W. **segurança Jurídica e Protagonismo Judicial desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro : GZ, 2017. p. 13-31.

SCHULZE, Clenio Jair. GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à Saúde Análise à Luz da Judicialização**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2017.

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA, Anderson Monteiro de. **A atuação em rede de instituições governamentais na resolução de conflitos sobre demandas sanitárias no Rio de Janeiro** - Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública. Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas - Fundação Getúlio Vargas – 2016.

STRECK, L. L. O papel do Judiciário na defesa das liberdades constitucionais: uma análise do caso Pasquim. In: RÊGO, W. **Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas**. Rio de Janeiro: GZ, 2017. p. 497-510.

STRECK, Lenio L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 165.

STRECK, Lenio L. **Verdade e consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 279889 AL 2000/0098611-9**. Relator Min. José Delgado. Brasília: STJ, DJ de 11/06/2001. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6071014/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-279889-al-2000-0098611-9?ref=juris-tabs> >. Aceso em: 20 jan. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STF. **AgInt no AREsp 1036187/PE**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017. Brasília:

STJ, 2017. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;aresp:2017-06-27;1036187-1639655>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Súmula nº 302**. Brasília: STJ: 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000302%27>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Súmula nº 597**. Brasília: STJ: 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Súmula nº 608**. Brasília: STJ: 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **Súmula nº 609**. Brasília: STJ: 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-edita-quatro-novas-s%C3%BAmulas-e-cancela-uma-sobre-planos-de-sa%C3%BAde>. Acesso em: 29 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STJ. **AgInt 734.487- AgRg**, 2ª T.j., 03.08.2010, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 20.08.2010. Brasília, STJ, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **AgInt no AREsp 1036187/PE**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017. Brasília: STF, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/448946517/agravo-em->

recurso-especial-aresp-1036187-pe-2017-0000136-2/decisao-monocratica-448946538>.

Acesso em: 27 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271-286-8/2000**, RS, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 24/11/2000. Brasília: STF, 2000.

Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em:
20 jan. 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **AgR na tutela antecipada nº 175 (STA 175 AgR/CE)**, Min. Pres. Gilmar Mendes, DJ 17/03/2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ARE 0117392-31.2009.8.05.0001BA**-relator.Min. Edson Fachin DJe-201. 30/09/2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390345892/recurso-extraordinario-com-agravo-are-992359-ba-bahia-0117392-3120098050001>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Discurso proferido pelo Ministro Celso De Mello, em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do Senhor Ministro Gilmar Mendes como Presidente Do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso:
20 dez. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **STA AgR 175** – Relator Min Gilmar Mendes. Brasília: STF, 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Tema 579 - Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante o pagamento da**

diferença respectiva. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI Leading Case: RE 581488. Brasília: STF, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIESENHAUSEN, Hermann Alexandre Vivacqua Von. RIBEIRO, Mauro Luiz de Britto, **Exposição de Motivos da Resolução CFM nº 2.156/2016.** Brasília: CMF, 2016. Disponível em:

<http://arquivos.cremesc.org.br/publicacao/Revista_127/HTML/files/assets/common/downloads/page0017.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ. **Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014** – São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/4865697/enunciados-saude.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ. **Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde.** São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/4865697/enunciados-cnj.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ. **Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017.** Rio de Janeiro: Assessoria de Imprensa do TJERJ, 2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5202774>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ. **RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ Nº 33, de 03 de novembro de 2014.** Consolida as normas sobre a prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão judiciário permanente, e estabelece regras transitórias para possibilitar obras emergenciais na sede do plantão. Rio de Janeiro: DJERJ, de 10 nov. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-33-2014-tjrj.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJERJ. **SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** - Data da atualização: 28.11.2018. Rio de Janeiro: TJRJ, 2018. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado De Processo Civil - Teoria Geral Do Processo - Vol. 1 - 17 ed.** São Paulo: Revistas Tribunais, 2018.

WAMBIER, T. A. A. **O novo regime do agravo.** São Paulo: RT, 1995.

