



**CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

RÔMULO LUIZ NEPOMUCENO NOGUEIRA

**A INTERNALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ**

FORTALEZA

2021

RÔMULO LUIZ NEPOMUCENO NOGUEIRA

A INTERNALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus (Unichristus), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha.

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

N778i Nogueira, Rômulo Luiz Nepomuceno.
A Internalização dos Precedentes Judiciais na (Des)judicialização da
Saúde no Estado do Ceará / Rômulo Luiz Nepomuceno Nogueira. -
2021.
115 f. : il. color.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha.
Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Precedentes Judiciais. 2. Desjudicialização da Saúde. 3.
Administração Pública. 4. Sistema Único de Saúde. I. Título.

CDD 340

RÔMULO LUIZ NEPOMUCENO NOGUEIRA

A INTERNALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA
(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ

Dissertação de Mestrado apresentada programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha

Aprovado em: 28 de maio de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jânio Pereira da Cunha
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

RESUMO

Neste trabalho, realiza-se uma análise acerca dos precedentes judiciais em direito à saúde e como eles podem ser internalizados pela Administração Pública, verificando suas potencialidades, obstáculos e limites para alcançar a desjudicialização da saúde. Considerando a progressividade da judicialização da saúde, é inevitável que o número de decisões que versem sobre matéria similar forme um padrão de jurisprudência, isto é, o precedente judicial. Os precedentes podem ser vinculantes quando em demandas repetitivas, mas também serem superados por decisões mais recentes que insiram novos fatores. Contudo, diante do impacto social causado por uma decisão judicial, os precedentes, também, são internalizados pela Administração Pública, ao tentar evitar o número de judicialização sofrida na saúde. O estudo passa por uma análise quantitativa e qualitativa sobre os gastos e o impacto administrativo no Sistema Único de Saúde (SUS), bem como discute se o precedente judicial pode, na verdade, influenciar em um aumento na litigância, em que o polo passivo público não tenha interesse na resolução extrajudicial. O caso analisado é o do Estado do Ceará que busca alternativas fora do âmbito judicial, considerando algumas decisões, para atender a demanda reprimida (indisponível) no SUS. Verificou-se como uma das hipóteses para o problema de pesquisa que os diálogos interinstitucionais, com representantes dos diversos poderes, fazem com que o possível pleito judicial possa ser resolvido de forma mais célere, uma vez que facilita a comunicação entre todas as partes processuais. Observou-se, também, que o próprio Poder Judiciário tem papel preponderante na redução desses casos quando prolata decisões mais técnicas na área da saúde, visualizando tanto o lado do cidadão como o do SUS. Diante disso, conclui-se que decisões técnicas que possuam respeito aos precedentes em todas as instâncias judiciais farão com que haja uma maior aceitação popular e que causem um impacto menor na Administração Pública. Assim sendo, resulta em uma mudança de comportamento, por parte do Poder Público, em resolver tal problemática da saúde antes do processo judicial, analisando casos anteriores, e necessitando de auxílio e comprometimento de todas as instituições inseridas nesse contexto.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Desjudicialização da Saúde. Administração Pública. Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT

In this work, an analysis of the legal precedents in the right to health is carried out and how they can be internalized by the Public Administration, verifying their potential, obstacles and limits to achieve the health disjudicialization. Considering the progressive nature of the health judicialization, it is inevitable that the number of decisions dealing with a similar matter will form a pattern of jurisprudence, that is, the judicial precedent. Precedents can be binding when in repetitive demands, but they can also be overcome by more recent decisions that introduce new factors. However, given the social impact caused by a court decision, precedents are also internalized by the Public Administration, in an attempt to avoid the number of judicialization suffered in health. The study undergoes a quantitative and qualitative analysis of expenditures and administrative impact on the Unified Health System (SUS), as well as discusses whether the judicial precedent can actually influence an increase in litigation, in which the public liability pole has no interest in the extrajudicial resolution. The case analyzed is that of the State of Ceará, which seeks alternatives outside the judicial sphere, considering some decisions, to meet the repressed (unavailable) demand in the SUS. It was verified as one of the hypotheses for the research problem that the interinstitutional dialogues, with representatives of the different powers, make the possible lawsuit to be resolved more quickly, as it facilitates communication between all the procedural parties. It was also observed that the Judiciary Power itself has a preponderant role in reducing these cases when it delivers more technical decisions in the health area, viewing both the citizen and the SUS side. Therefore, it is concluded that technical decisions that respect precedents in all judicial instances will cause greater popular acceptance and will cause a smaller impact on Public Administration. Therefore, it results in a change of behavior, on the part of the Public Power, in solving this health problem before the judicial process, analyzing previous cases, and requiring the help and commitment of all institutions included in this context.

Key words: Judicial Precedents. Health Disjudicialization. Public Administration. Unified Health System.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS FATORES “MULTIFACETADOS” ..	12
1.1 A crença da sociedade no Judiciário e a formação do fenômeno da Judicialização da Saúde	12
1.2 Fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais da Judicialização da Saúde	16
1.3 Insegurança e indefinições do Judiciário e a necessidade de uma padronização....	26
2 FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ÂMBITO DA SAÚDE	34
2.1 Conceitos e contexto histórico dos precedentes	35
2.2 A Formação dos precedentes judiciais nos tribunais superiores brasileiros referentes ao direito à saúde.....	43
2.2.1 <i>Avanço da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>43</i>
2.2.2 <i>Tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça e seu caráter íntegro.....</i>	<i>48</i>
2.2.3 <i>Decisão do STF no Recurso Extraordinário 657.718 que cria requisitos para o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA</i>	<i>52</i>
2.3 O Respeito aos precedentes de tribunais superiores e avanços jurídicos	54
3 A INTERNALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA VINCULAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ	63
3.1 Organização das competências dos entes federativos no fornecimento de medicamentos e tratamentos na saúde.....	64
3.1.1 <i>A Distribuição de competências para o fornecimento de tratamento de saúde e as capacidades institucionais do magistrado</i>	<i>64</i>
3.1.2 <i>Atuação do judiciário em demandas de medicamentos e tratamentos de competência distinta do ente federado requerido</i>	<i>71</i>
3.2.... Vinculação da Administração Pública estadual aos precedentes judiciais da saúde	76

<i>3.2.1 Precedentes vinculantes.....</i>	<i>76</i>
<i>3.2.2 Estratégias utilizadas pelo Estado para o célere atendimento às demandas judiciais.</i>	<i>81</i>
4 A MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DOS PODERES PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ.....	84
4.1 A relação entre os Precedentes Judiciais e a menor litigância.....	85
4.2 Necessidade de organização interna e externa do Poder Executivo do Ceará	89
4.3 Necessidade de saneamento das demandas de saúde no Poder Judiciário	94
4.4 Avanços e obstáculos na internalização dos Precedentes Judiciais na saúde do Estado do Ceará, a partir dos diálogos institucionais.....	100
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	109

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea brasileira, com a atual Constituição Federal dirigente, percebeu que o Judiciário é uma via de obtenção de garantia de seus direitos diariamente combalidos pelos órgãos públicos, ocasionando uma enorme crença na figura do juiz.

A saúde é área social que requer maior esforço por parte do Poder Executivo, tanto pela sua complexidade, como pelo seu custo, e não conseguir prestá-la em sua completude, principalmente pelos direitos e deveres constitucionais atribuídos ao Estado, é algo comum e não compreendido pela população.

Bem verdade é que o Estado, sabendo da importância do tema, deveria buscar se organizar, de modo que, com a intensiva crença da população no Poder Judiciário para garantir seus direitos, o Ente Público precisa fornecer os tratamentos de saúde de uma maneira ou de outra.

Ademais, outros fatores surgem juntamente com a não prestação do serviço de saúde pública, como a alta intensidade e o sensacionalismo da mídia de comunicação, mas, principalmente, por aspectos institucionais, como a facilitação do acesso ao Judiciário, matérias sociopolíticas, e, também, jurídico-culturais para a judicialização da saúde.

Destarte, considerando o progressivo aumento da demanda judicial de saúde, o magistrado tende a seguir uma linha de entendimento de acordo com a Constituição Federal, e sabe que a saúde é um direito fundamental, respeitante à dignidade humana e precisa ser assegurado pelo Estado. Enquanto, porém, se resolve a situação de um caso concreto, existem outros milhões suscetíveis de não atendimento.

Com esse novo patamar de protagonismo no assunto, o Judiciário precisa também ter uma organização que zele pela segurança jurídica do caso, pois, a parte autora, ao buscar a litigância, precisa saber que tem direito, de acordo com os entendimentos dos tribunais.

Assim, um critério para decisões mais qualificadas, que compreenda o sistema de saúde como um todo, e que influencie positivamente o próprio demandante - também usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) - é fundamental para suas determinações que estarão tratando sobre as políticas públicas de saúde.

Para que isso seja garantido pelo Judiciário, entretanto, de modo mais integral, é necessário discutir a padronização dessas decisões, o que não significa estabilizá-las sem

ter um avanço de acordo com o desenvolvimento da sociedade, mas busca trazer segurança jurídica à sociedade.

Em decorrência de tais problemas centrais para a presente pesquisa, importa realizar o estudo da Teoria dos Precedentes, considerando o incontável número de decisões judiciais da saúde, assim como verificar se há o respeito por tal padrão de decisão por quem possui fundamental papel nesse processo, que são os tribunais superiores.

O estudo dos precedentes judiciais possui raízes da *Common Law*, e, com internalização desse instituto jurídico pelos países da escola da *Civil Law*, como o Brasil, averiguam-se distintos formatos de abordagem do tema, ainda assim, com o mesmo significado no seu uso em casos processuais análogos. Ademais, havendo a necessidade do provimento de uma decisão distinta das outras em processos similares, tem-se o instituto da superação dos precedentes. Para que isso ocorra, são considerados os fatores institucionais e sociais, isto é, verifica-se como agem as instituições competentes no assunto e de que modo se movimenta a sociedade a respeito do tema, para que haja a superação da jurisprudência anterior.

Acerca da matéria da judicialização da saúde, o Brasil possui uma evolução bem perceptível, desde a Constituição de 1988. As primeiras decisões com caráter ativista, entretanto, cuidando de políticas públicas de saúde, ocorreram somente após os anos 2000, fato demonstrativo de que o Judiciário é, dentre os poderes, o que possui a mais morosa maneira de ser transformado, já que a Corte Suprema ainda era a mesma de regimes anteriores, quando foi promulgado o Texto Constitucional de 1988, e, apenas, anos depois que as decisões passaram a se utilizar do caráter social da Constituição, ensejando outras interpretações, quando houve a renovação dos ministros com entendimentos mais atuais.

Após isso, diversas decisões trouxeram novos entendimentos a respeito da saúde, modificando, inclusive, regras em prol de direitos fundamentais, como é o caso das decisões do STF e STJ em que uma decisão garante o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA e a outra permite o tratamento de saúde fora dos protocolos do SUS, respectivamente.

Ainda assim, importa perceber a razão de decidir para acontecer os avanços jurídicos, que não caminham distantes dos proveitos sociais, de modo que os precedentes judiciais são capazes de vir a ser internalizados pela Administração Pública, de modo vinculante, não por sua força judicial, mas por ser uma decisão íntegra, conforme a teoria

de Ronald Dworkin, ou seja, observa os fatores institucionais e da comunidade, fazendo assim com que sejam decisões que vinculam o Estado.

Decisões que concebem tais fatores institucionais são cumpridas de maneira alinhada às políticas públicas, no caso em estudo, de saúde, pois já existe uma organização de competências, de acordo com o que cada ente público consegue executar, como ocorre com a estruturação de responsabilidades no fornecimento de medicamento e tratamentos na saúde.

Possuindo previsão, de acordo com o entendimento constante do Judiciário, o Estado deve elaborar um planejamento para a aquisição daqueles medicamentos que não seriam de sua competência, mas, como responsável solidariamente, sabe que terá que dispor à medida que for demandado.

Nessas circunstâncias, o Estado deve se organizar e buscar estratégias para o célere atendimento dessas demandas judiciais, e tal nova ordenação já demonstra uma mudança de procedimento estatal após os precedentes judiciais, comportamento este também percebido no poder Judiciário.

Destarte, este trabalho busca verificar como alguns precedentes judiciais são internalizados pela Administração Pública, trazendo como base o Estado do Ceará, de modo que, até se pesquisar esse aspecto, importa analisar se as decisões dos tribunais superiores estão sendo respeitadas pelos órgãos de instância inicial nas ações judiciais de saúde, com enfoque nas causas de fornecimento de medicamentos.

As hipóteses investigadas estão relacionadas a decisões mais técnicas e que verificam a estrutura organizacional, de modo que, desde o momento em que o Ente estadual é litigado em maior escala sobre um determinado medicamento que não é de sua competência direta, o referido precedente judicial faz com que o Estado se antecipe para evitar futuras demandas judiciais, considerando ser um padrão de decisão. Ao mesmo tempo, também causa um efeito positivo ao Estado, se na própria decisão que lhe impõe obrigação de outro ente, no caso a União, o magistrado consignar seu direito ao ressarcimento do que foi gasto. Assim, deveria, também, causar efeito à União em auxiliar o Estado nesse sentido, sob pena de ser litigada posteriormente.

Outra hipótese que fundamenta a internalização dos precedentes judiciais está no empenho, não só do Poder Executivo, mas como de outras instituições litigantes, como o Ministério Público, Defensoria Pública e advogados, em facilitar a comunicação, com vistas a solucionar o caso, sem precisar que seja discutido judicialmente.

Por isso, para verificar tais hipóteses do estudo, alcançando o objetivo geral, recorre-se, como metodologia para este trabalho, a um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa de tipo bibliográfica, demandando-se as doutrinas sobre jurisdição constitucional e teoria dos precedentes judiciais. Analisa-se, também, doutrinas sobre a judicialização da saúde, aportando diversas decisões judiciais para averiguar o padrão decisório dos tribunais superiores, assim como nas instâncias iniciais e seus influxos nos entes públicos da Federação.

Desta feita, no primeiro capítulo, aborda-se a respeito da judicialização da saúde e os fatores que a ocasionam, sendo eles “multifacetados”, pois são diversos, cada qual com intensiva influência na causa.

Seguidamente, em razão da insegurança jurídica causada pelos tribunais, com decisões distintas e que mudam a todo tempo, demanda-se a respeito da importância da Teoria dos Precedentes Judiciais e sua formação na área da saúde, com decisões relevantes para o estudo do tema.

De efeito - e com o diálogo institucional entre os poderes do Estado - importa analisar, no terceiro capítulo, a internalização dos precedentes judiciais e sua vinculação na ordenação administrativa do Estado do Ceará.

