

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

**A POSSÍVEL SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR**

***THE POSSIBLE OVERNESS OF DISCRICIONARITY IN
SUPPLEMENTAL HEALTH JUDICIALIZATION***

SANDRO MANSUR GIBRAN

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

MIGUEL FERREIRA FILHO

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do modo pelo qual as normas constitucionais vêm sendo interpretadas e aplicadas, por parte dos magistrados, em nosso cenário jurídico atual, especificamente no âmbito da saúde suplementar. Com vistas a fundamentar o estudo e, para que se possam elaborar comentários críticos a respeito do tema de maneira aprofundada, serão examinados ao longo deste artigo os seguintes tópicos: positivismo jurídico e discricionariedade nas decisões judiciais; judicialização, discricionariedade e ativismo judicial no âmbito do sistema de saúde suplementar em nosso Estado democrático de direito; os serviços de assistência à saúde elencados na carta fundamental e, por derradeiro, a possibilidade de superação do ativismo por meio da técnica hermenêutica. Cabe frisar que o estudo apresentado visa a indicar uma hermenêutica que se mostre capaz oferecer respostas amplas e

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

adequadas à promoção e realização dos direitos constitucionais relacionados ao tema tratado. Com vistas à elaboração de uma conclusão adequada aos objetivos deste artigo científico, utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, bem como o método dedutivo de análise.

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde, ativismo judicial, sistema de saúde suplementar, discricionariedade, hermenêutica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the way in which constitutional rules have been interpreted and applied by judges in our current legal context, specifically in the scope of supplementary health. In order to justify this study, and to deep elaborate critical comments about the subject, the following topics will be examined throughout this article: legal positivism and discretion in judicial decisions; judicialization, discretion and judicial activism within the framework of the supplementary health care system in our democratic State of law; the health care services listed in our constitution and, lastly, the possibility of overcoming activism through the hermeneutic technique. It should be emphasized that this study aims to indicate a kind of interpretation that is capable of offering broad and adequate answers to the the constitutional rights related to health care services. In order to elaborate an suitable conclusion to this scientific article, bibliographic research and deductive method of analysis were used.

KEYWORDS: constitutional health care rights, judicial activism, supplementary health care, judicial discretion, hermeneutics.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

INTRODUÇÃO

O período pós-segunda guerra mundial promoveu significativas mudanças sócio-jurídico-políticas que resultaram numa nova ordem política pautada nas noções de democracia e constitucionalismo.

As constituições que advieram daquele período se fortaleceram como documentos jurídico-políticos salvaguardando os mais caros valores da sociedade, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Na Europa, esta reconstitucionalização ocorreu no período imediato do pós-segunda grande guerra e se estendeu até meados do século XX.

Embora tenha ocorrido numa fase posterior, no Brasil a reconstitucionalização ocorreu por intermédio da convocação, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988 que permitiu ao Estado brasileiro a passagem de um modelo autoritário para um modelo democrático de direito. Indo além, a CF incorporou valores a fim de ver efetivados determinados direitos, aí incluídos os de segunda geração, como o direito à saúde.

Não se olvida das profundas transformações operadas pelo neoconstitucionalismo no enfoque atribuído à norma constitucional que, dantes apenas como uma disposição política não obrigava no sentido de superar a fronteira de uma mera expectativa, passa a apresentar *status* de norma jurídica que exige a sua observação e, que demanda um método interpretativo para sua consecução.

A mudança de paradigma operada pela virada hermenêutica tem apresentado algumas dificuldades no Brasil. O reconhecimento da possibilidade de um espaço criativo/produtivo da atividade interpretativa jurisdicional, muitas vezes soçobra na discricionariedade judicial, característica de postulados positivistas, mormente no que concerne a decisões cujo tema central sejam a saúde.

O que o presente artigo busca analisar é o modo pelo qual as normas, notadamente as constitucionais, vem sendo interpretadas por aqueles que realizam o direito em suas decisões - os juízes – num campo de grande importância social, a

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

saúde suplementar. E, para tanto, analisar-se-á a relação entre o positivismo e a decisão judicial com viés discricionário, assim como os fenômenos da judicialização e ativismo judicial a partir da identificação do serviço de assistência à saúde suplementar. Por derradeiro, buscar-se-á identificar um modo de interpretação capaz de atender os diferentes direitos constitucionais envolvidos que, numa sociedade democrática, devem ser sopesados no sentido de serem o mais amplamente realizados.

2 POSITIVISMO E DISCRICIONARIEDADE NA DECISÃO JUDICIAL

O positivismo jurídico não é um termo unívoco, engloba tanto a doutrina trazida por Auguste Comte quanto aquelas que a dele se ligam ou se assemelham por negarem a metafísica, dando preferência às ciências experienciais e cuja confiança se dá pelo conhecimento dos fatos. E, para além de uma tendência científica, o positivismo esteve intimamente ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 31)

Para o autor:

O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa "École de l'Exégèse" [...]. (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 31).