WAMBIER, T. A. A. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil- artigo por artigo.** São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, T. A. A. Existe a "discricionarieidade"judicial. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 18, p. 232 - 234, 1993.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ANEXOS

Anexo I: ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM 15 DE MAIO DE 2014 – SÃO PAULO-SP ENUNCIADOS SAÚDE PÚBLICA

ENUNCIADO N.º 1

Nas demandas em tutela individual para internação de pacientes psiquiátricos e/ou com problemas de álcool, crack e outras drogas, quando deferida a obrigação de fazer contra o poder público para garantia de cuidado integral em saúde mental (de acordo com o laudo médico e/ou projeto terapêutico elaborado por profissionais de saúde mental do SUS), não é recomendável a determinação a priori de internação psiquiátrica., tendo em vista inclusive o risco de institucionalização de pacientes por longos períodos.

ENUNCIADO N.º 2

Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida.

ENUNCIADO N.º 3

Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária.

ENUNCIADO N.º 4

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

ENUNCIADO N.º 5

Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

ENUNCIADO N.º 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

ENUNCIADO N.º 7

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON.

ENUNCIADO N.º 8

Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO N.º 9

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais.

ENUNCIADO N.º 10

O cumprimento de pleitos judiciais que visem à prestação de ações ou serviços exclusivos da assistência social não devem ser impostos ao Sistema Único de Saúde (SUS).

ENUNCIADO N.º 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.

ENUNCIADO N.º 12

A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO N.º 13

Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

ENUNCIADO N.º 14

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 15 As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.

ENUNCIADO N.º 16

Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

ENUNCIADO N.º 17

Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT's) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios.

ENUNCIADO N.º 18

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

ENUNCIADO N.º 19

Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo juízo processante, pela defensoria pública, pelo ministério público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente.

ENUNCIADOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

ENUNCIADO N.º 20

ENUNCIADO N.º 22

Nos planos coletivos deve ser respeitada a aplicação dos índices e/ou fórmulas de reajuste pactuados, não incidindo, nestes casos, o índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar editados para os planos individuais/familiares.

ENUNCIADO N.º 23

Nas demandas judiciais em que se discutir qualquer questão relacionada à cobertura contratual vinculada ao rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, recomenda-se a consulta, pela via eletrônica e/ou expedição de ofício, a esta agência Reguladora para os esclarecimentos necessários sobre a questão em litígio.

ENUNCIADO N.º 24

Cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará a cargo da operadora.

ENUNCIADO N.º 25

É abusiva a negativa de cobertura de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade relacionados à doença e lesão preexistente, quando o usuário não tinha conhecimento ou não foi submetido a prévio exame médico ou perícia, salvo comprovada má-fé.

ENUNCIADO N.º 26

É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

ENUNCIADO N.º 27

As Resoluções n.º 1956/2010 Conselho Federal de Medicina e n.º 115/2012 do Conselho Federal de Odontologia e o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na Agência Nacional de Saúde Suplementar, e suas alterações, são de observância obrigatória.

ENUNCIADO N.º 28

Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ.

ENUNCIADO N.º 29

Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO N.º 30

É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição.

ENUNCIADO N.º 31

Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

ENUNCIADO N.º 32

No juízo de admissibilidade da petição inicial (artigos 282 e 283 do CPC) o juiz deve, sempre que possível, exigir a apresentação de todos os documentos relacionados com o caso do paciente, tais como: doença; exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito; dosagem; contraindicação; princípio ativo; duração do tratamento; prévio uso dos programas de saúde suplementar; indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa.

ENUNCIADO N.º 33

Recomenda-se aos magistrados e membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e aos Advogados a análise dos pareceres técnicos da Agência Nacional de Saúde Suplementar* e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)** para auxiliar a prolação de decisão ou a propositura da ação.

*<http://www.ans.gov.br/aans/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans>

**<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sctie/conitec>

ENUNCIADO N.º 34

Os serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos e eventos listados na Lei 9.656/98 e no rol de procedimentos e eventos em saúde, solicitados por cirurgiões-dentistas ou odontólogos, são de cobertura obrigatória quando vinculados a eventos de natureza odontológica, desde que constante do contrato, bem como observada segmentação contratada.