Por fim, no quarto e último capítulo será analisado sobre a mudança de comportamento dos poderes executivo e judiciário, além do Ministério Público e defensoria pública, em relação à pauta da saúde, buscando a desjudicialização da saúde a partir dos precedentes judiciais existentes, ressaltando-se os avanços e obstáculos em sua internalização na Administração Pública.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS FATORES “MULTIFACETADOS”

A sociedade contemporânea brasileira, pós-Constituição Federal de 1988, habituou-se a efetivar direitos e garantias fundamentais no Judiciário, mesmo havendo a possibilidade de procurar opções que lhe propiciassem a demanda desejada.

O comportamento social não surge consecutivamente à promulgação desta Constituição social, mas de vários fatores que influenciam e como melhor alternativa a busca ao Judiciário. Este não deve ser o desejo do constituinte, que elaborou o texto com foco no respeito aos direitos fundamentais da sociedade brasileira.

A saúde é o maior exemplo, e a busca abundante ao Poder Judiciário lhe concede um poderio inconcebível dentro de um regime democrático. Para alguns autores, como Oscar Vilhena, uma “supremocracia” (VIEIRA, 2019).

O ativismo judicial possui similaridades internacionais, e tais experiências em outros países representam indicativos que explicam o fenômeno brasileiro da judicialização da saúde, além dos fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais, tendo, assim, aspectos “multifacetados” para o assunto.

1.1 A crença da sociedade no Judiciário e a formação do fenômeno da Judicialização da Saúde

Imaginar uma alta confiabilidade no Poder Judiciário retrata a falta de confiabilidade em outros poderes, afinal, buscar a litigância judicial significaria exauridas todas as tentativas de solução do problema.

Ocorre que esse exaurimento das tentativas é, por vezes, prefacial, ou, melhor expressando, já se sabe a dificuldade em procurar outros meios e já se sabe que existem direitos que lhe garantam aquilo e o órgão do poder judicial, quando provocado por uma causa tão sensível e fundamental, dificilmente, deixará de salvaguardar esse direito.

Assim, antes de entender o porquê da crença substancial no Poder Judiciário, é preciso compreender a desconfiança nas instituições responsáveis por garantir direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

André Studart Leitão (2020, Posição Kindle 425) cita indicativos para a falta de confiabilidade em relação aos órgãos administrativos:

Alguns fatores contribuem para essa reputação ruim: as ideias generalizadas de corrupção dos agentes públicos, de descaso com as competências institucionais e de indeferimentos supostamente preordenados em consequência de questões puramente econômicas, como acontece, por exemplo, com as negativas de benefícios

previdenciários e de fornecimento de medicamentos, causadas pelo avanço da despesa pública.

Corroborando a explicação supracitada, a população tende a unir todos estes fatores em um, qual seja, a falta de recursos públicos, remetendo-se a fatos de corrupção dos agentes públicos que superfaturam em compras e deixam faltar medicamentos para a população que possui direito e que sabe haver o Sistema Único de Saúde (SUS), que é universal.

Fazendo um paralelo sobre esse dever do Estado em garantir saúde a todos com as correntes filosóficas sobre a Ética, Michael J. Sandel (2014, p. 135) já manifestava a ideia conforme a qual “[...] se você acredita em direitos humanos universais, provavelmente não é um utilitarista. Se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva”.

Logo, o objeto central desse direito à saúde universal garantido pela Constituição Federal brasileira não estaria baseado pelo respeito apenas à pessoa que busca o direito social, mas para o maior número de cidadãos possíveis, ou seja, um sistema de saúde isonômico e que, caso exista tratamento similar dentro do Sistema Único de Saúde, o Estado deve sistematizar, de modo que assegure o máximo de assistência a todos, com igualdade.

O sujeito que busca, entretanto, esse Sistema organizado e isonômico percebe que ele privilegia um em detrimento de outros e que não é eficiente naquilo que se propõe, pois a causa que o faz procurar a saúde pública é legítima e mesmo assim ele não consegue.

Os meios de comunicação social veiculam cotidianamente casos de unidades hospitalares sem funcionar, desvio de verba pública na aquisição de bens e serviços para a saúde, além de mostrar imagens de descasos no serviço que chocam, ao ponto de inclinar a opinião pública a uma posição de julgamento condenatório ao Estado, ou seja, “[...] uma narrativa convincente fomenta uma ilusão de inevitabilidade”, que Kahneman (2012, p. 250) denomina como “WYSIAT”¹, isto é, o que se vê é tudo que há (KAHNEMAN, 2012).

¹ Expressão da língua inglesa: *What You See Is All There Is*.

Assim, além da sabida precariedade no sistema de saúde, adiciona-se o espetáculo de horrores situado de maneira sensacionalista pela má imprensa, criando uma realidade retratada ao cidadão.

Com isso, a pessoa que não tem como custear um tratamento de saúde vê-se em desespero, acreditando que procurar o órgão indicado para o atendimento, decerto, será até pior, pois terá um desgaste em conseguir um tratamento, podendo ser negado ou ser dado impropriamente.

Existe também o sujeito que procura o SUS, já foi atendido, inclusive com boa qualidade na prestação do serviço, mas sabe que o número de pessoas que demandam tratamentos é muito superior à disponibilidade e já conhece a fila para atendimento. Este consegue verificar que determinadas pessoas estão à frente de outras, e, mesmo tendo chegado posteriormente, a situação de privilégio é totalmente perceptível por ele, no entanto, nota que ele também é capaz de ser beneficiado. São as conhecidas “filas judiciais”, oriundas de decisões liminares.

Neste passo, compreende-se que esses perfis referenciados de cidadãos possuem causas distintas, mas ambos chegarão à mesma resposta quando necessitar de um tratamento de saúde, buscar o Judiciário.

Havendo a possibilidade de acesso à Justiça gratuita, a busca ao Poder Judiciário é espontânea, pois, por ele, se logra conseguir de maneira mais célere sua legítima vontade, e, por seu intermédio, o cidadão possui maior segurança de almejar aquilo que por outras instituições ele possivelmente acredita não conseguir.

E, desta maneira, todos esses cidadãos passam a ter um grau de confiabilidade alta neste poder que, diferente dos outros, os próprios meios de comunicação massiva mostram o trabalho que ele presta à sociedade em detrimento dos demais órgãos administrativos, quando determina a prisão de agentes públicos, impõe multas e, principalmente, na oportunidade em que ordenam o cumprimento de fornecimento de direitos sociais àqueles cidadãos que não alcançaram pela via comum.

Complementando sua pesquisa a respeito do grau de confiabilidade das instituições, Leitão (2020, Posição Kindle 396-397) lembra de estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), de 2018, em que o grau de confiança na Justiça era de 52%, bem à frente dos demais poderes, e ressaltou que a resposta para isso descansa na heurística da disponibilidade:

Sob uma perspectiva diferente, a heurística da disponibilidade também pode ter influenciado o julgamento das pessoas durante a pesquisa. Quando o estudo da FGV foi iniciado, em agosto de 2018, o país depositava forte confiança no Poder Judiciário,

sobretudo em virtude da operação Lava-Jato. Inclusive, a exaltação social ao sucesso da operação foi decisiva para que o Presidente eleito convidasse o principal magistrado da operação para o cargo de Ministro de Estado da Justiça [...]. Creio que os resultados seriam diferentes se as perguntas tivessem sido diferentes e tivessem sido realizadas em momento diferentes[...].

A heurística da disponibilidade está relacionada a determinados eventos mais conhecidos pela sociedade em vez de outros, portanto, se, para conseguir um direito social em que é sensível que será dificultoso por meio de uma determinada instituição, é melhor buscar o Judiciário para garantir seu êxito.

Este fenômeno da heurística da disponibilidade explica muito o crescimento do número de ações judiciais de demanda da saúde em face do Estado nos últimos anos, com a intensificação de notícias e casos concretos relacionados à judicialização da saúde, sendo que a matéria já é um direito social fundamental desde a Constituição Federal de 1988, conforme disposto no art. 6º, art. 196 e seguintes, bem como na Lei Orgânica da Saúde, a Lei nº 8.080/90.

A busca pelo Judiciário se faz, por fim, uma medida de precaução, e uma causa disso, além da heurística da disponibilidade, encontra-se na “indiferença quanto à probabilidade” em que ela “[...] é negligenciada e as pessoas focam um resultado emocionalmente marcante entre um amplo conjunto de possibilidade”. (SUSTEIN, 2012, p. 57).

Explicando melhor essa busca excessiva pelo resultado, onde se cria uma cultura demandista, vale expor o posicionamento de Mancuso (2015, p. 56), esclarecendo por que existe o fenômeno da judicialização da saúde:

A observação do que usualmente se passa nas diversas manifestações da vida brasileira revela o vício de lidar com os efeitos ou com as consequências, assim maquiando ou deixando em aberto a(s) causa(s), dentre outros motivos pela curial constatação de que diagnosticar e enfrentar os males em sua origem reclama tempo, implica em vontade política e, não raro, acarreta desgaste à autoridade, órgão ou instância que assume uma conduta pró-ativa e incisiva [...].

Na mesma linha, Galdino (2007, p. 84-85) também mostra preocupação nesta busca ao Judiciário a todo custo em prol do resultado esperado:

[...] no plano político-institucional, tem-se verificado nos estudos estritamente processuais uma irrefreável tendência a se considerar autorizado o controle jurisdicional quase ilimitado dos atos administrativos e legislativos, modificando entendimentos que demarcaram o direito público brasileiro durante muitos anos. É o que já se chamou de hipertrofia da justiciabilidade [...]. Admitir-se o juiz como portador de poderes ilimitados e ilimitáveis não parece ser razoável nesta quadra histórica, cabendo à doutrina dimensioná-los a partir da identificação de suas limitações – as chamadas ‘barreiras legítimas’.

A progressão aqui acompanhada desde a não confiabilidade nas instituições junto com a demonstração de efetividade por parte do Poder Judiciário, fazendo com que o grau de confiança nele seja elevado, é o que acarreta sua posição de destaque.

Glauco Salomão Leite (2017, p. 215-216), observando o posicionamento de instituição contramajoritária por parte do Poder Judiciário, já implícito na teoria constitucional, com essa progressão, verifica a possibilidade de uma “supremacia judicial”:

[...] o distanciamento abissal entre a classe política e a sociedade civil, o déficit de efetividade de direitos fundamentais básicos, passando pelo maior acesso aos Tribunais e a crença de que estes compensarão as disfunções dos poderes políticos, a construção do conteúdo do direito constitucional tem sido normalmente vinculada ao teor das decisões de tais Cortes. Ao final, temos um cenário representativo da juristocracia, que pode resvalar num indesejável esquema institucional baseado na supremacia judicial e que a converte a jurisprudência em principal fonte de direito constitucional.

Assim, o embate das decisões políticas mais sensíveis passa a ser discutido no Poder Judiciário, onde se ressalta mais um problema que, em Vallinder (2012, p. 15), pertinentemente se discute: “Nas democracias, principalmente em suas assembleias eleitas pelo voto popular, a tomada de decisão baseia-se ao princípio da maioria e no debate público aberto entre iguais. Mas, o que dizer dos tribunais?”.

A judicialização da política é um fenômeno mundial, de semelhantes ao que se exprime no Brasil, sendo possível a saúde ser evidenciada como a protagonista dentre esses direitos sociais judicializados, haja vista a alta demanda.

De tal modo, faz-se necessário compreender os fatores que formam a judicialização da saúde, desde a compreensão do fenômeno internacionalmente, até os aspectos institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais.

1.2 Fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais da Judicialização da Saúde

O fortalecimento das cortes judiciais, com suporte nas atribuições institucionalizadas expressas, possui intensiva ligação com a própria consolidação democrática de um país, assim como da união dos conceitos entre Direito e Política. Daniel Wang (2013, p.15-16) explica esta aproximação:

O Judiciário é um ator político que tem ganhado cada vez mais importância. A ideia de expansão global do Judiciário e da judicialização da política tem tomado um destaque cada vez maior nos debates públicos e acadêmicos. Pois chegam para decisão do Judiciário questões morais fundamentais e de políticas públicas que impactam a vida de grande parte da população. Questões como sua legitimidade e a própria capacidade

institucional do Judiciário passaram a ser pauta da discussão. [...] A doutrina jurídica está buscando refúgio em outras áreas de conhecimento, desde o desuso do formalismo e positivismo, e a Ciência Política permite ao jurista desenvolver modelos realistas da relação do direito com a sociedade em geral e explicar uma série de forças e efeitos que não são explicáveis dentro de um discurso meramente jurídico.

Na mesma linha, e concedendo destaque à participação do Judiciário nas questões políticas, está Alex de Tocqueville (2005, p.117), quando em discussão da democracia dos Estados Unidos e sua formação: “Encerrando seus limites, o poder concedido aos tribunais norte-americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis representa também uma das mais poderosas barreiras erguidas contra a tirania de assembleias políticas”.

Vallinder (2012, p. 20) faz esse relacionamento da expansão do papel do Judiciário com o fortalecimento da democracia, ao mencionar o período pós-Segunda Guerra Mundial:

Prosseguindo até o período após a Segunda Guerra Mundial, podemos dizer com segurança que o papel dos tribunais e dos juízes havia se expandido consideravelmente. Uma determinada quantidade de judicialização da política havia ocorrido em muitos países democráticos[...]. Um fator importante foi o surgimento, na década de 1930 na Europa, de regimes totalitários e sua afronta aos direitos dos cidadãos, em especial durante a guerra.

Sob uma perspectiva de esfera contramajoritária do Poder Judiciário, a Suprema Corte possui a competência constitucional de garantir que os direitos fundamentais não sejam combalidos. Referir-se a este fato em época pós-regimes autoritários é dar papel de destaque a um Poder, pois nada é mais significativo após uma fase autoritária de regime político do que uma estrutura que assegure direitos humanos.

Ocorre que dar à autoridade judicial esse papel preponderante é perceber que os demais órgãos que propiciam os direitos sociais, inclusive elaborando as leis e a própria Constituição, estão, certamente, enfraquecidos.

O *Judicial review*, instituto jurídico que permite a sujeição do Legislativo à norma jurídica, ou, melhor exprimindo, a revisão judicial das leis, por mais que dê a impressão de segurança jurídica, é vista, também, como uma afronta à separação de poderes. Existem, todavia, modalidades de controle judicial por país, como logo será apresentado, onde o sistema de controle de constitucionalidade é considerado forte, no qual é recorrente a modificação dos efeitos da lei, de acordo com decisões judiciais, podendo, até torná-la inaplicável.