As características principais da Escola da Exegese, segundo Bobbio (1995, p. 84-89), se deduz das principais obras de seus autores expoentes como sendo: a) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; b) concepção rigidamente estatal do direito; c) interpretação fundada na intenção do legislador; d) o culto do texto da lei e; e) o respeito ao princípio da autoridade.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Desta forma, a lei, fruto da vontade estatal e como única fonte, se confundia com o próprio direito. A lei, como resultado da atividade volitiva do parlamento, devia ser reproduzida com exatidão e fidelidade pelo intérprete. Neste compasso houve a difusão da chamada jurisprudência conceitual que alberga os aspectos literal e lógico-sistemático. (REALE, 2001, p. 261)

As codificações e, por seu turno, os métodos de interpretação não restaram suficientes para abarcar toda a complexidade da vida em sociedade. Condutas não previamente imaginadas e lacunas no ordenamento jurídico impuseram a necessidade de se revisitar os métodos interpretativos para acomodar as circunstâncias fáticas.

A superação do modelo sintático de interpretação, pautado na conexão lógica dos signos que compõe o(s) Código(s), tem por um de seus expoentes Hans Kelsen que compreende a decisão jurídica como ato de vontade. (STRECK, MATOS, 2014, p. 126-127)

Streck e Matos (2014, p. 127) sustentam que Kelsen faz distinção entre Direito e Ciência do Direito, mas não uma cisão entre Direito e Moral, uma vez que o objeto de interesse era a pureza metodológica e não o Direito como práxis social.

Desta maneira a interpretação se difere consoante a realidade jurídica a qual se destina, sendo ato de conhecimento para a Ciência do Direito e ato de vontade, de criação de direito, na decisão judicial, como asseguram:

[...] na decisão judicial, o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito e outros de caráter subjetivo. Assim, entende ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses constantes na moldura normativa. (STRECK, MATOS, 2014, p. 128).

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen apresenta dois planos de interpretação. A interpretação autêntica e a interpretação não-autêntica, a primeira se referindo ao Direito e a segunda à Ciência do Direito.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

A interpretação autêntica, como um ato de vontade, é aquela realizada por um órgão jurídico que cria direito no momento da aplicação de prescrições jurídicas.

Kelsen a descreve como:

Se queremos caracterizar [...] a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, **a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.** [...] A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. (KELSEN, 1998, p. 249) (grifos nossos).

Assim, para Kelsen, a decisão judicial carrega uma carga de pessoalidade na qual o juiz escolhe uma interpretação dentre várias interpretações, numa aplicação de modelo semântico.

De outra banda a interpretação não-autêntica, como um ato de conhecimento, é descrita como sendo:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. **A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito.** A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo¹ e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente. (KELSEN, 1998, p.250) (Grifos nossos).

O referido autor sustenta que pela interpretação não-autêntica é possível uma pluralidade de normas extraídas de uma mesma regra, mas sua apresentação é destituída de qualquer parcialidade.

De todo modo o que se quer enfatizar é que, para Kelsen, pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma distinta. Uma situada fora da moldura estatuída pela aquela a se aplicar e, para

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

além disso, a escolha poderá se pautar por critérios não-jurídicos, pela discricionariedade.

Ainda, outra questão importante que se pode aferir é a de que o positivismo sustentado pela Escola Exegética não se confunde com o positivismo defendido por Kelsen. Este defende um positivismo normativista no qual a interpretação autêntica não se limita a uma possibilidade e incorpora algum grau de subjetivismo (discricionariedade).

2.1 DISCRICIONARIEDADE, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito assume papel relevante no contexto do Estado Democrático de Direito, antes apenas mero reproduzidor de textos normativos oriundos do Legislativo, agora protagonista autônomo na defesa de garantias e direitos constitucionais.

Dito de outro modo, compete ao Poder Judiciário – de forma autônoma – tanto a garantia dos direitos fundamentais quanto a preservação do regime democrático. (TRINDADE, 2014, p. 13)

Para Streck (2010, p. 163):

[...] uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade.

E, continua o autor:

Se foi diminuída a liberdade de conformação do legislador, através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do “poder” da legislação venha

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2010, p. 163).

Hodiernamente, na atividade decisória do julgador, a concepção da moldura kelseniana tem servido de justificativa para argumentos que não correspondem ao verdadeiro conteúdo jurídico formal e materialmente estabelecido na lei. O julgador acaba por alterar o conteúdo legislativo com o estabelecimento de sentidos que não são da lei, mas de si próprio.