ENUNCIADO N.º 35

Nos planos coletivos, contratados a partir da vigência da Resolução Normativa n. 195/09 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em que não for comprovado o vínculo entre o consumidor e a pessoa jurídica contratante na forma da regulamentação da ANS, o tipo de contratação do consumidor cujo vínculo não for comprovado, deve ser considerado individual para efeitos de rescisão e reajuste, não se aplicando aos planos das empresas e entidades de autogestão.

ENUNCIADO N.º 36

O tratamento das complicações de procedimentos médicos e cirúrgicos decorrentes de procedimentos não cobertos, tem obrigatoriedade de cobertura, respeitando-se as disposições do Rol de procedimentos e eventos em saúde editado pela ANS e as segmentações contratadas.

ENUNCIADOS BIODIREITO

ENUNCIADO N.º 37

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

ENUNCIADO N.º 38

Nas pesquisas envolvendo seres humanos deve ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais dos participantes da pesquisa, além da avaliação da necessidade, utilidade e proporcionalidade do procedimento, com o máximo de benefícios e mínimo de danos e riscos.

ENUNCIADO N.º 39

O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

ENUNCIADO N.º 40

É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

ENUNCIADO N.º 41

O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

ENUNCIADO N.º 42

Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade

sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO N.º 43

É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

ENUNCIADO N.º 44

O absolutamente incapaz em risco de morte pode ser obrigado a submeter-se a tratamento médico contra à vontade do seu representante.

ENUNCIADO N.º 45

Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

Anexo II: Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde

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.

47 - Saúde Pública - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.

48 – Saúde Pública - As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

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

50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label..Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

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

52 - Saúde Pública - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

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.

47 - Saúde Pública - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.

48 – Saúde Pública - As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico.

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

50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.

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

52 - Saúde Pública - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.

53 – Saúde Pública - Mesmo quando já efetuado o bloqueio de numerário por ordem judicial, pelo princípio da economicidade, deve ser facultada a aquisição imediata do produto por instituição pública ou privada vinculada ao SUS, observado o preço máximo de venda ao governo – PMVG, estabelecido pela CMED.

54 - Saúde Pública – Havendo valores depositados em conta judicial, a liberação do numerário deve ocorrer de forma gradual mediante comprovação da necessidade de continuidade do tratamento postulado evitando-se a liberação única do montante integral.

55 – Saúde Pública - O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica.

56 – Saúde Pública - Havendo depósito judicial por falta de tempo hábil para aquisição do medicamento ou produto com procedimento licitatório pelo poder público, antes de liberar o numerário é prudente, sempre que possível, que se exija da parte a apresentação prévia de três orçamentos.

57 – Saúde Pública - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC.

58 – Saúde Pública - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

59 - Saúde Pública - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

61- Saúde Pública - Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada -Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

62 - Saúde Suplementar -Para fins de cobertura assistencial, o conceito de urgência e emergência deve respeitar a definição legal contida no art. 35-C.Lei Federal 9.656/98.

63 – Saúde Suplementar -O deferimento de cirurgia bariátrica em tutela de urgência sujeita-se à observância das diretrizes constantes da Resolução CFM nº 1942/2010 e de outras normas que disciplinam a matéria.

64 - Saúde Suplementar -A atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.

65 - Saúde Suplementar -Não é vedada a intervenção de terceiros nas demandas que envolvam plano de saúde.

66 – BioDireito - Poderá constituir quebra de confiança passível de condenação por dano, a recusa imotivada em fornecer cópia do prontuário ao próprio paciente ou seu representante legal ou contratual, após comprovadamente solicitado, por parte do profissional de saúde, clínica ou instituições hospitalares públicos ou privados.

67 – BioDireito - As informações constantes do receituário médico, para propositura de ação judicial, devem ser claras e adequadas ao entendimento do paciente, em letra legível, discriminando a enfermidade pelo nome e não somente por seu código na Classificação Internacional de Doenças – CID, assim como a terapêutica e a denominação genérica do medicamento prescrito.

68 – BioDireito - Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana.

Anexo III: RESOLUÇÃO 33 - RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ N° 33/2014*

Consolida as normas sobre a prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão judiciário permanente, e estabelece regras transitórias para possibilitar obras emergenciais na sede do plantão.

O ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso das suas atribuições que lhe são conferidas pelo disposto no inc. I do art. 96 e no art. 99 da Constituição da República, bem como na alínea "a", inc. VI, do art. 3º do Regimento Interno, e, tendo em vista o decidido na sessão realizada no dia 03/11/2014 (Proc. nº 2013-077.902);

CONSIDERANDO a necessidade de consolidação e atualização das normas sobre o plantão judiciário, introduzidas no âmbito deste Tribunal de Justiça pelas Resoluções OE/TJ/RJ nº 05/2002, nº 02/2003, nº 06/2003, nº 27/2008, nº 06/2009, nº 02/2010 e 17/2013, assim provendo para a ininterrupta prestação jurisdicional, posteriormente exigida em âmbito nacional pelo disposto no art. 93, XII, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004;

CONSIDERANDO a necessidade de atendimento de parâmetros mínimos que devem ser observados na regulamentação da prestação jurisdicional ininterrupta, por meio de plantão permanente, previstos na Resolução nº 71, de 31 de março de 2009, do Conselho Nacional de Justiça;

CONSIDERANDO a necessidade de se garantir visibilidade das regras de designação de magistrados de primeiro e segundo graus para o exercício das atividades jurisdicionais em plantão;

CONSIDERANDO a experiência acumulada e sendo necessário coibir eventuais abusos no exercício do direito durante o plantão, que deve guardar sempre característica da excepcionalidade do atendimento ao jurisdicionado, de modo a preservar o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição da República);

RESOLVE:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º A prestação jurisdicional atende a direito fundamental, constitui serviço público essencial em regime contínuo e ininterrupto e, além do expediente forense normal, será realizada em plantões judiciários, para conhecer de medidas de caráter urgente, em ambos os graus de jurisdição, inclusive nos finais de semana e feriados, realizando-se:

I o plantão de primeiro grau noturno das dezoito horas às onze horas do dia seguinte;

II o plantão de primeiro grau diurno das onze horas às dezoito horas, nos dias em que não houver expediente forense;

III o plantão do segundo grau noturno das dezoito horas às onze horas do dia seguinte;

IV o plantão de segundo grau nos dias em que não houver expediente forense das onze horas às onze horas do dia seguinte.

§ 1º O plantão judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica.

§ 2º A propositura de qualquer medida no plantão judiciário não isenta o interessado da demonstração do preenchimento de seus requisitos formais de admissibilidade nem dispensa o preparo, quando exigível, cabendo à parte interessada providenciar o recolhimento no primeiro dia útil subsequente em que houver expediente bancário, inclusive das despesas de digitalização, se for o caso, sob pena de pagá-las em dobro, nos termos parágrafo único do artigo 33 da Lei Estadual 3.350/99.

§ 3º O conhecimento das matérias de competência do Órgão Especial durante o plantão caberá aos membros da Alta Administração do Tribunal, observada a ordem de substituição prevista no Regimento Interno.

§ 4º Identificada a reiteração de pedido já formulado, o serviço do plantão deverá certificar para apreciação do magistrado.

§ 5º Poderão ser consideradas ato atentatório à dignidade da Justiça e reputada litigância de má fé, com as consequências legais pertinentes a reiteração de requerimentos já apreciados pelo juiz natural ou por outro magistrado em plantão, bem como a apresentação de requerimento que não pode ser apreciado durante o plantão e aquele que visa evitar o peticionamento eletrônico.

Art. 2º O plantão judiciário noturno, em primeiro e segundo graus de jurisdição, destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias:

I pedidos de habeas corpus e mandados de segurança em que figurar como coatora autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista;

II pedidos de autorização para internações que envolvam risco para a vida humana;

III medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006;

IV pedidos cautelares penais em medida sigilosa, apenas quando necessários para preservação da vida humana;

V autorização para viagem de menor em trânsito, desde que justificada a urgência.

§ 1º Apreciado judicialmente o pedido, qualquer impugnação deverá ser feita no horário de expediente normal.