Em contraposição, Waldron (2010, p.140) questiona o caráter democrático com que é feita a revisão legislativa pelo Judiciário, citando como ocorre nos Estados Unidos, pontoando a satisfação que os poderes têm que dar ao povo, diferentemente do Judiciário:

O Presidente é eleito e o povo com frequência sabe quais tipos de pessoas ele deve nomear para a Suprema Corte e os Senadores estadunidenses que têm que aprovar as nomeações também são eleitos, e seus pontos de vistas sobre esse tipo de coisa podem ser conhecidos. Na verdade, os Juízes não são regularmente responsabilizados da maneira como o são os legisladores, mas, como já observamos, não buscamos a perfeição[...]. O sistema de eleições legislativas também não é perfeito, mas ele é evidentemente superior por ser questão de democracia e de valores democráticos em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrático do Judiciário. Os legisladores são regulamente responsabilizados perante seus eleitores e se comportam como se suas credenciais eleitorais fossem importantes em relação ao ethos geral de sua participação na tomada de decisão política. Nada disso é verdade para os Juízes.

Essa proposição de estrutura dos poderes, contudo, citando os Estados Unidos, possui, também, um ponto de vista distinto. A Suprema Corte é um órgão político, que lida com matérias do direito. Em sua estrutura de nomeações, existe a participação do Presidente da República que, com toda a legitimidade, nomeia membros com inclinação política semelhante à sua.

Jânio Pereira da Cunha (2019, p. 257) sustenta, no âmbito da contextura brasileira, que a própria Constituição Federal prevê essa interferência judicial na esfera política:

[...] outro fator a reforçar o potencial de interferência judicial na esfera política é a existência, na Constituição atual, de inúmeras normas programáticas, que traçam diretrizes políticas de atuação para o Estado. Com efeito, para alguns, o Judiciário poderia, como, de fato já o faz, efetivar diretamente políticas públicas, por exemplo, na área de saúde, previstas em normas constitucionais, ainda que inexistia uma política pública aprovada pelos poderes políticos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011, p. 359) assevera, em sua obra, que aborda a explicação multifacetada para o ativismo judicial, o ponto de vista da política, com a reflexão de ser a Suprema Corte uma “aliada política”:

O mais relevante caso norte-americano, por exemplo, mostra o quanto a vontade política é determinante para a intensidade e a direção ideológica do ativismo judicial. Presidentes e seus partidos, utilizando o meio legítimo de nomear juízes com orientações ideológicas similares às suas, buscaram sempre governar tendo a Suprema Corte como uma espécie de “aliada política”, que concordaria com seus programas políticos e, principalmente, que reformaria as decisões de “cortes anteriores” dotadas de “cores ideológicas” distintas.

O fator político é um dos merecedores de atenção para o crescimento da participação do Judiciário nos mais diversos aspectos, como o da saúde. A citada explicação multifacetada, expressa pelo autor, advém do cientista política Kurt Weyland,

ao esclarecer que, para compreender o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), deveria ser verificada em vários aspectos.

Cunha (2019, p. 254) reforça a tese de que “[...] as questões políticas em sentido amplo não são mais objeto de apreciação exclusivamente do Parlamento ou das relações entre este e o Executivo, mas também dos órgãos jurisdicionais[...]”. Ele complementa, visualizando a influência global do assunto:

A expansão do poder jurisdicional é tão ampla e geral que está atingindo Estados tradicionalmente avessos ao controle judicial de constitucionalidade, como, por exemplo, França e Inglaterra, países que flexibilizam, pouco a pouco, o princípio da supremacia da lei e parlamentar, a favor da institucionalização ou aprofundamento de mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade. (*IBIDEM*).

No tocante à Judicialização da saúde, esta possui muitos contornos advindos de tribunais superiores, pois, quando em uma decisão expressam-se critérios para o fornecimento de medicamentos, percebe-se que o tribunal estaria decidindo com base em critério técnico de saúde. Nos próximos capítulos, compreender-se-á melhor acerca dessa passagem.

No momento, serão verificados os fatores multifacetados desse protagonismo do Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que, em grande medida, explica o fenômeno da Judicialização da saúde.

É inegável o fator institucional que compromete o Estado com toda a sociedade quando promulgada a Constituição Federal de 1988, esta com vários direitos e garantias que devem ser respeitados e mantidos.

Campos (2011, p. 363) ressalta:

[...] o Texto Constitucional é profundamente comprometido com os direitos fundamentais, tendo disposto de um amplo catálogo de direitos da liberdade, da igualdade e de direitos sociais, e ainda prestigiado a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios.

Além de aparecer no bloco dos direitos sociais, previsto no art. 7º, a Constituição Federal, no art. 196, em uma seção específica, a saúde é exposta como um direito de todos e dever do Estado, o que implica ao Ente público trazer essa condição de bem-estar físico, mental e social para toda a sociedade, que é abrangida no próprio dispositivo quando garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços; *hic est*, a positivação do direito à saúde expõe o dever estatal como pressuposto indispensável à eficácia jurídica, recaindo sobre o Estado este dever de proporcionar o concreto acesso à saúde.

Este dever do Estado possui direta observância do Supremo Tribunal Federal, pois, na qualidade de guardião da Constituição, interfere nas matérias legislativas que versam sobre a saúde, assim como nas próprias políticas públicas de saúde.

Como prova, outro fator institucional, além da própria abrangência de direitos fundamentais, são os instrumentos de litigância constitucional, como as ações Direta de Inconstitucionalidade, por Omissão e Declaratória de Constitucionalidade (ADI, ADO e ADC), Mandado de Injunção, *Habeas data*, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Civil Pública e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Esta última ação traz um grande exemplo de participação da Suprema Corte brasileira no âmbito da saúde. No caso, cita-se a ADPF nº 45, após a revogação de um veto presidencial que incidiu sobre o § 2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 10.707/2003, que versava sobre limite de recursos financeiros para a saúde, situando o aspecto econômico acima deste direito. No julgamento da ação, verificou-se a violação ao preceito fundamental da saúde pelo Ministro Celso de Melo, como ainda será melhor abordado no capítulo a seguir.

O aumento do rol dos legitimados para propor tais ações de controle de constitucionalidade, assim como a própria ampliação do acesso à Justiça, também constituem outros fatores institucionais de aumento da demanda judicial, já que facilitam a chegada da população da baixa camada social à Justiça, buscando alcançar direitos que já vinham sendo violadas.

No Brasil, em razão da demanda elevada sobre a saúde, as defensorias públicas, que possuem o principal papel de acesso gratuito à Justiça, possuem unidades exclusivas para a causa da saúde.

Ademais, nas diversas cidades do País, não somente em capitais, existem sedes do Ministério Público que fazem atendimento a essa população, o que pode ocasionar um litígio por intermédio de uma Ação Civil Pública contra o próprio Município, Estado e União.

Com tantos instrumentos e meios de alcançar a defesa de garantia constitucional fundamental, a própria sociedade civil, em geral, organizou-se e se conscientizou de que é possível o acesso aos seus direitos e que não está distante de sua realidade de vida, ressaltando que diversas localidades ainda sofrem com a ausência de órgão de defesa da população economicamente mais vulnerável.

Diante dessa situação, a crença da sociedade se torna mais convicta de que a última palavra sobre os direitos e deveres constitucionais é do Judiciário.

Percebe-se que o grau de confiabilidade expresso inicialmente passa a ter, também, uma garantia institucionalizada que permite vários mecanismos para se chegar ao domínio do Judiciário.

A participação é de fundamental importância, mas a crítica oferecida por diversos teóricos da jurisdição constitucional é sobre a “supremacia judicial”. Essa circunstância, todavia, possui origens históricas e foi desenvolvida pela própria autoridade coletiva do povo, que teria perdido a prerrogativa constitucional, por isso, dessa aproximação popular (GOMES, 2011).

De fato, observando a história das constituições brasileiras, anterior à de 1988, observa-se o papel frágil em que a Corte Suprema possuía, o que demonstra, mais uma vez, a sua inter-relação com a democracia.

Sobre a influência antepassada, Campos (2011, p. 366-367) faz um recorte sobre o papel do Supremo nas primeiras constituições, como no Império:

Nossa Constituição do Império (1824-1889), de influência marcadamente francesa, não estabeleceu o controle judicial de constitucionalidade das leis, tampouco o então órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça, seguiu o exemplo da Suprema Corte norte-americana, com a introdução do instituto através da interpretação dos textos sobre suas próprias funções. Com o advento da República, o pensamento constitucional brasileiro deu uma virada em direção ao constitucionalismo norte-americano, abandonando as premissas da doutrina e do sistema político europeu[...] O grande instrumento processual do Supremo, à época, era o *Habeas corpus*.

Nas Constituições seguintes, instrumentos essenciais - como as competências recursais e o controle difuso - surgiram, mas muito influenciados pelos regimes políticos da época, como na Era Vargas, do “Estado Novo”, de 1937 a 1945. Neste período, o Presidente da República possuía um *status* hierárquico superior ao do Supremo para declarar ou não o ato de inconstitucionalidade decidido pela Corte, “se necessária ao bem estar do povo”, como previsto na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937², ressalvando que, deveria ser submetido ao Poder legislativo a lei tida como inconstitucional, todavia, como o parlamento estava fechado, ficava à cargo do Presidente da República fazer tal apreciação da decisão da suprema corte.

Foi na atual Constituição Federal, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro passou por uma “virada constitucional”, como arremata Campos (2011, p. 371):

² Art 96 [...] Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945).

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (art. 102, caput) e dotado de um amplo catálogo de competências originárias[...] Além da ampliação dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, a mais marcante modificação foi a extraordinária ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ADI.

Ainda assim, mesmo após promulgada a atual Constituição Federal, o fortalecimento e a expansão institucional do Supremo tiveram continuidade com as Emendas Constitucionais nº 03/93 e nº 45/2004, com novas ações, com a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a criação das súmulas vinculantes (art. 103-A) e decisões com repercussão geral como requisito necessário para o conhecimento de todos os recursos extraordinários (art. 102, §3º).

Tão indicativo quanto o fator institucional, o fator sociopolítico está também relacionado à progressão da Judicialização da Saúde, afinal, antes de ocorrerem tais inserções legislativas, existe todo um manuseio político preliminar e também fruto de pressões populares.

Importante é ressaltar o fato de que, no Brasil, a saúde foi vista como um direito desde os anos de 1970, por via de um Movimento Social de Reforma Sanitária cuja bandeira se concentrou na defesa da saúde como um direito de todos, demonstrando seu caráter universal, bem como que todas as ações de saúde fossem feitas com participação social devido ao contato direto da população com os serviços de saúde prestados (ASENSI, 2015).

Ademais, outros movimentos foram relevantes, aportando outras perspectivas inerentes à saúde, consoante a expressão de Asensi (2015, p. 6):

A ‘percepção social da saúde como direito de cidadania’ seria ‘um dado novo na história das políticas sociais brasileiras’, uma vez que ‘essa percepção é fruto dos movimentos sociais de participação em saúde da segunda metade dos anos 70 e do início dos anos 80’ (idem, p. 87). Isso permite uma relativa problematização da concepção Estado-centrada de saúde típica dos contextos anteriores em prol de uma relativa abertura estatal às demandas sociais e à participação social.

Ainda auferindo o fator sociológico, Fleury e Faria (2014, p. 104-105) salientam tal percepção social e a própria crescente da utilização da saúde pública, dentre outras circunstâncias:

O crescimento da judicialização pode ser creditado a uma série de fatores relativos ao acesso e utilização dos serviços de saúde; a existência de definições e benefícios contratuais; a consciência dos cidadãos a respeito de seus direitos e a atuação das organizações de consumidores; o papel da indústria farmacêutica; e, também, a criação de canais dialógicos para a busca de consensos entre os atores envolvidos.

Essa consciência cidadã faz com que o povo pressione, vote e eleja parlamentares para expressarem sua vontade a fim de que legissem sobre esses direitos. Ocorre que as questões mais sensíveis de violação a estas garantias possuem uma série de obstáculos e uma maneira de não comprometimento por parte do Poder Legislativo.

Em adição, institucionalmente, o Poder Judiciário, mais especificamente falando, o Supremo Tribunal Federal, passa por essa abertura da “politização desta esfera de jurisdição do Tribunal” com aumento da quantidade de “chaves de acesso ao controle de constitucionalidade”, como registra Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 447-448):

Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa[...]. Outro evento de extrema importância na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi o estabelecimento da possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amicus curiae* em casos de interesses supraindividuais.

Exatamente como exprimiu Oscar Vilhena, o STF se torna como uma arena política, com institutos importantes como o do *amicus curiae* e das audiências públicas que trazem a participação de especialistas e da sociedade, porém, mais do que isso, envolvendo pontos fundamentais, a Corte analisa e decide amplamente.

Robert Dahl (2016, p. 465) ressalta o teor político de uma Corte Constitucional:

Se a Corte assumisse ser uma instituição “política”, nenhum problema particular surgiria, tomar-se-ia por admitido que os membros da Corte resolvem questões de fato e de valor introduzindo suposições derivadas de suas próprias predisposições ou daquelas de clientes e constituintes influentes. Porém, dado que muito da legitimidade das decisões da Corte vem da ficção de que ela não é uma instituição, política, mas uma exclusivamente jurídica, aceitar a Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas ao preço da criação de outra[...]. É nesse sentido que a Corte é uma instituição nacional de tomada de decisão política, e é esse papel que traz o problema da existência da Corte em um sistema político ordinariamente considerado democrático.

Esse ponto de reaproximação entre Direito e Política, como citado anteriormente por Daniel Wang, comprova o quão entrelaçado ambas as áreas estão, e os fatores políticos comprovam que o Supremo Tribunal Federal é um órgão político, mas assente em deliberação jurídica.

Este relacionamento passa também pela política econômica, como ressalta José de Albuquerque Rocha (2009, p. 135), em sua explanação crítica sobre a criação das súmulas vinculantes:

[...] essa solução de fechamento de espaços de democracia foi adotada antes em relação ao Legislativo, quando os representantes das classes populares começaram a ser eleitos para os parlamentos. O sistema capitalista para impedir que seus interesses econômicos fossem submetidos a debates e decisões por parlamentares contrários ao mercado, adotou a estratégia de esvaziar o Congresso, criando órgãos supostamente técnicos e

por ele controlados para decidir sobre seus interesses, como o Banco Central, as agências reguladoras independentes, os conselhos monetários etc.

Além disso, o fenômeno da judicialização, não só da saúde, como da política, também possui forte ligação com a mudança de regime político, sendo que esta não se dá de maneira automática.

Campos (2011, p. 388) lembra:

[...] apesar de toda a nova arquitetura constitucional oportunizando a judicialização da política e a expansão do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, a Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, comportou-se de modo passivo como havia feito depois do endurecimento do Regime Militar com a edição dos Ais n 5 e 6. Como isso se explica? Acredito que as explicações para essa postura passiva são todas relacionadas à forma como se desenvolveu nosso processo de reabertura política e de transição do autoritarismo para a democracia e ao papel que a Corte cumpriu nesse processo.