Toma especial revelo, na vigência das Constituições contemporâneas que estabelecem valores a serem resguardados e direitos que urgem sua concretização, o modo pelo qual os julgadores chegam a determinada decisão, num modelo pós-positivista.

A doutrina pós-positivista se calca na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação da democracia para ir além da legalidade estrita, implementando uma leitura moral da Constituição e das leis, contudo sem retorno à metafísica. (BARROSO, 2009a, p. 249)

O fenômeno da judicialização diz respeito a uma realidade decorrente do modelo constitucional adotado e, é a transferência ao Poder Judiciário de questões de ordem social e política que deveriam estar sendo resolvidas pelo Poder Legislativo e Poder Executivo.

Segundo Barroso (2009b, p. 3-4), as causas da judicialização no Brasil são:

- a) a redemocratização que alçou o Poder Judiciário a status de verdadeiro poder político deixando para trás a mera atribuição de departamento técnico-especializado;
- b) a constituição abrangente que transforma Política em Direito – uma matéria disciplinada em norma constitucional é potencialmente uma pretensão jurídica – e;
- c) o sistema brasileiro de constitucionalidade que adota um modelo híbrido, americano e europeu, de controle incidental e difuso realizado por qualquer juiz e, de controle abstrato e concentrado realizado pelo supremo Tribunal Federal.

O mesmo autor sustenta que o ativismo judicial decorre, geralmente, de uma paralisia do Poder Legislativo na efetivação de direitos sociais permitindo ao Poder

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Judiciário, de modo proativo, a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição, e continua:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009b, p. 6).

Por esta via, o ativismo judicial não é uma afronta ao princípio da separação dos poderes, mas uma forma de identificar as potencialidades do texto constitucional como, por exemplo, efetivar direitos fundamentais que, por omissão ou letargia, não são objeto de uma resposta satisfatória por parte do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo.

A conduta oposta ao ativismo é a autocontenção judicial ou passivismo judicial, situação que era comum até o advento da Constituição de 1988, na qual o Judiciário reduz sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nesta linha de procedimento, segundo Barroso (2009b, p. 7), os juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Por evidente não se está aqui a defender uma posição passiva, autocontida de um Poder Judiciário que é próprio da noção estatal liberal e, em cujo qual, as decisões judiciais se aprisionam no modelo exegético de interpretação.

Todavia, a permanecer a crise da democracia representativa e a conseqüente judicialização, o ativismo judicial exsurge com maior frequência nas decisões judiciais,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

mormente em decorrência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) que lhe impõe a obrigação de proferir decisão aos casos a ele dirigidos.

O problema, na visão de Streck (2011a, p. 10-11), repousa na forma como se estabeleceu a noção da “jurisprudência dos valores” no Brasil. O autor sustenta que vários doutrinadores se valem da teoria da argumentação de Robert Alexy para, num exercício de interpretação, encontrar e revelar os valores e interesses inerentes a uma Constituição, como ordem concreta de valores. E, continua o autor, a ponderação, como proposta por Alexy, não é “uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais”, não sendo uma operação direta, a ponderação leva à geração de uma regra a ser aplicada ao caso concreto, por subsunção.

Streck (2011a, p. 11-12) adverte, ainda, que o uso da ponderação como “princípio” é o resultado do panprincipiologismo que, como subproduto do “neoconstitucionalismo” à brasileira, “faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (standards) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”.

Deste modo, sob a justificativa de superação do positivismo exegético, é possível encontrar decisões judiciais que, fundadas em princípios como dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde, afastam o conteúdo de uma lei democraticamente legitimada, com fulcro em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal para proteger direito fundamental violado.

Pragmático a este respeito, Streck (2011a, p. 16) sustenta que “há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial” e, para os que dele divergem complementa:

[...] Esse ativismo – que tanto se manifesta no panprincipiologismo como no “uso hipossuficiente dos princípios” - demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos Tribunais. De todo modo – e isso precisa ficar bem claro –,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos ativismos judiciais. (STRECK, 2011a, p. 20).

Resta clara a necessária construção de uma teoria que supere o positivismo exegético, de cunho normativista, e que possa controlar as decisões judiciais no sentido de não se encontrarem nem aprisionadas no passivismo – pela autocontenção – e nem liberalizadas no plano decisório - pelo ativismo judicial.

O direito à saúde, como direito social fundamental, exsurge como um dos principais motes quando se fala em judicialização e ativismo judicial. Assim, passa-se, no próximo tópico, a uma análise acerca deste direito que, considerado em seu caráter subjetivo e social, é tão caro.

3 OS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal elenca a saúde como direito fundamental no caput do art. 6º, sendo o seu cuidado de competência comum da União, Estados e Municípios (art. 23, II) e, de competência concorrente entre os entes federados, a legislação de sua defesa (art. 24, XII).

A política de saúde e os serviços a ela concernentes, entretanto, vem disciplinados nos artigos 196 a 200 da Carta Maior.