§ 2º Não serão objeto de apreciação em plantão noturno comunicações de prisão em flagrante ou matérias

relacionadas a direito do consumidor, à exceção da hipótese do inciso II, supra.

Art. 3º O plantão judiciário diurno nos dias em que não houver expediente forense, em primeiro e segundo grau de jurisdição, destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias, além das previstas no art. 2º:

I comunicações de prisão e a conversão ou não de flagrante em prisão preventiva ou outras medidas cautelares diversas da prisão e apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória;

II representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária em caso de justificada urgência surgida fora do horário de expediente

III pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência;

IV medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizada no horário normal de expediente e quando da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação;

V pedidos de internação provisória formulados em representações por atos infracionais de adolescentes em conflito com a lei.

§ 1º Não cabe apreciação em plantão de quaisquer medidas de natureza cível ou penal que possam ser deduzidas durante o horário do expediente forense, especialmente referentes a fornecimento de medicamentos, internações, concurso público, editais de licitação, comunicações de flagrante lavrados durante o período de expediente e pedidos de prisão preventiva, fora da hipótese do inciso II, que serão considerados atos atentatórios à dignidade da Justiça, com as consequências legais pertinentes.

§ 2º É vedada a apreciação, durante o plantão, de pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, ou a liberação de bens apreendidos.

§ 3º Qualquer pedido formulado por meio de petição eletrônica no portal, destinado ao primeiro ou segundo grau, será apreciado pelo juiz natural, vedada sua apreciação em plantão.

Art. 4º As medidas de comprovada urgência que tenham por objeto o depósito de importância em dinheiro ou valores só poderão ser ordenadas por escrito pela autoridade judiciária competente e só serão executadas ou efetivadas durante o expediente bancário normal por intermédio de servidor credenciado do juízo ou de outra autoridade por expressa e justificada delegação do juiz, conforme Resolução 71/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 5º O serviço de plantão manterá registro próprio de todas as ocorrências e diligências havidas com relação aos fatos apreciados, arquivando cópia das decisões, ofícios, mandados, alvarás, determinações e providências adotadas.

Art. 6º Os pedidos, requerimentos e documentos que devam ser apreciados pelo magistrado de plantão serão apresentados em duas vias, ou com cópia, e recebidos pelo servidor designado para a formalização e conclusão ao magistrado plantonista.

Art. 7º Os pedidos, requerimentos, comunicações, autos, processos e quaisquer papéis recebidos ou processados durante o período de plantão serão protocolizados com o registro da data e da hora da entrada, bem como do nome do recebedor, devendo ser impreterivelmente encaminhados à distribuição ou ao juízo competente no início do expediente do primeiro dia útil imediato ao do encerramento do plantão.

Art. 8º Caberá ao Juiz ou ao Desembargador designado para o plantão, conforme o caso, dar cumprimento às determinações oriundas dos Tribunais Superiores e recebidas no horário do plantão judiciário.

Parágrafo único. Caberá à unidade cartorária de plantão informar ao magistrado plantonista a existência das determinações acima referidas, bem como proceder à prévia autenticidade das mesmas, certificando a data e o horário do seu recebimento.

Art. 9º A competência dos magistrados designados para os períodos de plantão é de natureza funcional, excluída a de qualquer outro órgão judicial, que não o de origem, para apreciar medidas de urgência.

Art. 10 A cognição urgente que legitima a decisão proferida em juízo de plantão não conduz à extinção do processo ou do recurso.

Art. 11 O Desembargador plantonista e o Juiz de Direito plantonista diurno farão jus a dois dias úteis de repouso remunerado por cada plantão que realizar, que serão gozados, cumulativamente ou não, em período por ele indicado, observada a conveniência do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se a mesma regra ao serventuário designado para o plantão diurno, com exceção daqueles lotados na SEPJU, bem como ao secretário/assessor que acompanhar o

magistrado, os quais deverão gozar obrigatoriamente o repouso a partir do dia útil imediatamente posterior ao seu período de férias.