Com amparo nesse discurso, compreende-se que, para uma mudança de postura do próprio Supremo, ultrapassa fatores meramente institucionais ou sociopolíticos, deve-se unir a eles o fator jurídico-cultural, que acompanha os próprios membros da Corte.

Deve-se ressaltar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já existia uma Suprema Corte, composta pelos mesmos membros, inclusive, alguns da época do regime civil-militar, indicados por estes governantes, com discursos mais conservadores, como é o caso de Moreira Alves, ministro nomeado no referido período, mas com referências sobre sua importante atuação para a Corte Suprema na passagem de constituições³.

Logo, todavia, esses ministros vinham a se aposentar, e novos membros indicados por governantes republicanos foram sendo nomeados, com posicionamento mais modernos e coadunados com a nova Constituição Federal.

A mudança foi nítida, ultrapassando uma cultura mais formalista para uma leitura mais inovadora da Constituição, consoante complementa Campos (2011, p. 406): “Ocorreu uma transformação jurídico-cultural no nível da prática discursiva do Supremo dirigida a realizar efetivamente a nova Constituição”.

³ Gilmar Mendes (2000, p. 144) destaca a importância do Ministro Moreira Alves, mesmo este nomeado no período do regime militar: “[...] não deixa de ser perturbador para muitos o fato de que o desenvolvimento e significativas conquistas relacionadas com a jurisdição constitucional no Brasil estejam indelevelmente associadas a um nome que a imprensa cotidiana costuma classificar como prócer maior das ideias conservadoras no Supremo Tribunal Federal.”

Prova disso é a própria formação da judicialização da saúde com início nos anos de 1990, quando se iniciaram com os pleitos judiciais demandando medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS.

Gouvêa (2003) acentua que o ano de 1996 é considerando um marco de transformação do Poder Judiciário nas demandas de saúde, haja vista o fato de que antes deste ano toda ação judicializada sobre o tema eram sumariamente indeferidas, ao passo que, desde então, quase todos os pedidos passaram a ser proferidos pelo Poder Judiciário. A justificativa para o indeferimento estaria na própria interpretação do art. 196 da Constituição, considerada norma programática, incapaz de produzir efeitos jurídicos imediatos, diretos e integrais.

Outro importante marco da judicialização da saúde nesse tribunal pós- Constituição Federal de 1988 foi a decisão suprarreferenciada da ADPF nº 45, que reconheceu a possibilidade deste direito fundamental ser exigido judicialmente, a fim de assegurar o mínimo existencial, dando atributos e formando um importante precedente na argumentação judicial dos próximos pleitos.

Ademais, vale ressaltar o que Cunha (2019, p. 255) expressa sobre esse empoderamento progressivo e sempre renovado do STF:

Não bastassem a largueza, a profundidade e a força dos poderes jurisdicionais previstos na Constituição e em leis infraconstitucionais, o STF vem constantemente inovando a própria jurisprudência e concedendo a si mesmo outros poderes e prerrogativas que favorecem indiscutivelmente o processo de judicialização da política em curso no Brasil.

No entanto, autores como Lenir Santos (2020, *online*) entendem que “não há falha na legislação do SUS, e sim no cumprimento dela”, devido ao subfinanciamento do SUS, pois, mesmo levando em consideração todos os fatores anteriormente elencados que agem indiretamente para a não prestação do serviço de saúde pública, ocasionando, assim, o aumento da judicialização da saúde, o subfinanciamento teria responsabilidade direta.

Compreendendo melhor o tema, o subfinanciamento do SUS está relacionado ao baixo orçamento disponível pelo Ente federativo para suas ações na área da saúde, de modo que a realidade brasileira é de um gasto público inferior ao privado, principalmente considerando se tratar de um sistema universal. Adite-se, ainda, o fato de que a distribuição de competências entre União, Estados-membros e Municípios segue uma lógica reversa, em que o ente federado de menor receita, qual seja, o município, possui o maior limite mínimo de gastos, que são os municípios, enquanto a União ostenta um percentual de investimento menor.

Como exemplo disso, no período da pandemia de 2020, no qual o gasto com saúde pública teve de ser necessariamente superior a todos os anos, ficou escancarado como o gasto em saúde pública no Brasil é baixo, sobretudo quando comparado com outros dois países que, como o Brasil, têm sistema de saúde público universal e gratuito, cita-se o Reino Unido e o Canadá, o que explica os avanços no combate ao vírus do covid-19 desses países em relação ao Brasil.

Segundo dados da OMS⁴, o gasto público brasileiro é equivalente a 3,8% do PIB, enquanto o Canadá possui 7,7% e o Reino Unido 7,9%, o que significa uma diferença, quando verificado o PIB de cada país, de R\$ 300.000.000.000,00 (trezentos bilhões de reais).

Quando a comparação é feita com países da América Latina, o Brasil é superado, por exemplo, pelo Chile, que, conforme cotação do dia 23 de julho de 2020, teve orçamento para a saúde no total de 5,4% do PIB, conforme dados da *Datosmacro*⁵.

Se for incluída a população nessa análise, o caso do subfinanciamento no Brasil se agrava ainda mais. Por tal pretexto, caso houvesse um percentual proporcional aos demais países, o gasto com saúde seria bem significativo, estabelecendo o diferente na prestação do serviço público e, certamente, influenciando positivamente na redução da judicialização da saúde.

Os fatores multifacetados tentam demonstrar como se deu tal formação para a judicialização da saúde, o que ajuda a entender o fenômeno que se tornou, todavia, esse poderio do Judiciário e a “supremocracia” sugerida trazem também riscos e inseguranças para uma esfera do poder que não possui capacidade técnica para lidar com problemas mais complexos, além da própria incapacidade institucional para definições de políticas públicas de saúde, capaz de causar um tumulto de decisões frágeis e distintas umas das outras, o que se faz necessário analisar e refletir.

1.3 Insegurança e indefinições do Judiciário e a necessidade de uma padronização

Hans Kelsen já ensinava que “ninguém pode ser juiz em causa própria”, quando se remeteu ao fato de que “[...] nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto

⁴ Disponível em <<https://www.who.int/data/gho/data/indicators>>. Acesso em 10.jan.2021.

⁵ Disponível em

<

justamente aquela a quem a Constituição confia o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la”, ou seja, assumir uma função de guardião constitucional é também assumir que os limites que permitem a segurança jurídica do texto não serão extrapolados (KELSEN, 2007, p. 240).

Alguns autores, como Luís Roberto Barroso, que relacionam esses atos ao momento do neoconstitucionalismo, que identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional (BARROSO, 2020, *online*).

Sobre o tema, deve ser citado Daniel Sarmento (2011, p. 84), que traz à tona o assunto centralização judicial:

O Grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é considerado como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas [...] como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular.

É salutar que se acrescente, *in hoc sensu*, o que Cunha (2019, p. 261) exprime, quando aduz ao contexto do neoconstitucionalismo:

Soma-se a isso o fato de que os métodos indicados pelo neoconstitucionalista para interpretar e aplicar os princípios constitucionais, quais sejam, a proporcionalidade (razoabilidade) ou ponderação (sopesamento), corroboram a dilatação dos poderes judiciais. É que, com tais métodos, é possível às autoridades judiciais modular (ampliar ou restringir) o conteúdo da incidência dos princípios, inclusive, se for o caso, para afastar uma regra específica ou declará-la inconstitucional (legislador negativo) e, até mesmo, o que é ainda mais complicado, porém, hoje, muito comum, elaborar criativamente normas jurídicas com força geral e efetivo vinculante para a sociedade e o Estado.

Adite-se o fato de que um órgão assumir a responsabilidade final, a última palavra, por um direito fundamental como é a saúde, significa que questões mais complexas, não resolvidas em outras instâncias administrativas, por serem bastante sensíveis, chegarão para serem definidas e tidas como regra final à Suprema Corte.

Resultado disso são decisões menos técnicas causando fragilidade, fazendo-lhes superadas, além do fato da não incorporação destas pelos demais tribunais de instâncias inferiores. Cada juiz e todo tribunal terão entendimentos distintos, ocasionando uma situação de incertezas sobre a resolução de situações parecidas àquela complexa discutida, acarretando uma insegurança jurídica causada pelo próprio Poder Judiciário.

Demais disso, a não formação de um modelo decisório, ou, melhor ainda, um padrão interpretativo para tais situações semelhantes, abre espaço para decisões solipsistas, ou seja, constituídas com base no objeto de conhecimento de caráter particular, ultrapassando o limite da interpretação da lei, como esclarecido por Streck (2013). Essa ocorrência tem curso em virtude da própria discricionariedade do magistrado para a tomada de decisões, no entanto, o exemplo traz uma característica negativa, pois extrapola e secundariza a própria legislação quando solipsista.

Com vistas a preencher, entretanto, as lacunas da legislação ou retirar da zona de penumbra pontos atinentes à saúde, o Poder Judiciário necessita de aporte técnico e jurídico para sua tomada de decisões, afinal, conforme a própria teoria dworkiniana sugere, como será ainda mais bem entendido nos próximos capítulos, o magistrado “[...] poderia perguntar-se qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz”, o que embasa o próprio conceito de Direito como integridade, de Ronald Dworkin (2002, p. 168-169).

Tal conceito ajudará nesta dissertação a compreender como uma decisão judicial abrange todos esses aspectos de modo a não violar estruturas administrativas dotadas de capacidades institucionais, ou auxiliar tais estruturas administrativas a internalizar essas decisões, resultado de debates e diálogos interinstitucionais e entendimentos técnicos sobre a demanda em litígio.

Em uma ação dotada de complexidade sobre a saúde, nestes termos, para retirar o caso da cobertura de sombra constitucional, o tribunal tem que ouvir peritos, mas também os próprios agentes interessados, o que envolve as instituições administrativas competentes.

Ao se tratar sobre competências para o fornecimento de medicamentos, faz-se necessária a participação da Comissão Intergestores Tripartite, que é, justamente, a instância a articular e pactuar a responsabilidade das três esferas de poder na saúde. Como se decidir e impor algo sem a participação de um grupo técnico que já vem debatendo isso há anos? Deve-se buscar, pois, a integração dessas partes!

Mencionada tentativa de uma decisão judicial que disponha de características do Direito como integridade e que compreenda a questão social é muito semelhante a ideia de um constitucionalismo concreto.

Cunha e Valente Neto (2019, p. 198), aduziram explanação de Oliveira Vianna, que já observava, em relação à primeira Constituição Republicana, de 1891, essa

diferenciação entre os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional, mas que não trariam influxos reais para a sociedade, sendo, então, inaplicáveis, o que é chamado tradicionalmente de “Brasil Real *versus* Brasil Ideal”:

Particularmente, no caso da Constituição de 1891, que fora objeto de críticas da parte de vários pensadores nas primeiras décadas do século passado, em especial, Oliveira Vianna, esse diploma normativo teria sido juridicamente ineficaz, uma vez que importou e positivou ideias e instituições liberais completamente exorbitantes da realidade brasileira. Em verdade, apesar de nitidamente protetivo de direitos individuais, o texto da primeira Constituição republicana era inaplicável à sociedade brasileira, ante a inexistência das condições materiais para concretização de um regime de liberdades civis (estado liberal) e políticas (estado democrático), como os já vivenciados, em grande medida, nos países europeus e nos Estados Unidos.

Para tanto, a concretização dos direitos sociais passa por necessária a materialização desses direitos, prevista pelo próprio Texto Constitucional, mas com esforços distribuídos para outros institutos jurídicos e instituições competentes, de modo a se integrarem, como aduz Bercovici (2003, p. 98), sobre explicação de Rudolf Smend:

Para a compreensão da Constituição, é necessária a inclusão, no texto escrito, das forças sociais. A Constituição deve levar em conta todas as motivações sociais da dinâmica política, integrando-as progressivamente. Para Smend, o dinamismo político-social não poderia ser abarcado, na sua totalidade, pelos dispositivos constitucionais, mas pela elasticidade e capacidade transformadora e supletiva de sua interpretação. E, nesta interpretação, os princípios constitucionais são fundamentais, pois definem o Estado como ente concreto, fixando suas características territoriais e políticas.

Em resoluções de pontos ainda mais sensíveis, como os de raça e de gênero, em relação a aborto e aos direitos homossexuais, é de relevo observar doutrina de autores que defendem visões distintas de constitucionalismo, como Robert Post e Reva Siegel, que “[...] mostram como o povo comunica objeções a decisões judiciais que divirjam profundamente de suas convicções bem como resiste à sua implementação” que conceituam como Constitucionalismo Democrático (GOMES, 2011 p. 591-593),

[...] o qual vê o desacordo interpretativo como condição normal do desenvolvimento do Direito Constitucional. Afirmam que, apesar da importância do papel da Corte nesse processo, ele é composto da tensão negociada entre a lei e o autogoverno e envolve inflexão do significado constitucional na direção da crença popular, ao mesmo tempo em que mantém sua integridade como lei. O constitucionalismo democrático, portanto, sugere que, ao fim, o Direito Constitucional será concretizado por aqueles que desejem percorrer o longo caminho da política. Nesse sentido, defendem a existência de interpretação constitucional extrajudicial, viabilizada pela via institucional e, portanto, não realizada à revelia do Judiciário, nem imposta diretamente pelo povo.

Em oposição à situação atual, tem-se o conceito de Constitucionalismo Popular, esse apresentado por Larry Kramer, que “[...] se funda na ideia de que o povo, que já teria visto a si próprio como criador e principal intérprete da Constituição, teria perdido seu

protagonismo para as esferas judiciais”. E o autor complementa (GOMES, 2011, p. 589-591):

[...] Kramer, a qual tem o mérito de, no contexto norte-americano, retirar a centralidade do caso *Marbury v. Madison*, tradicionalmente enfatizado nas narrativas acerca do constitucionalismo daquele país, e de ampliar a discussão acerca do controle de constitucionalidade (judicial review) para além das decisões judiciais, inserindo-a em um contexto mais amplo que envolve os entendimentos sociais da questão, a afirmação da contingência da supremacia judicial não é exclusiva do constitucionalismo popular.

Essa conceituação de constitucionalismo, com um contexto mais social, frisa bem a ideia apresentada de decisões frágeis perante a sociedade e que naturalmente tendem a ser superadas por decisões mais robustas de tecnicidade e participação.

Tais conceitos visam contribuir no ordenamento do texto constitucional tanto nos direitos e deveres, como na competência “guardiana” da Constituição e sua responsabilidade em unir todos os aspectos políticos e sociais quando na hermenêutica do texto, de modo a prever a possibilidade de a sociedade possuir o “direito a ter direitos”, como Hannah Arendt (1989, p. 332) define.