Pelo art. 196 da CF, “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”.

As ações e serviços públicos de saúde são considerados como de relevância pública (art. 197, CF) prestados em rede regionalizada e hierarquizada que compreende o sistema único de saúde - o SUS - (art. 198, CF).

O principal marco legal da política de saúde é a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Santos (2015, p. 817) assenta que o serviço público de saúde deve se dar através de uma estrutura em rede, por meio de integração dos serviços dos entes federados, num modelo técnico-sanitário ordenado hierarquicamente da menor para a maior complexidade tecnológica, sendo a atenção primária a porta do sistema regional.

Entretanto, ao tratar da prestação de serviços na saúde, a Constituição Federal admite a participação de particulares de forma complementar (art. 199, §1º) ou suplementar (art. 199, caput).

A rede regionalizada de saúde pode ser complementada por serviços privados, por meio de convênio ou contrato, sempre que o poder público identifique que seus recursos são insuficientes, dando-se preferência aos agentes privados sem fins lucrativos como, por exemplo, as entidades filantrópicas das Santas Casas de Misericórdia.

Destarte, os serviços de caráter complementar ao SUS se dão em níveis hierárquicos superiores ao da atenção primária à saúde, uma vez que esta é atribuição exclusiva estatal por envolver poder de autoridade com a correspondente ordenação do sistema. Vale dizer, “incumbindo-se das referências sanitárias e dos registros primários e permanentes da atenção à saúde, os quais devem conter a história de saúde do cidadão, sua trajetória no sistema de saúde, com todos os seus itinerários terapêuticos”. (SANTOS, 2015, p. 817)

De outra banda, o serviço de assistência à saúde suplementar é aquele que pode ser realizado por agentes privados, com fins lucrativos, segundo regras de direito privado, mas em setor altamente regulado. E, por ser um setor relevante para a assistência em saúde, a sua organização visa a preservação dos agentes econômicos, como sustentado por Dias e Mota (2014, p. 297):

A saúde suplementar integra o campo das atividades econômicas em sentido estrito, o que impõe uma regulamentação que busque preservar a atratividade do seu desempenho por particulares e margens de lucro compatíveis, sob pena de afastar os agentes privados de tal setor, trazendo prejuízos para os consumidores, que seriam privados da oportunidade de optar por ela, não tendo outra alternativa, a não ser a rede pública.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Este setor de saúde suplementar, todavia, não é regido apenas por regras de mercado. Na relação jurídica entre operadoras e seguradoras de plano de saúde e os sujeitos que a elas aderem incidem normas a proteger a parte hipossuficiente. Além do principal marco legal atribuído ao setor de saúde suplementar, a Lei nº 9656 de 3 de junho de 1998, também incidem o Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais de direito, como a boa-fé, a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica e a vedação ao abuso de direito. (DIAS, MOTA, 2014, p. 297)

Ademais das disposições normativas descritas, em 28 de janeiro de 2000, entrou em vigor a Lei 9.961 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – cuja finalidade, insculpida no art. 3º, é a de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”.

O sistema de saúde brasileiro é um misto público-privado compreendido pelo o SUS, de forma isolada ou em complementariedade, financiado pelo Estado (nas esferas municipal, estadual e federal) e, o setor privado de seguros de saúde e operadoras de planos de saúde. Cada qual submetido a legislações próprias, mas todos sob a égide da Constituição Federal.

4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL RELATIVOS AO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

As causas de judicialização do sistema de saúde não se diferem, no seu ponto fulcral, pelo modo com que o serviço de assistência à saúde é prestado. Seja através do SUS, isolado ou em complementariedade, ou do sistema de saúde suplementar, o direito fundamental da saúde deve ser compreendido como norma de eficácia plena.

Como já referido, a relação contratual existente entre as seguradoras e operadoras de planos de saúde e seus segurados/beneficiários não ocorre sob uma

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

total liberdade contratual, devendo se submeter às disposições da Lei nº 9.656/98, das oriundas da ANS, bem como obedecer a Constituição Federal.

Dentre as causas de judicialização, exclusivas ao setor de saúde suplementar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Guazzelli (2013, p. 123) sustenta que as mais frequentes são sobre planos individuais/familiares contratados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/98 e versam sobre: a cobertura da AIDS e complicações decorrentes; a cobertura ilimitada do tempo ou valor da internação hospitalar; a cobertura de doenças preexistentes e; a cobertura de transplantes de órgãos pelas operadoras/seguradoras. Resultado obtido após a análise de um total de 64 acórdãos correspondentes ao período de 1999 a 2010.