Art. 12 Os Desembargadores e juízes designados cumprirão o plantão mediante escala de rodízio em critérios objetivos e impessoais, organizada pela Presidência do Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. Ficam excluídos das escalas de plantão os Juízos da Comarca da Capital das Varas da Infância, da Juventude e do Idoso, da Vara da Infância e da Juventude, Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, e da Vara de Execuções Penais.

Art. 13 Caberá à Corregedoria Geral da Justiça a designação dos serventuários que cumprirão os plantões judiciários na Comarca da Capital e à Presidência a designação dos serventuários vinculados ao segundo grau de Jurisdição.

Parágrafo único. Nas demais Comarcas, os juízes de plantão deverão

Parágrafo único. Os juízes mencionados no caput deste artigo serão selecionados pela Presidência, através de edital, para atuação exclusivamente no plantão judiciário noturno, durante um quadrimestre.

Art. 22. Os magistrados interessados deverão inscrever se para concorrer às vagas oferecidas no edital mencionado no parágrafo único do artigo anterior, cabendo à Presidência selecionar e designar os juízes plantonistas.

Parágrafo único. Não havendo juízes interessados para as vagas, serão designados pela Presidência do Tribunal de Justiça os juízes regionais da Capital e/ou do Interior, atendendo o critério do mais moderno para o mais antigo.

Art. 23 Os juízes selecionados, em número de quatro, não poderão gozar férias nem licença prêmio no período em que estiverem designados para o plantão.

Art. 24 A designação para o plantão noturno cessará automaticamente caso o juiz seja licenciado por prazo superior a 10 (dez) dias ininterruptos.

Parágrafo único. A licença concedida por período inferior a 10 (dez) dias ao magistrado designado para o plantão noturno deve ser suprida pelos demais juízes designados.

Art. 25 A Presidência do Tribunal de Justiça poderá, no curso do quadrimestre, fazer com que o juiz plantonista retorne à sua lotação, sendo, nesse caso, substituído.

Art. 26 Os juízes mencionados no artigo 12, parágrafo único, desta Resolução não poderão concorrer às vagas de plantão noturno.

Art. 27 O plantão noturno de primeiro grau destina-se a todas as comarcas do Estado do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO IV

Do plantão de segundo grau

Art. 28 O plantão de segundo grau destina-se a atender as medidas urgentes de sua competência, oriundas de qualquer Comarca do Estado do Rio de Janeiro.

Parágrafo único. No plantão noturno o Desembargador atenderá no seu próprio gabinete até as vinte e uma horas, nos dias de expediente forense, mantendo, a partir deste horário, permanente e direto contato com o serviço de plantão judiciário, de forma a impedir que haja solução de continuidade nos casos urgentes.

Art. 29 A designação dos trinta e cinco Desembargadores para o plantão de segundo grau de jurisdição se fará na ordem crescente de antiguidade, a partir do mais moderno, facultado a todos os Desembargadores a participação voluntária no plantão, nos termos do artigo 20 A do CODJERJ, com a redação da Lei Estadual nº 6.375, de 27 de dezembro de 2012.

§ 1º A Presidência do Tribunal fará publicar semestralmente edital para habilitação dos Desembargadores que se voluntariarem para o plantão, organizando a lista habilitados e publicando-a para fins do rodízio mensal.

§ 2º Caso se inscrevam mais de trinta e cinco Desembargadores voluntariamente, caberá à Presidência a escolha dos nomes que comporão o rodízio semestral.

§ 3º Se não houver inscrição suficiente, a lista será composta com os Desembargadores mais modernos, observada a ordem crescente da antiguidade, devendo ser atualizada a cada promoção.

§ 4º Durante o período de recesso forense, serão designados quatro Desembargadores para cada dia de plantão.

CAPÍTULO V

Do posto de plantão do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos e do Centro de Pronto Atendimento Judiciário em Plantão (CEPRAJUD)

Art. 30 Será instalado, por indicação e sob a supervisão da CEJESP, posto de plantão do Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro nos locais em que vierem a ocorrer competições esportivas, culturais, artísticas e/ou grandes eventos.