Trabalhando na perspectiva brasileira, tem-se uma Suprema Corte que, na condição de guardião da Constituição, deve ter uma posição dialogal com as demais instituições democráticas, buscando definições em acordo com a sociedade, e não atitude de “[...] verdadeiros políticos vitalícios dotados de privilégios estamentais, e, quando ocorre qualquer tentativa minimamente crítica de se apontar esses privilégios do Judiciário, desencadeiam reações retóricas em defesa do protagonismo judicial”, como abordam Bello, Bercovic e Lima (2018, p. 28).

De outro modo, se estas decisões são paulatinamente repetidas e utilizadas dentro das próprias fundamentações jurídicas dos postulantes, alcança-se a ideia de que elas estão sendo bem aceitas, inclusive pela sociedade, podendo serem vistos como julgados vinculantes.

Ademais, além da aceitação social, ressalte-se que essa vinculação dentro da perspectiva de ações judiciais repetitivas é vista como uma regra, conforme inciso III do art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, online), que dispõe sobre a uniformização da jurisprudência nos “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Desta feita, a judicialização de casos repetitivos, que possuam os mesmos fatos, mesma fundamentação jurídica e causa de pedir, devem possuir precedentes que vinculem

a decisão, visando não somente a redução da judicialização de demandas repetitivas, mas, também, a segurança jurídica da decisão judicial.

Para Lopes Filho (2020, p. 132), defender a ideia de que a vinculação dos precedentes é garantia de segurança jurídica, não significa previsibilidade. Nas palavras do autor:

Esse é um erro que depende da identificação de que a segurança jurídica se tenciona garantir e de que maneira se quer alcançá-la. Se segurança jurídica se resumir a previsibilidade de resultados em razão de um enunciado preestabelecido, os precedentes não estão em posição melhor do que as leis para garanti-la. As lições de Hart, nesse ponto, são definitivas, pois aplica sua ideia de textura aberta e zona de penumbra tanto para regras quanto para precedentes. Será inevitável, em várias situações, uma zona de incerteza para o intérprete. Em outras palavras: caso se tente buscas a ilusão exegética de previsibilidade (se “f”, então “c”), o próprio positivismo normativista já se encarregou de mostrar sua inviabilidade.

E quando compostas de todos esses aspectos de aceitação social são conducentes até a uma internalização da decisão pelo Poder executivo, antes mesmo da litigância, mas, para que isso ocorra, faz-se necessária uma cultura de padronização das decisões dotadas de integridade.

Diante dessa constante, importa observar a condição de guardião da Constituição, atribuída à Suprema Corte (art. 102, *caput*, CF/88), o que não significa, necessariamente, uma supremacia judicial e, longe disso, um regime de “supremocracia”, de tal sorte que o STF perceba o papel que tenha e torne possível a instalação dessa cultura, inclusive pela participação plural e democrática de outras instituições políticas e sociais.

Nesse sentido, Glauco Salomão Leite (p. 246) já relacionava essa responsabilidade à Suprema Corte brasileira em suas decisões:

Em relação à experiência brasileira, tão necessária quanto a possibilidade de existirem diálogos é a circunstância de o STF se perceber como um dos integrantes dessa cadeia deliberativa, e não como ator de um monólogo. A percepção por parte da própria Corte de que ela não tem a prerrogativa de se apropriar do documento constitucional pode contribuir para que ela utilize os expedientes adequados para permitir, e até mesmo deflagrar, uma construção cooperativa do sentido constitucional com outros órgãos estatais.

Como um órgão de saúde do Poder Executivo internaliza uma determinada decisão se esta não contém a devida orientação das instituições responsáveis ou até mesmo criadoras do tema? É provável que seja estimulada a litigância e se persista por uma decisão com caráter mais compreensível com a causa.

Se, contudo, esta decisão possui uma cooperação de outros órgãos, por via dos diálogos institucionais, possui tecnicidade sobre o tema, provável que seja internalizada, e que se converta um precedente judicial, assunto do próximo capítulo.

No que se refere à padronização das decisões, Dierle Nunes (2012, *online*) previne para que não se tenha um empobrecimento do discurso jurídico:

Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.

Tanto na justificação da decisão judicial como no próprio poder de argumentação do advogado poderiam não constar especificidades concernentes ao caso, pois, por mais que se trate de um caso análogo, não é o mesmo caso, tampouco a mesma parte.

Reforçando o problema da padronização das decisões judiciais, Lenio Streck (2004, p. 20) questiona acerca da singularidade do caso concreto - e as súmulas impeditivas de recurso e vinculantes que impedem, no plano hermenêutico, o surgimento da singularidade do caso real:

Não é crível que a comunidade jurídica brasileira não se importe com isso. Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafoço dos processos – tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafoço do aparelho Judiciário depende de providência drásticas do quilate das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade, em decisão que rejeita ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, além dos mecanismos de filtragem recursal constantes na Lei 9.756/98, **os operadores do Direito agem como aquele sujeito que perdeu o relógio em uma praça escura e põe se a procurá-lo, longe dali, debaixo de uma luminária. Perguntado acerca de sua conduta destituída de qualquer racionalidade, o sujeito responde: “– Ora, aqui é bem mais fácil procurar [...]!”** (Grifou-se).

O problema de padronização aduzida, no entanto, é inerente a decisões vinculativas, mediante súmulas vinculantes, por exemplo, que possui rigor de norma, impedindo os próprios magistrados de “[...] examinarem, de modo amplo, a correção da aplicação do precedente ao caso atual”, como aborda Maués (2012, p. 588), que complementa:

Embora essas análises reconheçam que os juízes podem fazer distinções (*distinguishing*) dos casos no momento de aplicação dos precedentes, elas tendem a restringir o papel do poder Judiciário e do próprio STF nesse campo, pois sua concepção das súmulas e decisões vinculantes implica defender que haja limites em sua interpretação, mesmo que existam boas razões para não aplicá-la, o juiz está obrigado a seguir o precedente.

Assim, limitar o poder de interpretação do juiz afasta, via de regra, uma abordagem mais dialógica, proposta neste trabalho, impedindo, até mesmo, decisões que integrem a

tecnicidade necessária para o caso e a própria participação de instituições que deliberem a respeito do assunto.

Ademais, quando a linearidade das decisões é verificada como uma diretriz, no lugar de regra, para posteriores julgamentos, em casos similares, possibilita-se, também, a própria superação dessas decisões, conforme necessidade do caso concreto e, portanto, havendo respeito a esse padrão, significaria o aceite daquela decisão judicial.

Esta padronização aqui tratada é o precedente judicial, assunto este que, no próximo capítulo, é aprofundado sobre a sua formação e a sua aplicação na saúde, relacionando com o que foi discutido neste capítulo.

2 FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ÂMBITO DA SAÚDE

Conforme verificado no capítulo anterior, em que se discute o fenômeno da judicialização da saúde, com o fortalecimento da jurisdição constitucional, percebe-se o papel de destaque do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte, principalmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, trazendo a figura das súmulas vinculantes e seu rigor de norma. Desse modo, torna-se crucial que o STF reconsidere seus *modus operandi* nas decisões, observando aspectos técnicos e institucionais para prolatá-las.

Ocorre que os variados pontos de vista sobre matérias análogas trazem insegurança jurídica e influxo na operacionalização de cada decisão, pois o próprio demandado, em situações posteriores, não saberia qual deliberação a ser tomada, o que é passível de motivar uma nova litigância.

Assim, por exemplo, se a obrigação imputada por tribunal superior de fornecer medicamento para tratamento oncológico é de responsabilidade da União, e outros órgãos do Judiciário impõem ao Estado-membro, é capaz de causar, em futuras demandas judiciais, uma atitude da União de se isentar em fornecê-lo.

Do mesmo modo, se determinada turma do Superior Tribunal de Justiça acorda que os planos de saúde devem fornecer todos os medicamentos que possuem alguma relação com aqueles listados na relação da Agência Nacional de Saúde (ANS), e outra turma do mesmo tribunal já dispõe que esse rol é taxativo, ou seja, só devem ser fornecidos por planos de saúde aqueles itens já listados, também causará insegurança jurídica e o Plano de Saúde se apegará àquela decisão, que é mais benéfica.

Em ambas as ocorrências, o resultado é uma maior litigância, o que se faz importante verificar a necessidade de padronização das decisões, como precedentes, sem que cause impacto no livre consentimento do magistrado, percebendo isso em países com essa cultura, o entendimento correto de seu significado e análise de casos concretos.

Assim sendo, neste módulo, discute-se acerca da Teoria dos Precedentes, sua formação no direito à saúde e influência na judicialização, indicando decisões que elucidam o tema e a percepção da grande influência dos tribunais na execução da prestação dos serviços de saúde ao usuário.

2.1 Conceitos e contexto histórico dos precedentes

O precedente judicial é uma decisão judicial advinda de um caso concreto, no qual é utilizada como parâmetro, sendo, inclusive, norteadora para um julgamento posterior. O emprego deste padrão, no entanto, nas futuras decisões se dá por meio de sua *ratio decidendi*, como bem explica Streck (2013, p. 42-43):

O precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurdirá a partir da *applicatio*.

Desse modo, a decisão judicial expressa diversos elementos, mas o que a tornará vinculante ou, então, paradigmática para os demais julgamentos é o entendimento com os argumentos acolhidos pela maioria dos juízes do tribunal e imprescindíveis para justificar o desfecho do caso, ou seja, núcleo vinculante que é a *ratio decidendi*.

Vale dizer, na tomada de decisão do juiz, seguir um precedente é fazer uma analogia entre uma instância e outra, mas nem todas as instâncias contidas para analogia são exemplos de precedente.

Assim mesmo, esse exemplo para analogia traz divergência dentro do próprio tribunal. Para ilustrar, têm-se os votos apresentados na ADI 4.983, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que regulamentava a vaquejada.

Lopes Filho e Cidrão (2018, p. 123-124), a respeito desse caso, verificaram que o ministro do STF Marco Aurélio considerava outras decisões judiciais, como as da “farra do boi” e das rinhas de galo, como *ratio decidendi* para a referida decisão da vaquejada:

Justamente por se admitir ser uma antiga prática enraizada na cultura popular nordestina, é reconhecida, desde a inicial, uma tensão com o dever de o Estado proteger as manifestações das culturas populares, prescrito no art. 215, §1º, da Constituição Federal. É na solução dessa tensão constitucional que os precedentes da “farra do boi” e das rinhas de galo são invocados, a fim de demonstrar que ela deve ser solucionada em prol da proteção dos animais, por um juízo próprio de uma regra: dado o fato de a prática cultural implicar crueldades dos bichos, deve ser sua proibição. O Ministro Marco Aurélio, então, considera que os precedentes citados tem por *ratio decidendi* essa perspectiva própria de uma regra.

Percebe-se, portanto, que o núcleo vinculante entendido pelo Ministro é a pura proteção dos animais, que deveria ser utilizado como paradigma para o referido caso concreto. Existem, porém, outros fatores em voga que diferenciam os dois casos citados do referido processo.

Acerca disso, Lopes Filho e Cidrão (2018, p. 130) indicam que o ministro Luís Roberto Barroso percebe não haver essa coerência:

[...] o Ministro Roberto Barroso, por sua vez, até entende que não seria possível uma coerência escrita com esses precedentes, dada a diferença entre “farra do boi”, rinha de galos e vaquejada. Por isso, toma todos os elementos verificados naquelas ocasiões para, em se reconsiderando tudo no novo julgamento, averigua a possibilidade de as mesmas conclusões passadas serem reproduzidas. Barroso busca, na verdade, justificar uma convergência entre os julgados mediante a demonstração de que, se cotejando aquilo que foi realizado nos julgamentos anteriores, ainda que não inteiramente similar, seria identificado um processo civilizatório geral que proibiria tanto nos precedentes quanto no novo caso as práticas culturais. Busca um maior acerto ético de sua decisão, ainda que variando um pouco daquilo que estritamente fora decidindo anteriormente, embora haja uma convergência entre os julgados.

Vale dizer, verifica-se que o desacordo está na utilização dos precedentes, pois o ministro Luís Roberto Barroso cita a diferença entre os casos, já que a vaquejada é considerada cultura popular. Nesse caso, se afere “[...] um desacordo teórico profundo, que indica visões distintas do que seja o Direito de um modo geral, e o que sejam precedentes em particular”, como constata Lopes Filho e Cidrão (2018, p.130).

Importante é destacar o argumento de que, embora seguir um precedente implique buscar orientação para um padrão estabelecido, estabelecer essa padronização não é necessariamente fixar um precedente, portanto, nem tudo o que é decidido pela primeira vez é um precedente.

Questiona-se, assim, como os precedentes atuam na atividade jurisdicional. Acerca disso, Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 258) oferece quatro paradigmas que merecem destaque, quais sejam, o normativo, o contextualista, o sistêmico e o extralegal, sendo os três primeiros os que mais se relacionam com a teoria dos precedentes:

O paradigma normativo (legislativo) abarca a *judicial reference* e a *judicial legislation*. Propõe o juiz como um legislador em pequena escala, que põe na ordem uma norma imperativa a ser seguida de maneira cogente e sem desvios pelo julgador seguinte, que a aplica por procedimentos de lógica formal, sobretudo por silogismos. Como Siltala ilustra, os juízes são equiparados a legisladores de toga. Nele, há uma autorreferência sistêmica, pois se busca recuperar e reproduzir o sentido original do precedente assim como posto pelo tribunal de original.

Verifica-se aqui o precedente como uma regra imperativa, obrigatória, vindo das cortes superiores, com o argumento de autoridade. Seguindo nessa linha, Frederick Shauer (MAUÉS, 2012, p.596-597) desenvolve uma teoria de precedente com base em um conceito de regras como generalizações enraizadas, nas quais determinadas decisões anteriores, quando continuam a influenciar as decisões subsequentes, mesmo que sejam julgadas em outro sentido, elas demonstram seu caráter como regras:

Schauer reconhece que uma das características que distinguem o *common law* é a possibilidade de que as regras que integram o sistema sejam modificadas se o caso assim o exigir, isto é, quando o juiz entender que a aplicação da regra não é consistente com sua justificativa ou não representa uma boa política. Caso isso sempre ocorresse, não haveria regras prescritivas no *common law*, uma vez que elas não poderiam impor nenhum tipo de obrigação. Assim, o sistema seria baseado em decisões de acordo com justificativas, uma vez que as “regras” somente seriam aplicadas a novos casos se fossem consistentes com o conjunto de políticas e princípios do sistema. Todas as generalizações nele contidas seriam consideradas contingentes e possíveis de aperfeiçoamento. Por fim, para Schauer, os precedentes constituem a maneira pela qual as regras se tornam enraizadas no *common law*. Para que o precedente seja relevante, é necessário que a decisão anterior continue influenciando a decisão atual, mesmo que ela seja julgada incorreta, o que significa que o argumento do precedente funciona, essencialmente, como o argumento da regra.