Scheffer, Trettel e Kozan (2015, p. 140) ao analisarem 37.609 decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), no que se refere à saúde suplementar, identificaram que as causas ensejadoras das demandas, no período compreendido entre 2010 e 2014, foram: a exclusão de coberturas contratuais; o valor devido das mensalidades; o direito à manutenção do aposentado nos contratos coletivos; o reajuste por mudança de faixa etária e o reajuste decorrente do aumento de sinistralidade.

O resultado das demandas foi favorável ao usuário num percentual acima de 82% em ambos os estudos. No caso do STJ, 46% das demandas tiveram a manutenção da decisão favorável do tribunal de origem e, em 36% as decisões foram reformadas em favor do usuário. (GUAZZELLI, 2013, p. 123)

No que diz respeito à legislação aplicada aos casos, o Código de Defesa do Consumidor foi a que mais se destacou, isolada ou em consonância com outras normas – mormente a Lei nº 9.656/98.

De modo mais analítico, Guazzelli (2013, p. 88) apresenta os argumentos substantivos genéricos que fundamentaram as decisões favoráveis aos usuários assentados na proteção do direito à vida ou da saúde. A autora sustenta que os ministros do STJ julgam as ações, majoritariamente, favorável aos usuários de planos de saúde:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

[...] lançando mão do Código de Defesa do Consumidor e fundamentando sua decisão, geralmente com base na combinação do argumento de abusividade da cláusula contratual com outro argumento, entre os quais estão: (i) proteção ao direito à vida e/ou à saúde; (ii) operadora não realizou exame pré-admissional e/ou operadora não comprovou má-fé e/ou conhecimento de doença preexistente pelo consumidor; (iii) se há cobertura contratual da doença, não pode haver a exclusão de procedimento; e (iv) cláusula restritiva que atribui vantagem exagerada à operadora.

A autora identificou, também, que considerações acerca do impacto econômico ou coletivo que o *decisium* poderia acarretar somente apareciam em votos divergentes dos acórdãos. E, que:

Em sua maioria, os magistrados propugnam em suas decisões a defesa de direitos sociais e dos consumidores, pretendendo-se alinhar à moderna concepção de socialidade introduzida nos textos constitucional e infraconstitucionais. Todavia, a forma de decidir ainda tem fundamento na clássica noção de direito subjetivo, individual, desconsiderando eventuais impactos da decisão sobre o interesse coletivo do consumidor. (GUAZZELLI, 2013, p. 96)

No cotejo dos acórdãos analisados por Guazzeli (2013, p. 96), a autora sustenta que a discussão do serviço de saúde suplementar centra-se, principalmente, nos seguintes problemas: (a) o direito à saúde do consumidor *versus* o interesse patrimonial do agente privado; (b) a transferência do dever prestacional estatal à iniciativa privada; (c) as cláusulas abusivas *versus* cláusulas restritivas nos contratos de adesão; (d) a opinião do médico assistente *versus* o controle da operadora/seguradora; (e) a doença pré-existente e a má-fé do segurado; e (f) o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação nos planos antigos.

No que diz respeito ao direito à saúde *versus* o interesse patrimonial do agente privado, deve-se sopesar o direito subjetivo do usuário de plano de saúde e o direito social da assistência à saúde mediada por operadoras/seguradoras de planos de saúde. Quer dizer, não é somente uma questão de implementar um determinado tratamento/procedimento de saúde, mas garantir que a efetiva prestação não resulte em excessiva onerosidade para os demais beneficiários da operadora/seguradora de planos de saúde como decorrência da sinistralidade, assim como, se preserve o

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

percentual de lucro mínimo ao agente privado para que possa reinvestir na sua atividade, de acordo com os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

A transferência do dever prestacional do Estado para os agentes privados da saúde suplementar importa na aceção do direito do usuário ao atendimento integral à saúde (art. 198, II, CF), talvez ponto de maior miscelânea interpretativa. Guazzelli (2013, p. 99-101) sustenta que, a participação de particulares na prestação de serviços de saúde suplementar se dá de forma voluntária e, nem a Constituição Federal ou a Lei nº 9.656/98 lhes impõe a obrigação do princípio da integralidade. E, ainda que seja atividade de relevância pública, a saúde suplementar tem seu regramento definido por normas de direito privado.

Os recursos destinados a área da saúde são sabidamente escassos no âmbito de competência estatal o que inviabiliza a integralidade da prestação de serviços de saúde aos indivíduos, quiçá não seria diferente quando a prestação de serviços de saúde fosse realizada de forma suplementar.

Quanto ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a possibilidade de adaptação nos planos antigos, este tópico diz respeito à contratualização de planos pretéritos à Lei nº 9656/98. Há certa divergência quanto à aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, mas, diante da decisão do STF na ADI nº 1931 que suspendeu a eficácia do artigo “35-E” que estendia a eficácia da Lei àqueles contratos, a questão ficou praticamente superada.