§ 1º Instalado o posto referido no caput, a competência em razão da matéria do Juizado será exclusiva, não admitindo competência concorrente;

§ 2º Toda atividade referente à Vara da Infância, da Juventude e do Idoso e aos Juizados Especiais em Aeroportos, relacionada aos grandes eventos, ficará subordinada à Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais

Criminais em Eventos Esportivos, Culturais e Grandes Eventos CEJESP.

§ 3º Os magistrados e os serventuários designados para o Juizado Especial do Torcedor e de Grandes Eventos (Posto

Avançado do Plantão) farão jus ao acréscimo previsto no artigo 11 desta Resolução.

Art. 31. Sempre que necessário em razão da multiplicidade de ocorrências oriundas de grandes eventos públicos, a Presidência do Tribunal de Justiça e a Corregedoria Geral de Justiça poderão designar, respectivamente, juízes e servidores para auxiliar os trabalhos do Plantão Judiciário, de modo a garantir a celeridade das medidas de urgência.

CAPITULO V

Das disposições finais e transitórias.

Art. 32 Ao final de cada plantão diurno ou noturno lavrar se á ata circunstanciada, encaminhando se cópia à Corregedoria Geral da Justiça, à Procuradoria Geral da Justiça, à Defensoria Pública Geral do Estado e à Secretaria de Estado de Segurança Pública.

Parágrafo único. Nos plantões realizados no foro central da Comarca da Capital, as atas serão arquivadas pela Corregedoria Geral da Justiça e, nas demais Comarcas, serão arquivadas pela direção do foro respectivo.

Art. 33 Os casos omissos serão decididos pela Presidência do Tribunal de Justiça.

Art. 34 Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial as Resoluções OE/TJ/RJ nº 05/2002, nº 02/2003, nº 06/2003, nº 27/2008, nº 06/2009, nº 02/2010 e nº 17/2013.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2014.

(a) Desembargadora LEILA MARIANO

Presidente

* Republicada por ter saído com incorreção material no DJERJ de 06/11/2014 e 10/11/2014.

Anexo IV: Resolução 71 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça pelo bom funcionamento do Poder Judiciário, prevista no § 4º do art. 103-B da Constituição;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura e de recomendar as providências para tanto necessárias, conforme dispõe o art. 19, I do Regimento Interno;

CONSIDERANDO a urgência na obtenção da prestação jurisdicional, relacionada a processos judiciais em regime de plantão, bem como objetivando evitar distorções no desempenho das competências dos diferentes órgãos judiciais;

CONSIDERANDO a necessidade e conveniência de os plantões atuarem com objetividade e clareza para jurisdicionados e advogados que utilizam os serviços judiciários e a padronização das hipóteses de comprovada urgência, que se incluem na competência jurisdicional em regime de plantão; padronizar a disciplina correspondente, com objetividade e clareza para os jurisdicionados e advogados que utilizam os serviços judiciários;

RESOLVE:

Art. 1º. O Plantão Judiciário, em primeiro e segundo grau de jurisdição, conforme a previsão regimental dos respectivos tribunais ou juízos destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias:

- a) pedidos de habeas-corpus e mandados de segurança em que figurar como coator autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista;
- b) medida liminar em dissídio coletivo de greve;

- c) comunicações de prisão em flagrante e à apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória;
- d) em caso de justificada urgência, de representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária;
- e) pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência;
- f) medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizado no horário normal de expediente ou de caso em que da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação.
- g) medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais a que se referem as Leis nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001, limitadas as hipóteses acima enumeradas.

§ 1º. O Plantão Judiciário não se destina à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantão anterior, nem à sua reconsideração ou reexame ou à apreciação de solicitação de prorrogação de autorização judicial para escuta telefônica.

§ 2º. As medidas de comprovada urgência que tenham por objeto o depósito de importância em dinheiro ou valores só poderão ser ordenadas por escrito pela autoridade judiciária competente e só serão executadas ou efetivadas durante o expediente bancário normal por intermédio de servidor credenciado do juízo ou de outra autoridade por expressa e justificada delegação do juiz.

§ 3º. Durante o Plantão não serão apreciados pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores nem liberação de bens apreendidos.