Desse modo, por exemplo, para determinados casos que envolvam a saúde, bastaria utilizar as decisões citadas anteriormente que seriam regras. Conforme a própria teoria de Schauer, porém, as “experiências recalcitrantes” surgem como jeito de contrariar a regra, pois, como em toda a generalização, existem impactados sem estarem na mesma circunstância.

Explicando melhor, imagine-se que todo tratamento para a saúde que fosse requerido com base no princípio universal e constitucional da saúde, e que, com base neste direito fundamental, o SUS fosse obrigado a fornecer qualquer tratamento que o médico prescrevesse. Agora, suponha-se que o tratamento proposto não esteja no rol do próprio SUS, a que o Estado fica adstrito. Essa experiência compromete, pois, a justificativa do precedente como regra, no caso de regras como generalizações consolidadas.

Compreendendo a ideia de precedentes como regra, mas de maneira distinta do que defende Schauer, Michele Taruffo (2007, p.798) já concede maior ênfase à importância do julgado subsequente:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso subsequente em função da identidade ou – como acontece na lei – pela analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente a analogia dos dois casos fáticos (caso concreto) não é dada *in re ipsa*, e é confirmada ou excluída pelo Juiz do caso subsequente, dependendo se ele considera prevalente os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente, em seguida – por assim dizer – “cria” o precedente.

Com esteio no que foi considerado por Taruffo, deve-se tratar sobre o outro paradigma trazido por Lopes Filho (2020, p. 266-267), qual seja, o paradigma contextualista:

Por via de consequência, o trato dos precedentes se dá nessas bases de comparação, de assemelhamento e diferenciação entre o caso posto em análise presente e o outro já

decidido. [...] Não se coloca o juiz que aplica o precedente subordinado formalmente à corte emissora, pois terá a liberdade de considerar o que foi feito e não o que teria sido dito que foi feito ou imposto.

Tal significa expressar a ideiação de que esse paradigma do precedente judicial possui relação com o juízo de analogia, tema esse tratado na teoria de Carl Sustein (MAUÉS, 2012, p.603), que elucida e o diferencia do outro paradigma do precedente como regra:

Quando se diz que o precedente é uma regra, isto significa que ele é tão semelhante ao caso em questão que ninguém colocará em dúvida sua aplicação. Mas, quando o precedente é concebido como analogia, isso implica o reconhecimento de que há diferenças relevantes entre os casos e a aplicação do precedente requer alguma justificação.

No terceiro paradigma, ilustrado por Lopes Filho (2020, p. 274) - o sistêmico - verifica-se um caráter mais condescendente com os demais fatores dispostos para o livre convencimento do magistrado, relacionando com o princípio da integridade como direito de Ronald Dworkin:

O paradigma sistêmico foi erigido por Dworkin com origem no paradigma contextualista. Comprova ao mesmo tempo o maior avanço, mas também a insuficiência deste para o constitucionalismo contemporâneo. Não toma o precedente como uma norma similar à legislativa, fruto de um ato de vontade do magistrado ou do intérprete, desprendida da situação em que foi erigida. Igualmente, não se ocupa em recuperar o trabalho anterior, condicionando-o ao contexto que o influenciou.

Na sua teoria decisória, Dworkin demonstra um modelo da “comunidade de princípios” e mostra como seria a atuação do direito como integridade dentro desses precedentes judiciais. Consoante observa Maués (2012, p. 607), a preocupação do doutrinador é do presente por diante:

Se podemos compreender as nossas práticas como apropriadas para o modelo de princípios, podemos apoiar a legitimidade de nossas instituições e as obrigações políticas que elas assumem, como uma questão de fraternidade e, assim, podemos buscar aprimorá-las nessa direção. Por essa razão, Dworkin (1999, p. 263-264) destaca que a integridade não deve ser confundida com a consistência (*consistency*), que significa simplesmente tratar igualmente os casos iguais. Para o autor, a consistência exige que uma instituição repita rigorosamente suas decisões políticas passadas, enquanto a integridade requer que os padrões normativos (*standards*) da comunidade sejam constantemente elaborados e compreendidos de maneira a expressar um único esquema coerente de relação entre justiça e equidade. Isso implica que uma instituição que aceite a integridade terá, algumas vezes, que se afastar de uma linha estreita de decisões passadas em busca de coerência com os princípios mais fundamentais desse esquema, o que encoraja o juiz a reconhecer novos direitos quando se demonstre que uma parte dessas decisões não é compatível com os princípios que justificam o direito como um todo.

A concepção afasta a ideia do precedente como regra, mas se aproxima da noção de precedentes como analogia na medida que enfoca na justificação da aplicação de um precedente pelo magistrado.

Na mesma linha, “[...] Hershovitz expõe que os tribunais também são atores morais e, enquanto tais, devem seguir seus próprios precedentes e dos tribunais superiores em função de um dever moral de compromisso com entendimento já exposto ao longo do tempo”. (LOPES FILHO, 2017, p.165)

Para Duxburry (2008), o Direito deve se desenvolver e se adaptar à realidade social, pois os julgados do Poder Judiciário devem ser tidos para fins de consolidação doutrinária e legislativa, sendo moldados pela transformação econômica, tecnológica ou social.

Assim sendo, tal paradigma traz uma Teoria dos Precedentes, conforme Dworkin, em que o Direito é um sistema fechado, onde o ingresso de elementos nele só seja autorizado por uma regra de reconhecimento, pois os princípios jurídicos representam o entendimento dos valores morais no Direito (LOPES FILHO, 2020).

Trazendo à realidade legislativa, todavia, e verificando a positivação dos precedentes judiciais, o Código de Processo Civil brasileiro (2015, *online*) explicita em três dispositivos a relevância do tema. Não há, no entanto, uma escolha teórica prevista na legislação brasileira, como se percebe da leitura dos dispositivos a seguir transcritos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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;

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Vê-se, daí, que o legislador prevê expressamente a utilização do precedente, sem, contudo, se deixar levar pela forma em que se deve usá-lo. Destaca, entretanto, ser um elemento essencial o seu caráter substancial para a manutenção da uniformidade, estabilidade, íntegra e coerência da jurisprudência e sua publicidade.

Acerca dessa positivação, é importante destacar as origens dos precedentes, considerando que, em alguns países, como os Estados Unidos, não há lei sobre tal instituto, mas somente na doutrina jurídica.

Neil Maccormick, Robert Summers e Arthur L. Goodhat (1997), em trabalho que estuda a precedência estadunidense, apontam o precedente como a principal fonte de autoridade decisória em áreas do Direito comum, como contrato, responsabilidade civil e propriedade. Em outras áreas, a existência de um texto normativo relevante requer que a linguagem da regra em questão seja o ponto primário da partida analítica e, assim, a lei prevalece sobre qualquer precedente conflitante. Ou seja, as decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes são vistas como fontes de Direito, logo, por sua relevância, é natural um caráter vinculativo na própria sociedade.

Nos Estados Unidos, segue-se a doutrina do *stare decisis*, isto é, decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando as mesmas questões surgem novamente no litígio. Essa doutrina representou uma dificuldade para o positivismo jurídico, pois a extração de uma regra de um caso conduz um tribunal a restringir ou a ampliar a gama de casos aos quais o caso se aplica.

Assim, portanto, alega-se que os juízes, em virtude da doutrina jurídica do precedente, são capazes de exercer atividade legislativa, executando uma função que produz regras.

Maccormick, Summers e Goodhat (1997), no supramencionado trabalho, ilustram as distintas modalidades de vinculação do precedente na *Common law*, sendo uma delas a vinculação formal, ou ligação formal, como aquela estritamente vinculativa, que deve ser utilizada em todos os casos.

Os autores, também, citam o precedente não formalmente vinculante, mas com força para influenciar nas decisões, aquele que pode ser ponderado. As outras duas formas são a não formalmente vinculante, e que também não possui força e, por fim, a mera ilustração de grau de força normativa.

Essas citadas maneiras de utilização do precedente na *Common law* demonstram bem o parâmetro que se tenta utilizar na própria escola jurídica brasileira, que possui intensa influência desses países.

Na Inglaterra, como nos Estados Unidos, o respeito aos precedentes, que não são uma imposição legislativa, advém do próprio sistema jurídico desses países que fazem parte da Escola do *Common law*, conforme explica Teresa Arruda Alvim Wambier (2009,

p. 04): “A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito e, no sistema *common law*, não é permitido ao juiz desapontar os cidadãos com decisões imprevisíveis, surpreendentes e que não possam ser imaginadas com antecedência”.

Duxburry, no estudo do precedente no Direito inglês, exprime que talvez o fato de a jurisprudência ser frequentemente tratada e apresentada como se fosse ela própria um corpo de normas jurídicas leva, por vezes, a se presumir que os precedentes têm força vinculativa. A realidade, porém, é que os precedentes, ao contrário das normas, não obrigam os juízes de uma “forma de tudo ou nada”, de tal sorte que a força obrigatória de um precedente é mais explicada não em termos de sua validade (sendo este um conceito não escalar), mas em termos de sua autoridade (da qual são graus) (DUXBURRY, 2008).

Já em países de escola jurídica semelhante à do Brasil, como a Itália e a *Civil law*, verifica-se uma cultura distinta mais voltada à normatização dos julgados, como o caso da Súmula Vinculante, na Itália chamada de *Massime*.

No sistema italiano, o precedente é usado principalmente em um sentido muito amplo, ou seja, qualquer decisão anterior possivelmente relevante para um caso a ser decidido. Especificamente, entretanto, um precedente é qualquer decisão anterior que lide com a mesma questão legal (MACCORMICK, SUMMERS e GODDHAT, 1997).

Um fator importante de se destacar no Direito italiano é que, se determinada área do sistema jurídico italiano não é totalmente coberta pela legislação, suas lacunas devem ser supridas pelos precedentes judiciais, e, quando a área do Direito, mesmo que sob cobertura das legislações, os precedentes também são utilizados, uma vez que as normas são geralmente interpretadas e aplicadas por meio da referência do precedente. (MACCORMICK, SUMMERS e GODDHAT, 1997).

Logo, o papel vinculativo dos precedentes já é verificado no sistema jurídico italiano, considerando a figura das *massime*, ou súmulas vinculantes, nas quais são normatizadas e que inspiram o Direito brasileiro.

Diferentemente do sistema italiano, no Direito francês, os fundamentos oficiais para tratar precedentes como formalmente vinculativos não existem. O uso da expressão jurisprudência persistente faz com que os precedentes apareçam como interpretações das normas, exprimindo uma fidelidade ao que está expresso.

Malgrado, porém, a falta de força vinculativa de precedentes, algumas decisões usam a frase “já que foi julgado que...”, e isso é explicado por meio de uma distinção elaborada por alguns estudiosos franceses entre a autoridade da coisa julgada e a autoridade da coisa interpretada (MACCORMICK, SUMMERS e GODDHAT, 1997).

Verifica-se outro ponto de influência no Direito brasileiro, no caso da interpretação da norma, com base nos precedentes judiciais, considerando que o próprio Código de Processo Civil brasileiro não vincula a utilização dos precedentes (apesar de existir o instituto das súmulas vinculantes, mas que não são precedentes judiciais).

É importante registrar o fato de que o código brasileiro é mais influenciado pelo Direito alemão, quando comparado, desde a sua formação até os costumes, os institutos, as normas e, também, à matéria dos precedentes judiciais. Acerca disso, o referido instituto jurídico também não é visto como uma regra, contudo, possui previsão legal sobre a matéria, mas, com importante diferenciação, que é a força normativa dada para a vinculação dos precedentes, conforme segue o disposto na lei alemã: “§31 as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais federais e locais, bem como todos os tribunais e autoridades” (CLARO, 2012, p.465).

Madeira (2011, p. 558) já destaca o quão o precedente no sistema jurídico alemão possui, de fato, força normativa: “[...] Neste sistema, as decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional Federal têm força de lei, quando invalida norma legal, possuindo em outros casos os precedentes judiciais alta força persuasiva”.

Importante é salientar a força persuasiva que possui o precedente no ordenamento jurídico brasileiro, influenciando, também, a organização administrativa do Estado nacional.

E, a respeito do tema, nada mais exemplar do que as mudanças cotidianas na área da saúde, seja pública ou suplementar, em que decisões padronizadas trazem motivação ao litígio, decisões distintas carregam insegurança jurídica e os prestadores de serviço de saúde que são litigados são conduzidos a buscar outros argumentos mais convincentes ao magistrado ou, então, procurar se adaptar e se organizar ao que está sendo procurado pelo usuário do serviço.

Para entender tal sistemática, considerando toda a Teoria dos Precedentes e suas influências recebidas, é relevante estudar, no próximo tópico, a formação dos precedentes judiciais do direito à saúde.

2.2 A Formação dos precedentes judiciais nos tribunais superiores brasileiros referentes ao direito à saúde

2.2.1 Avanço da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal

Mesmo a Constituição Federal tendo sido promulgada em 1988, trazendo, explicitamente, a previsão do direito universal à saúde, afirma-se que a decisão na ADPF nº 45, de relatoria do ministro Celso de Melo, em 2004, foi a precursora da recorrente discussão sobre a judicialização da saúde.

O argumento da reserva do possível por parte do Estado, que é um modo de limitar a atuação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando o Direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria, passou a ser referenciado nas decisões que versam sobre o direito à saúde.

Vale dizer, em ações de direito à saúde, ao Estado é defeso negar qualquer tratamento com o argumento de não dispor de recursos suficientes para custear o tratamento ao cidadão, pois, sob a perspectiva do Judiciário, o referido pedido representa uma tentativa de se garantir um mínimo existencial ao cidadão, e este princípio, quando sopesado à reserva do possível, deve prevalecer.

O ministro Celso de Melo, relator da referida ADPF, padronizou, ainda, requisitos para utilização da reserva do possível, compreendendo que, para o caso em pauta, o Estado situou seus interesses econômicos acima das garantias fundamentais, como se verifica na aludida decisão (BRASIL, 2004, *online*):

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Observe-se que a decisão em comento trouxe elementos da Teoria dos Precedentes que servem de parâmetro para futuros casos análogos, pois a *ratio decidendi* está na não comprovação por parte do Estado de algum dos referidos requisitos do binômio para que seja sustentado o argumento da reserva do possível em consonância com seu dever de formular e executar políticas públicas que possibilitem esse acesso ao direito à saúde.

Esta pequena parte da decisão já seria suficiente para que em questões estritamente similares se utilizassem do referido precedente judicial, vindo do Supremo Tribunal Federal, o que fomenta a força deste precedente.

Na doutrina do *Stare decisis*, a utilização dos julgamentos anteriores em decisões posteriores não significa uma imposição legislativa. A dificuldade no entendimento de que o magistrado não estaria criando regras, mas sim um “ganho hermenêutico com força variável” (LOPES FILHO, 2017, *online*), serve como demonstração da dificuldade na concepção da Teoria dos Precedentes.