Guazzelli (2013, p. 104-105) assenta que a argumentação dos ministros do STJ sobre cláusulas abusivas e restritivas se funda na impossibilidade de o usuário controlar as doenças que o acometerão, bem como, o tempo e o tratamento necessários. E, portanto, a argumentação se volta para o direito da integralidade de assistência à saúde prestada por particulares.

Outra questão abordada foi quanto a presença de doenças pré-existentes e, neste aspecto alguns julgados são no sentido de que, mesmo que o usuário tenha omitido doença pré-existente no momento da contratação do plano – portanto, agindo de má-fé – o agente particular somente se desincumbe da obrigação prestacional se

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

puder provar que em exame admissional, a doença já existia e estava descoberta contratualmente. Caso não tenha realizado referido exame, a negativa de prestação de serviço para doença pré-existente é considerada uma atitude de forma abusiva e em contrariedade à boa-fé objetiva. (GUAZZELLI, 2013, p. 102-103)

O último ponto levantado por Guazzelli (2013, p.108) como causa da judicialização do serviço de saúde suplementar, no âmbito do STJ, é quanto à falta de questionamento sobre a necessidade e eficácia de tratamento proposto por médico assistente. A autora entende que o problema de não se questionar a opinião do médico é de natureza moral. Para ela, a forma de remuneração do profissional médico pode influenciar na escolha do tratamento proposto ao usuário, ou seja, se o médico é remunerado por demanda ele pode super-indicar determinados tratamentos.

Do exposto resta claro que decisões judiciais podem levar a efeitos indesejados, como o favorecimento de um usuário em detrimento de uma coletividade. Daí, a necessidade de o juiz atentar para aspectos que transcendam as partes diretamente envolvidas na lide, realizar o direito fundamental de assistência à saúde sem levar em consideração as demais consequências de sua decisão é adotar um modelo de interpretação discricionário próprio do positivismo.

5 DA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO ATIVISMO PELA HERMENÊUTICA E A PROPOSTA DE STRECK

O constitucionalismo que surgiu no pós-segunda grande guerra é fundamentalmente pós-positivista, os textos constituições são principiológicos, com alta carga axiológica. Além de albergarem os direitos individuais e políticos, estas cartas políticas incorporam os direitos sociais de natureza prestacional.

A Constituição brasileira é exemplo de um modelo analítico, próprio das constituições europeias, que difere de cartas como, por exemplo, a americana que,

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

por ser sintética, se limita a definir a organização do Estado e prever alguns poucos direitos.

Desta forma, as normas mais importantes da Constituição Federal caracterizam-se pela abertura e indeterminação semânticas, são princípios que demandam novas técnicas e procedimentos hermenêuticos que superem o modelo interpretativo próprio do positivismo.

Sarmento (2009) assevera que:

[...] ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito.

Como já referido alhures, Kelsen, assim como Herbert Lionel Adolphus Hart, defendem a possibilidade de discricionariedade por parte do intérprete, numa relação sujeito (intérprete) - objeto (norma), na solução de casos difíceis. E, portanto, quando não exista uma norma plenamente aplicável o juiz deve decidir com discricionariedade, considerando que o direito não contempla regras para todas as situações fáticas, não há previamente uma solução correta. (CELLA, OLIVEIRA, s/p).

A discricionariedade é o foco central do embate filosófico travado entre Hart e Ronald Dworkin, mas é temperada pela relação direito e moral.

Para Dworkin, a nítida separação entre direito e moral que é defendida pelos positivistas, não existe. Para tanto, Dworkin procura restabelecer conexão entre direito e moral através de uma teoria que vê nos princípios jurídicos uma qualidade distinta das regras jurídicas. E, para ele:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstancia especiais, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, então a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (Dworkin, 2002, p. 39)

De outra banda, os princípios são tipos particulares de padrões que possuem uma dimensão de peso, de importância, sendo mandatos de otimização. Os princípios são particularmente úteis no processo decisório frente a casos complexos. (DWORKIN, 2002, p. 42-46).

Para Dworkin, o intérprete deverá colmatar o processo de interpretação consoante as circunstâncias do caso, de modo que a cada caso (concreto) os princípios avocados podem se apresentar com diferentes pesos, com importância diferenciada.