Art. 2º. O Plantão Judiciário realiza-se nas dependências do Tribunal ou fórum, em todas as sedes de comarca, circunscrição, seção ou subseção judiciária, conforme a organização

judiciária local, e será mantido em todos os dias em que não houver expediente forense, e, nos dias úteis, antes ou após o expediente normal, nos termos disciplinados pelo Tribunal.

Parágrafo único. A divulgação do nome dos juízes, endereços e telefones do serviço de plantão será realizada com antecedência razoável no site eletrônico do órgão judiciário respectivo e pela imprensa oficial no expediente forense.

Parágrafo único. A divulgação dos endereços e telefones do serviço de plantão será realizada com antecedência razoável pelo sitio eletrônico do órgão judiciário respectivo e pela imprensa oficial, devendo o nome dos plantonistas ser divulgado apenas 5 (cinco) dias antes do plantão. (Redação dada pela Resolução nº 152, de 06.07.12).

Art. 3º. Nos dias em que não houver expediente normal o plantão realizar-se-á em horário acessível ao público compreendendo pelo menos três (3) horas contínuas de atendimento ou dois períodos de três (3) horas.

Art. 4º. Os desembargadores e juízes de plantão permanecem nessa condição mesmo fora dos períodos previstos no parágrafo anterior, podendo atender excepcionalmente em domicílio conforme dispuser regimento ou provimento local, em qualquer caso observada a necessidade ou comprovada urgência.

Art. 5º. O atendimento do serviço de plantão em primeiro e segundo grau será prestado mediante escala de desembargadores e juízes a ser elaborada com antecedência e divulgada publicamente pelos Tribunais.

Parágrafo único. Os tribunais e juízos poderão estabelecer escalas e períodos de plantão especial para períodos em que existam peculiaridades locais ou regionais ou para período de festas tradicionais, feriados, recesso ou prolongada ausência de expediente normal.

Art. 6º. Será responsável pelo plantão no segundo grau de jurisdição o juiz ou desembargador que o regimento interno ou provimento do respectivo tribunal designar, observada a necessidade de alternância. No primeiro grau, será juiz plantonista aquele designado ou indicado para período mínimo de três (3) dias de plantão, por escala pública definida previamente no primeiro dia do mês.

Parágrafo único. Durante todo o período de plantão ficarão à disposição do juiz ou desembargador encarregado pelo menos um servidor e um oficial de justiça indicados por escala pública ou escolhidos de comum acordo pelo plantonista.

Art. 7º. O serviço de plantão manterá registro próprio de todas as ocorrências e diligências havidas com relação aos fatos apreciados, arquivando cópia das decisões, ofícios, mandados, alvarás, determinações e providências adotadas.

§1º. Os pedidos, requerimentos e documentos que devam ser apreciados pelo magistrado de plantão serão apresentados em duas vias, ou com cópia, e recebidos pelo servidor plantonista designado para a formalização e conclusão ao juiz plantonista.

§2º. Os pedidos, requerimentos, comunicações, autos, processos e quaisquer papéis recebidos ou processados durante o período de plantão serão recebidos mediante protocolo que consigne a data e a hora da entrada e o nome do recebedor, e serão impreterivelmente encaminhados à distribuição ou ao juízo competente no início do expediente do primeiro dia útil imediato ao do encerramento do plantão.

Art. 8º. Os tribunais, por meio de seu órgão competente, quando for o caso, ou a corregedoria geral e os juízos de primeiro grau competentes, poderão editar ato normativo complementar disciplinando as peculiaridades locais ou regionais, observados os direitos e garantias fundamentais, as regras de processo e os termos desta resolução.

Art. 9º. Os casos omissos serão resolvidos pelo tribunal respectivo para o plantão de segundo grau e pelo corregedor-geral para os casos de plantão em primeiro grau.

Art. 10. Os tribunais e juízos adaptarão, conforme a necessidade, seus regimentos ou atos normativos no prazo de noventa (90) dias.

Art. 11. O Plantão no Conselho Nacional de Justiça e nos Tribunais Superiores será disciplinado pelos respectivos regimentos internos.

Art. 12. Fica revogada a Resolução nº 36, de 24 de abril de 2007.

Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILMAR MENDES