Por exemplo, o referido instituto da reserva do possível, até então, era de desconhecimento do grande público jurídico brasileiro, considerando que sequer consta explicitado no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de um instituto jurídico oriundo do Direito alemão.

Após esta decisão, entretanto, diversos magistrados passaram a utilizar a razão de decidir (*ratio decidendi*) do ministro Celso de Mello e se utilizaram deste precedente judicial.

Sobre isso, citem-se decisões da própria Suprema Corte, que se utilizaram do precedente, como a ADI 6129 MC, de relatoria do ministro Marco Aurélio, ARE 727864 AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ARE 745745 AgR, de relatoria do ministro Celso de Mello, STA 223 AgR, de relatoria da ministra-presidente Ellen Gracie, dentre outras que tratam sobre fornecimento de tratamento de saúde, afastando o argumento da reserva do possível com base na ADPF nº 45.

Ressalte-se, que, no período da referida ADPF nº 45, as decisões da Suprema Corte seguiam a regra de concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde requeridos, independentemente do seu custo, fazendo com que a judicialização da saúde mudasse de patamar e fosse proliferada.

Importa referenciar outra importante decisão na formação dos precedentes judiciais na saúde, que foi a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91, de relatoria da então ministra-presidente Ellen Gracie, que suspendeu decisão concedida que determinava ao

Estado de Alagoas o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Wang (2008, p. 543-544) destaca a ideia de que, até esta decisão, não havia julgados ou até mesmo votos da Suprema Corte contrários à concessão de tratamentos de saúde:

Até a STA 91, todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante. Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Outro ponto interessante é que as ações eram todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.

E esse ineditismo da decisão representa um avanço jurisprudencial muito pela fundamentação da Corte, em consequência da limitação de recursos e da imprescindibilidade de contenção dos gastos públicos para que fosse possível uma sistematização para o atendimento de um maior número de pessoas.

A então ministra-presidente do STF, Ellen Gracie, apontou na decisão que o artigo 196 da Constituição Federal, ao assegurar o direito à saúde, “[...] refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. (BRASIL, 2007, *online*).

No caso, tem-se uma superação do precedente judicial da ADPF 45, ou seja, um avanço do entendimento anterior, ou *overruling*, como explica Ravi Peixoto (2018, p. 203):

[...] *overruling*, denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento; técnica que é essencial para qualquer sistema de precedente, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, **a superação de precedente, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o stare decisis, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito.** (Grifou-se).

Conforme sustenta o referido autor, não há uma inutilização do precedente anterior, pois, como mostrado, algumas das citadas decisões que citaram o precedente da ADPF 45 são julgados de mais de dez anos posteriores a esta decisão, ou seja, vai depender de cada caso concreto. A referida decisão da STA 91, contudo, representa um avanço na discussão do assunto da judicialização da saúde, pois remansou constatado o fato de que uma decisão judicial que implica diretamente no funcionamento de outras instituições e que influencia a própria peticionante, deve ser sistemicamente analisada no caso, um sistema que é isonômico e garante o máximo possível a todos igualmente.

Somando ao que está sendo expresso, Wang (2008, p. 551) percebe essa superação do precedente judicial, mesmo que não se mencione a própria ADPF 45:

As decisões após a STA 91, por sua vez, apesar de não citarem a ADPF 45 como precedente, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde versus questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta. Nesse sentido, pode-se dizer que houve ganhos qualitativos em razão da melhor qualidade da argumentação. Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões. Contudo, como foi mostrado, ainda não se tem muito claro com base em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão para definir, em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento pedido.

É certo que, havendo melhoria qualitativa nas decisões, na medida em que casos similares surgem, os julgadores passam a verificar outras perspectivas para a tomada de decisão, pois, apesar da similaridade do caso com um determinado precedente judicial, outros fatores devem ser percebidos. Sendo assim, conforme a própria visão dworkiniana, aqui discutida, o precedente não seria uma regra, mas usado como analogia.

Sobre isso, outro caso deve ser visto como um marco dos precedentes judiciais na saúde, pois se trata de uma discussão similar à ocorrida na ADPF 45 e na STA 91, visto que é relacionado ao direito à saúde de um cidadão em face do Estado e da sua argumentação de dificuldade financeira. A maneira, porém, como o STF resolveu o caso e, assim, justificou a sua tomada de decisão, serve, também, como um importante precedente judicial, inclusive, visto como uma superação de precedente, que foi o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA AgR) 175.

Bonasoli (2018, p. 38), em trabalho que analisou o referido caso, contextualizou o esforço feito pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes para chegar a uma decisão mais próxima da realidade institucional, ao convocar diversas instituições para uma audiência pública com o fito de julgar vários casos relacionados com a judicialização da saúde, dentre eles o referido STA AgR 175:

Nesse contexto de incerteza e levando em conta o significativo número de ações versando sobre o tema da saúde que alcançaram o STF, o então presidente do tribunal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou uma audiência pública que teve lugar nos meses de abril e maio de 2009. Nesta oportunidade, foram ouvidas mais de 50 pessoas, dentre elas usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), médicos, técnicos de saúde, gestores públicos, advogados, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados e professores. Conforme consignou o Ministro, com base nas informações colhidas na audiência, pretendia-se formar um posicionamento da Corte que pudesse servir como um conjunto de critérios mais bem definidos a orientar as futuras atuações do Poder Judiciário quando em questão o direito à saúde. Dentre os processos de competência da Presidência que versavam sobre o tema, tramitava o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, cujo julgamento, à época, foi considerado paradigmático.

Esta referência foi incluída em seu julgado (BRASIL, 2010 *online*):

Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes enfatiza a não existência de aporte financeiro suficiente para a satisfação de todas as necessidades sociais, e que a formulação das políticas sociais e econômicas direcionadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas distributivas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça valorativa por área (o quanto disponibilizar e a quem atender), sendo vistas como escolhas políticas, o que a contextualizou como “escolhas trágicas” assinaladas por critérios de “macrojustiça”. Ou seja, a destinação de recursos para uma política, em vez de outra, concebe motivos como a quantidade da população impactada pela política escolhida, a maximização dos resultados, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado etc. (BRASIL, 2010, *online*).

Dessa maneira, a tutela jurisdicional de uma pessoa não deveria prevalecer perante o sistema de saúde como um todo, sendo, assim, *prima facie*, além de ser uma regra condicionada em relação ao SUS. Por outro lado, em seu voto, também concebe que a não efetivação do direito à saúde decorre da má execução da Administração Pública, bem como em sua alocação de recursos, conforme percebido nas audiências públicas que teve, também, com gestores públicos.

Assim, um grande avanço jurídico nas decisões sobre a judicialização da saúde, além da discussão interinstitucional, está na consignação do ministro Gilmar Mendes de que, havendo alternativa de tratamento a ser fornecido pelo SUS, não deveria o magistrado conceder a petição requerendo tratamento não disponibilizado pelo Ente público, considerando que a finalidade em questão, que é o tratamento da doença, estaria sendo atendida pela alternativa do SUS, fora a questão financeira de racionalização do gasto público.

Não havendo tal disponibilização pelo SUS, os critérios seriam desde o tratamento experimental, desde que o requerente fique ciente da pesquisa médica, e, quando se falar de um tratamento novo, não fornecido pelo SUS, mas cientificamente comprovado, que se desse a tutela judicial, como cita na decisão que está sendo abordada (BRASIL, 2010, *online*):

[...] podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

[...]

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Ademais, itens que não possuíssem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foram vedados de fornecimento à população pela Administração Pública, sendo, portanto, o referido registro na agência condicionante para atestar a segurança e a vantagem do produto, considerando o primeiro dos requisitos de incorporação do SUS.

Dessa maneira, percebe-se mais um grande avanço no estudo dos precedentes judiciais na saúde, bem como na sua formação, considerando que a mesma discussão persevera nos anos posteriores, com debate atual sobre temas como o subfinanciamento, quando o Ministro àquela época, já enfoca na audiência pública e em seu voto como uma das causas da judicialização da saúde ser o baixo orçamento investido. Outro tema em pauta atual é a discussão sobre o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, assunto esse que terá destaque ainda neste estudo, assim como temas relacionados à alternativa de procedimentos pelo SUS.

Desse modo, compreende-se o que significou tal decisão, com seu caráter interinstitucional para que chegasse a critérios mais factuais com a realidade política e administrativa dos poderes públicos.

Como no STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui intensa influência no desenvolvimento do assunto dos precedentes judiciais na saúde, especialmente no Tema repetitivo nº 106, de relatoria do ministro Benedito Gonçalves, com tese firmada sobre a concessão dos medicamentos não incorporados no SUS e seus requisitos, de modo que merece destaque e discussão sobre o avanço que trouxe na temática, considerando as citadas decisões do STF, verificando a sua tecnicidade e integridade.

2.2.2 Tema repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça e seu caráter íntegro

Referidos julgados do STF demonstraram que, à medida que o tema é discutido pelo Tribunal, perpassando fatores “multifacetados”, faz com que os precedentes judiciais tenham avanços naturais. Citam-se os fatores como a transição dos membros da Corte, os novos julgadores com os conceitos jurídicos e sociológicos distintos, assim como a

mudança de épocas com a percepção de que o Judiciário ajuda os cidadãos a alcançar seu direito fundamental à saúde.

O desenvolvimento do avanço jurisprudencial demonstra um crescente empenho dos tribunais superiores em tentar solucionar o tema da judicialização da saúde, haja vista que, nos votos dos ministros, se percebe o caráter dialógico com instituições que participam da discussão da matéria.

Dessa maneira, determinados assuntos, depois de decididos, são passíveis de mudanças, a exemplo a da referenciada decisão que nega tratamento de saúde à pessoa por não haver disponibilidade no SUS, assim como dentro dos assuntos discutidos há novas circunstâncias, como a última decisão abordada que trata sobre o fornecimento dos tratamentos de saúde não disponibilizados pelo SUS e seu não provimento.

Evoluindo no mencionado assunto da concessão de, no caso, medicamentos não constantes nos atos normativos do SUS, o STJ, entretanto, julgou o Recurso Especial nº 1.657.156-RJ/2-17 em face da decisão de Tribunal de Justiça, que confirmou sentença não proferindo apelação em caso demandado contra o Estado do Rio de Janeiro, para fornecimento de medicamentos a fim de tratar o glaucoma.

Mencionada tese é considerada uma *leading case*, o que significa, nos termos da Teoria dos Precedentes, “[...] uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” e que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”, como explica Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 40-42).

Referido processo foi o selecionado pelo STJ para ser decidido em sede de recursos repetitivos, considerando, assim, uma afetação, nos termos do art. 1.036, *caput*, do CPC, havendo a suspensão dos demais processos que versam sobre a mesma questão, nos moldes que se verifica na ementa (BRASIL, 2017, *online*):

ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS.

1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016).

A respeito dos temas repetitivos e a referida afetação para todas as decisões análogas, cabe destacar, conforme assenta no próprio Acórdão o ministro relator Benedito Gonçalves (2017, *online*), que:

[...] o recurso repetitivo deve fixar-se tão somente na questão do fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. Isso porque os autos tratam tão somente dessa temática, não podendo o julgamento do caso repetitivo extrapolar os limites fixados pelo acórdão da Corte de origem e tratados na petição do recurso especial, sob pena de vulneração indevida do necessário requisito do prequestionamento.

Sendo assim, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em tela firmou a tese que serviu de parâmetro de julgamento para todas as decisões afetadas, de modo que, apesar da generalização aplicada, e considerando a abordada teoria dworkiniana do Direito como integridade, houve uma decisão de caráter íntegro que buscou atender isonomicamente à sociedade no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos que não constam no protocolo do SUS.

Posto isto, com o tema repetitivo 106, o STJ firmou a tese, em acórdão dos embargos de declaração, para permitir o fornecimento desses medicamentos, desde que atendam três requisitos, de tal sorte a justificar o fornecimento, por parte do Poder Público, de fármacos que não constam nos protocolos do SUS, e, com efeito, resguarda os direitos de saúde do cidadão, usuário, que precisa, necessariamente, daquele medicamento. Por isso, o primeiro dos requisitos é (BRASIL, 2018, *online*):

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

O médico prescritor possui uma enorme responsabilidade, ao explicitar isso em seu relatório médico, pois haverá, de qualquer modo, um choque orçamentário no Poder Público, porque, além de não ter incorporado à lista de medicamentos do sistema de saúde pública, terá de adquiri-lo em razão da decisão judicial. Vale dizer, nesses casos, não há previsão de aquisição desses medicamentos, de modo que não existe um planejamento licitatório, nem uma Ata de Registro de Preços interna com esse determinado item, tendo que, até mesmo, adquirir por meio de dispensa de licitação, considerando a urgência imposta por decisão judicial.

Além disso, o fármaco geralmente tem elevado custo, fato esse que aumenta o choque orçamentário público, de tal maneira que se apresenta o segundo requisito firmado judicialmente que é o da “ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito” (BRASIL, 2018, *online*), porquanto medicamentos muito

específicos tendem a ser caros e, ainda que seja de classe social alta, o cidadão não consegue custeá-lo, e, com efeito, a judicialização da saúde tende a crescer.

Por outro lado, a importância desse requisito é que, nas petições protocolizadas, necessariamente, deve existir o cálculo do valor desse medicamento e uma pesquisa de mercado, a fim de racionalizar esse custo, que já tende a ser elevado, mas sendo ele o valor justo do fármaco.

Por fim, por mais que se pese a garantia fundamental à saúde para a população, o Tribunal deve se atentar às instituições especializadas, o que significa garantir a saúde à sociedade, pois, se há validação do medicamento pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, existe um atestado científico de que o produto possui segurança para ser fornecido. Portanto, o terceiro requisito é a “iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”. (BRASIL, 2018, *online*).

O magistrado, vislumbrando as instituições e suas especialidades, está criando regras para essas situações complexas como a do fornecimento de medicamentos não constantes nos protocolos do SUS, em que a causa de pedir é o risco à vida de um paciente, recepcionando os princípios fundamentais da comunidade política, como um todo, ou seja, de maneira isonômica e íntegra.

Na obra *O Império do Direito*, Ronald Dworkin (1999, p. 119-120) defende a ideia do Direito como integridade nessas decisões que buscam um sistema isonômico, como se discute nesta dissertação:

[...] supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna na sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce.

Significaria, portanto, verificar que um sistema que é isonômico e garante o máximo possível a todos igualmente seria mais íntegro, no ponto de vista de uma decisão judicial, do que simplesmente assegurar o referido medicamento naquele caso concreto.

Ao comparar, todavia, o referido acórdão com a Teoria dos Precedentes, percebe-se uma preocupação excessiva com o futuro, sem notar os precedentes em curso, como os discutidos no próprio trabalho, apesar de apresentar um avanço jurisprudencial, conforme a própria teoria dworkiniana sugere.