O ato de interpretar, para Dworkin, importa três etapas cuja fundamentação se dá a partir, segundo Atienza, do pensamento de Gadamer:

A primeira, que Dworkin denomina pré-interpretativa, consiste na identificação dessa prática e tem basicamente, mas não exclusivamente, caráter descritivo. A segunda – a fase interpretativa – centra-se no estabelecimento de um valor a esta prática: consiste, pois, em apresentar uma justificação geral dos princípios que se ajustem à prática em questão de maneira que seja uma interpretação e não uma invenção. E a terceira é a fase pós-interpretativa ou reformadora, na qual se trata de modificar ou reformular a prática para que satisfaça melhor seu sentido, isto é, para que se ajuste melhor à justificação geral estabelecida na etapa anterior. (ATIENZA apud CELLA, OLIVEIRA, s/p)

Streck (2011a, p. 24) também percebe a possibilidade de aproximação entre Gadamer e Dworkin, mas por outro aspecto. Para ele, a transformação decorrente do giro linguístico-ontológico, mormente a hermenêutica gadameriana, importou numa forma de interpretação distinta, pois leva em consideração na busca da verdade, a arte, a história e a linguagem. E, neste contexto, a verdade é algo oposto ao método, que permeado de intersubjetividade acaba por levar a relativismos.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Ao analisar as obras de Gadamer, Lopes (2000, p. 107) assenta que a possibilidade de uma interpretação absoluta e objetiva de um texto, consoante a busca do sentido a ele atribuído pelo autor, é não perceber a historicidade de toda compreensão, pois:

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que se dirige ao passado em que o autor se expressou. O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto, senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se do seu labor “produtivo”. (LOPES, 2000, p. 107).

Desta forma, a hermenêutica jurídica proposta por Gadamer tem por finalidade a descoberta do Direito no momento da aplicação da norma. E, para tanto:

Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido, “nunca se resaltarà suficientemente que la interpretación es una nueva lectura de las normas jurídicas y que cada caso será una nueva aplicación, algo como si el derecho reverdeciera cada vez que es aplicado o cumplido”; por outra parte, também não poderá esquecer-se da história efetual da norma, isto é, da sua tradição. Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. (LOPES, 2000, p. 109).

Na tentativa de encontrar uma solução possível de superação da discricionariedade implícita a decisões judiciais, calcadas no modelo positivista, Streck (2011a, p. 24-25) propõe a interligação do pensamento de Dworkin, no sentido de obtenção de uma única resposta constitucionalmente adequada, e o método hermenêutico gadameriano. Neste desiderato, Streck apresenta um conjunto mínimo de princípios hermenêuticos a serem seguidos.

A preservação da autonomia do direito é o primeiro princípio apresentado e, por ele deve-se compreender a força vinculante da norma constitucional. A Constituição adquire autonomia em face de outras esferas a ela intercambiáveis como, por exemplo, da política, da economia, da moral. (STRECK, 2011a, p. 28-29)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

O segundo princípio diz respeito ao controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade. Por esta via, se procura a um controle hermenêutico das decisões judiciais, “a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito”, bem como,

Deve-se evitar aquilo que se denomina de “ativismo”. Ou seja, deve-se ter bem clara a distinção entre judicialização, que é contingencial e produto de (in)competências na relação entre os Poderes, e ativismo, que é sempre decorrente de um problema solipsista-comportamental. (STRECK, 2011a, p. 30)

O respeito à integridade e coerência do direito, o terceiro princípio apresentado pelo autor, encerra outros princípios como, por exemplo, o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização, o princípio da eficácia integradora, o princípio da proporcionalidade. A estes, o autor atribui a importância na consolidação da força normativa da Constituição. Por outro lado, a integridade do direito pressupõe que as decisões judiciais tenham por fundamento “argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”. (STRECK, 2011a, p. 31-32)

Como quarto princípio, Streck (2011a, 32-33) identifica o dever fundamental de justificar as decisões (a fundamentação da fundamentação). Por este princípio, o exercício interpretativo dos juízes não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional, de caráter democrático, e, portanto, suas decisões (inclusive as do iter) devem ser fundamentadas. Adverte o autor que decisões de caráter cognitivista, de ofício ou que busquem a verdade real são incompatíveis com a noção de Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, um último princípio é sustentado, o do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Streck (2011a, 34) assenta que para a haja harmonia entre a Constituição e uma decisão é vital que:

Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição e a existência de eventual contradição. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

constitucionais, a norma é aplicável ao caso. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (Vorverständnis), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário compreender (verstehen) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (verstehen) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.

A proposta elaborada por Streck parece ser um modelo capaz de soçobrar o método interpretativo daquele intérprete solipsista, de fundamentação positivista, cujas decisões podem se desvirtuar pela discricionariedade.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, como instituído na Constituição Federal de 1988, proporciona ao Poder Judiciário maior autonomia em face dos Poderes Executivo e Legislativo para a garantia dos direitos fundamentais bem como a preservação da democracia.

Em decorrência do modelo constitucional adotado, questões de ordem política e social, que deveriam estar sendo solucionadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, são transferidas ao Poder Judiciário, fenômeno a que se chama judicialização.

Com o objetivo de identificar as potencialidades do texto constitucional na efetivação de direitos, o Poder Judiciário se vale de métodos interpretativos para a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição.

O problema, entretanto, exsurge quando decisões judiciais fundadas em princípios e valores afastam o conteúdo de determinada lei que foi democraticamente legitimada pelo Parlamento, como resultado do ativismo judicial.

Quando se trata de judicialização e ativismo judicial, um dos temas centrais é o direito à saúde que, vinculado aos princípios da vida e da dignidade da pessoa humana, é frequentemente levado à apreciação do judiciário para se ver efetivado.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Muito embora o direito à saúde seja gênero, os serviços de assistência à saúde comportam três espécies distintas: o serviço de saúde público; o serviço de saúde público complementar e; o serviço de saúde suplementar.

Enquanto o primeiro se realiza no âmbito de competência eminentemente público, o segundo e o terceiro se perfazem com a participação de agentes privados, mas somente o terceiro – o serviço de assistência à saúde suplementar – é regido por normas de direito privado.

Ocorre que, como visto, a grande maioria das decisões judiciais são no sentido da garantia do direito subjetivo à saúde, dando pouca ou nenhuma relevância às consequências por elas produzidas no que diz respeito aos direitos da coletividade ou da seguradora/operadora de planos de saúde, já que se fundamentam, em regra, na hipossuficiência do usuário e no princípio do atendimento integral à saúde.

Decisões desta envergadura tendem a ser impregnadas de discricionariedade, próprias do modelo de decisão autêntica como proposto por Kelsen, não ultrapassando o modelo clássico de interpretação sujeito-objeto.

A proposta apresentada por Streck, de aproximação do pensamento de Dworkin – de direito como integridade – e da virada hermenêutica gadameriana – do resultado interpretativo oriundo da relação de intersubjetividade - parece, no sentido de superação do método clássico de interpretação e consoante ao modelo democrático, capaz de auxiliar os juízes no desiderato de realização do(s) direito(s) como constitucionalmente estabelecidos, principalmente no que diz respeito a decisões relativas ao direito à saúde pela assistência suplementar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2009b. Disponível

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

em:<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus Eriberto Arns de. **Neoconstitucionalismo(s) e seus problemas**: quais os fundamentos dos direitos fundamentais?. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=30a237d18c50f563>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DIAS, Eduardo Rocha; MOTA, Beatriz Randal Pompeu. Justiça restaurativa e saúde privada: uma alternativa à judicialização? **XXIV Congresso Nacional Do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara**. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/30COTq9i9Pr3v7I9.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GUAZZELLI, Amanda Salis. **A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais**: uma análise a partir dos planos de saúde, 143f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.iess.org.br/html/premio2013/amanda.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 37 n. 145 jan./mar, 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 de out. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Lenir. A natureza jurídica pública dos serviços de saúde e o regime de complementaridade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro, 2015, v. 39, n. 106, jul/set, p. 815-829. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n106/0103-1104-sdeb-39-106-00815.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, 2009, ano 3, n. 9, jan./mar. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=56993&p=14>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SCHEFFER, Mário César; TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira. Judicialização na saúde suplementar. In: LOZER, Andréa Carlesso et al. **Conhecimento técnico-científico para qualificação da saúde suplementar**. Brasília: OPAS; Rio de Janeiro: ANS, 2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/conhecimento_tecnico_cientifico_ANS_2015.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**. Belo Horizonte, 2009, ano 7, n. 7, jan/dez, p. 99-126. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=81954&p=62>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?. **Revista NEJ – Eletrônica**. 2010, vol. 15, n. 1, p. 158-173. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 15 de jan. 2017.

_____. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba: 2011 (a), v. 10, n. 10, p. 2-37. Disponível em: <apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e desenvolvimento. **Revista da Academia brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: 2011 (b), n. 4, jan/jun, p. 9-27. Disponível em: <<http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art11.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO – Humanas e Sociais**. Teresópolis, 2014, vol. 1, n. 1, pp. 120-140. Disponível em: <<http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/article/view/10/16>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

STURZA, Janaína Machado; BENDER, Marciana. O dever constitucional do estado em garantir a saúde: o uso de medicamentos experimentais. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v.4, n.44 (2016). Disponível em:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Rui Luís Vide da Cunha Martins (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

Vital Martins Moreira (IGC/Universidade de Coimbra - Portugal)

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1898/1264>. Acesso em: 15.jan.2017.

TRINDADE, André Karam. Por uma teoria garantista da decisão judicial. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, 2014, jan/jun, ano 12, n. 15, p. 13-33. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=160634&p=62>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____; MORAIS, Fausto Santo de. Ensaio sobre a Crítica Hermenêutica do Direito – Reflexões sobre o pensamento jurídico de Lenio Streck. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** – RIHJ, Belo Horizonte, 2011, jul/dez, ano 9, n. 10, p. 107-128. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=79049&p=62>. Acesso em: 10 jan. 2017.