Sobre isso, conforme visto no início deste capítulo, Juraci Mourão Lopes Filho (2020, p. 274) expõe que o paradigma aduzido por Dworkin “[...] comprova ao mesmo

tempo o maior avanço, mas também a insuficiência deste para o constitucionalismo contemporâneo”, e em seguida acrescenta:

Ainda que tenha visão retrospectiva, não se limita a uma busca do que foi feito, mas se ocupa com o presente e mesmo com o futuro. Não se atenta para o que ‘foi posto’ (‘imposto’) ou ao que ‘foi feito’ pela ‘corte emissora’ ou como a ‘aplicadora’ procederá. **Busca uma integridade dos elementos subjacentes do precedente que guiaram sua formação, compatibilizando-o com a nova resposta a ser dada na aplicação.** (Grifou-se).

Além do que foi exposto pelo autor, também são notórias divergências nas teorias, principalmente, no que tange a este trabalho, no que é pertinente aos elementos formais de determinação da força hermenêutica do precedente, no qual Lopes Filho (2020) defende a ideia de que sejam considerados os precedentes principalmente se advindos de tribunais superiores ou relacionados ao rol de elementos de força hermenêutica.

Maués (2012, p. 618) expressa que, “[...] de acordo com a coerência de princípio exigida pela integridade, a aplicação do precedente depende de que seu fundamento seja adequado àquele caso particular e não entre em conflito com outros princípios”.

Desta feita, após apontar as dificuldades, mas com as tentativas de lidar com a realidade da judicialização da saúde com precedentes judiciais cada vez mais consolidados, passa também pelo Judiciário a participação nesta organização com decisões que tragam integridade ao direito à saúde.

Cita-se, também, a título de exemplificação de decisão equânime na perspectiva da sociedade, e coerente na abordagem com os sistemas de saúde privado e público brasileiros, o julgado do Supremo Tribunal Federal em que tratou sobre o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, como outro avanço nos precedentes da saúde e que merece destaque na análise.

2.2.3 Decisão do STF no Recurso Extraordinário 657.718 que cria requisitos para o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário 658.718⁶, de relatoria do ministro Marco Aurélio, interposto pelo Estado de Minas Gerais, que discutiu a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamento não registrado na ANVISA, havendo repercussão geral da questão suscitada, tendo em vista

⁶ A decisão está no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br.

a divergência entre o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA e o direito à saúde.

A referida ação se trata de uma obrigação de fazer requerida por paciente portadora de doença renal crônica, que evoluiu para hiperparatireoidismo secundário, em face do Estado de Minas Gerais para fornecimento de Mimpara® 30mg (Cloridrato de Cinacalcete) para todo o tratamento, já havendo registro nas agências dos Estados Unidos (*Food and Drug Administration – FDA*) e da União Europeia (*European Medicine Gency – EMEA*), mas sem o registro na Agência brasileira.

Destaca-se que não ter o registro na ANVISA não significa que o medicamento foi rejeitado por ela, mas que sequer foi apreciado. Então, em um espaço de um mês, tal medicamento não pode ser comercializado nem distribuído, sem ser alternativa a um paciente que necessita daquele tratamento medicamentoso para que sobreviva por questões burocráticas.

Frise-se que, em 2019, a Quarta Turma do STJ já havia decidido que os planos de saúde deviam pagar pelo *off label* de medicamento registrado na ANVISA, vale dizer, pelo medicamento cuja indicação do profissional assistente diverge do que consta na bula.

Neste último caso, apesar de a operadora contestar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que deu provimento ao pedido de uma beneficiária que precisava usar medicação fora das hipóteses da bula em tratamento da doença trombocitemia. Assim, foi entendimento do STJ (2018, *online*) que o *off label* corresponde ao uso “essencialmente correto de medicação aprovada em ensaios clínicos e produzida sob controle estatal, apenas ainda não aprovado para determinada terapêutica”, sendo concedido à paciente, nos termos de voto do ministro relator, Luis Felipe Salomão.

Nestas circunstâncias, a decisão da Corte Suprema brasileira no Recurso Extraordinário 657.718, considerou o voto do ministro Luís Roberto Barroso, no qual analisou tais burocracias para tentar resolver de modo sistematizado. Com isso, também verificou que, em outros países, o fármaco requerido era comercializado, de modo que o Ministro resolveu estabelecer requisitos mínimos para o fornecimento destes medicamentos, conforme se lê a seguir (2019, *online*):

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo

superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

A característica de integridade da referida decisão se verifica na preocupação com a organização institucional do Estado, além de salientar a regra geral no fornecimento de medicamento. Não produz, no entanto, uma generalização, ou seja, não se cria regra, se concebe uma justificação para se ter uma excepcionalidade como colocado, por exemplo, de se tomar como base registros em agências internacionais.

Salienta-se que, assim mesmo, se o SUS trouxer alternativa àquele tratamento, com base nos requisitos estabelecidos, esta passará a ser a opção utilizada, não impactando nas políticas de saúde.

Desse modo, percebe-se que os precedentes judiciais dos tribunais superiores possuem constante superação, pois questões como a aduzida no STJ acerca dos medicamentos inseridos nos protocolos do SUS e a abordada pelo STF sobre o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA denotam uma disposição dos magistrados em lidar com temas antes concebidos como regras para modular o entendimento, ao ponto de se garantir o direito à saúde ao cidadão – pois as causas de litígio da saúde, apesar de grande responsabilidade por parte do Estado, também passam por aspectos científicos, o que requer maior atenção do médico prescritor, e questões burocráticas como a verificada neste módulo da dissertação.

Portanto, para perceber a força dos precedentes judiciais, importa verificar o respeito a eles, por parte do Poder Judiciário, em suas instâncias inferiores, em relação às aqui tratadas, bem como o respeito por parte do próprio Tribunal, em situações em que não se verifica uma evolução da decisão, mas uma mudança de entendimento, como a seguir se examina.

2.3 O Respeito aos precedentes de tribunais superiores e avanços jurídicos

Em sua obra sobre os precedentes judiciais, Mitidiero (2016, p. 98) observa o princípio da segurança jurídica como característica essencial do Direito, já que relaciona o princípio à “[...] continuidade, e não imutabilidade, à possibilidade de antever

razoavelmente as consequências jurídicas por uma linha aplicativa coerente”. E complementa:

A segurança não se liga à previsão exata da aplicação como fruto de um raciocínio lógico e infalível, mas à possibilidade de conhecer as fontes normativas com anterioridade, escritas de forma clara e postas ao público e não ao conhecimento milimétrico da norma. Sua juridicidade não pressupõe a certeza absoluta, a precisão matemática ou a perenidade do direito. **A segurança como princípio jurídico relaciona-se, sobretudo, com a construção racional do direito, a partir da preservação de um mínimo de cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade.** (Grifou-se).

Seja expressa, com efeito, a ideia de que havendo justificação clara do direito que fora decidido, o público toma conta de que tal assunto possui jurisprudência pacificada sobre o tema e que, havendo desrespeito por uma parte, o direito será resguardado pelo Judiciário.

Uma das questões da saúde – aqui saúde suplementar - que, recentemente, vem passando por uma forte insegurança jurídica em sua discussão, é a respeito do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) que possuía jurisprudência predominante no sentido de que a natureza da lista de procedimentos imposta para os planos de saúde seguirem é de origem exemplificativa, ou seja, privilegia a cobertura mínima obrigatória, sem excluir outros tratamentos não previstos expressamente no rol.

O entendimento predominante é o acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do REsp 668.216/SP (2007, *online*):

De fato, não se pode negar o direito do contrato de estabelecer que tipo de doença está ao alcance do plano oferecido. Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor.

De efeito, o entendimento assim prevaleceu e o consumidor de plano de saúde que necessitasse de tratamento similar àquele disposto no rol da ANS tinha a segurança de que receberia o tratamento ou, caso o plano não fornecesse, haveria o direito de na usança assegurar seu procedimento de saúde.

Ocorreu, todavia, em decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, uma mudança de entendimento a respeito do assunto, em julgamento do Recurso Especial 1.733.013/PR, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, que produziu o seguinte posicionamento, conforme se lê na ementa a seguir transcrita (2020, *online*):

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL E NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

Assim entendeu a 4ª Turma do STJ pela taxatividade do rol da ANS, de modo que os planos de saúde só devem fornecer aquilo que consta na lista, outros procedimentos que não constem nela deixam a seguradora desobrigada do fornecimento.

Observe-se, também, que a decisão cita a superação do precedente judicial, o *overruling*, contudo, conforme aqui verificado, essa mudança de entendimento se constata como um avanço no estudo do assunto, de modo que outros exemplos citados demonstram que fatores de uma decisão não observados anteriormente passaram a ser analisados e julgados, de modo a buscar uma integridade, percebendo a sistemática jurídica e o próprio direito fundamental do cidadão.

É de relevo observar, pois, se houve uma evolução no direito, ou se apenas existe uma mudança de compreensão do assunto, o que traz robusta insegurança jurídica ao consumidor, diretamente prejudicado com a decisão.

Assim, buscando o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, bem como a segurança jurídica das seguradoras de plano de saúde, houve o julgamento no sentido de restringir o rol de procedimentos àqueles expressos na lista da ANS. A decisão, todavia, não pondera o direito fundamental da saúde, limitando apenas à relação de direito do consumidor.

Vale ressaltar que, nesse caso, a mudança na decisão do STJ, em vez de trazer um avanço jurisprudencial ou evolução do direito, configuraria uma afronta à estabilidade do direito, ou mesmo à segurança jurídica. Esse risco é explicado por Mitidiero (2016, p.

103): “A estabilidade, portanto, não quer dizer a imutabilidade do direito, mas sim o rechaço à mudança desprovida de critérios por sua perigosa afronta à liberdade e à dignidade das pessoas”. E complementa, esclarecendo o que se deve observar na mudança de entendimento jurisprudencial:

Com efeito, a estabilidade garante uma força *prima facie* ao direito estabelecido, dificultando a mudança, que passará necessariamente por um maior esforço argumentativo, além do respeito às posições firmadas e à confiança legitimamente gerada, para que se possa ter uma modificação juridicamente conforme ao princípio da segurança jurídica. É dizer, as razões para a modificação do direito devem ser tão boas que justifiquem mais do que a própria solução adotada: é necessário que sejam boas o suficiente para justificar o rompimento da estabilidade.

Logo, é de se indagar, a respeito, dois pontos centrais: (i) o efeito da referida decisão que mudou a compreensão do referido Tribunal, quando observada a consequência ocasionada, trouxe, ou não, insegurança jurídica ao público que necessita do plano de saúde? (ii) a decisão foi importante para que não haja o desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de plano de saúde, racionalizando os custos das operadoras, permitindo que estas não deixem de cumprir o básico?

As respostas a ambos os questionamentos tendem a ser afirmativas e trazer um benefício ao usuário, mas, por outro lado, não havendo a disponibilidade de tratamento de saúde pelo plano de saúde, ele deixa de ser uma via suplementar, e ocasionará uma busca imediata ao Sistema Único de Saúde. Frise-se que este não deixará de atender o direito universal do paciente, mesmo que não haja em seus protocolos ou registros na ANVISA, caso se cumpram os requisitos dispostos nas decisões apresentadas anteriormente, fazendo com que mais pessoas procurem o sistema público de saúde que já atende a população que não possui plano de saúde.

Portanto, na discussão do respeito aos precedentes, deve-se analisar a segurança jurídica da comunidade e até que ponto a superação do precedente provoca algum prejuízo à população.

O respeito aos precedentes se dá também pelas instâncias judiciárias inferiores que, tomando por base aquilo que fora decidido, com o que é apresentado no caso concreto, devem se atentar aos precedentes dos tribunais superiores.

O efeito causado nas instâncias mais elevadas do Poder Judiciário influencia diretamente nas decisões tomadas pelas comarcas de todo o País. Com efeito, municípios e entes estaduais são compelidos a fornecer quaisquer tratamentos de saúde, contudo, passando a adotar os critérios estabelecidos nos tribunais, por meio de seus precedentes judiciais mais recentes.

A título exemplificativo, a juíza da 2ª Vara da Comarca de Iguatu-CE (2019, *online*) referiu-se a acórdão, dentre outros, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que cita precedente do STF para fundamentar sua decisão, em situação similar de fornecimento judicial de tratamento de alto custo com alternativa disposta no próprio Sistema Único de Saúde, não devendo, assim, o Estado do Ceará custear de maneira diversa. Confira-se, a esse respeito, a ementa do acórdão em comento:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS/INSUMOS PARA TRATAMENTO DE DIABETES MELLITUS TIPO I. OPÇÃO DE TRATAMENTO MAIS DISPENDIOSO, MAS COM A MESMA EFICÁCIA DAQUELE FORNECIDO PELA REDE PÚBLICA. PRESCRIÇÃO POR PROFISSIONAL NÃO INTEGRANTE DOS QUADROS MÉDICOS DO SUS. AGRAVO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. 1. **A parte agravante optou por um tratamento mais dispendioso, mesmo em havendo fornecimento de método similar pelo SUS - Sistema Único de Saúde.** Havendo tratamento ofertado pela rede pública, ou seja, com o mesmo sucesso do solicitado, inexistente a obrigação do Estado em custeá-lo, pois ofenderia os princípios da universalidade e da igualdade. 2. Em geral, **deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.** 3. A indicação do tratamento deve ser prescrita por profissional integrante do quadro de médicos do Sistema Único de Saúde, que além de ter intimidade com o protocolo exigido pela Administração Pública, retrata a situação de hipossuficiência do paciente, o que ensejaria, pelo menos em tese, uma conduta positiva do Estado. Precedente do STF. 4. Recurso conhecido, mas desprovido. (Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO; Comarca: Conversão; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 13/12/2013) (Grifou-se).

Observe-se, nessa decisão, que não há uma recusa ou aceite absolutos na requisição de direito fundamental à saúde, mas sim uma relativização no provimento do assunto, pois verificar se o SUS, que já é o demandado na Justiça, possui tratamento similar e que trará a mesma eficácia na terapia da doença, é reconhecer a preocupação com o sistema de saúde, que significa, também, preocupação com o litigante, que é usuário do sistema.

Na mesma decisão ora apreciada, são referenciados os precedentes do STJ, aqui apresentados, que tratam sobre a admissão, pela Corte, do fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, mediante protocolos clínicos, quando as instâncias ordinárias verificam a necessidade do tratamento prescrito.

Por fim, após citar Acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará, a magistrada da 2ª Vara da Comarca de Iguatu-CE, definiu, na maneira como vinha refletindo em suas fundamentações (2019, *online*), nestes termos:

No caso dos autos, **nem mesmo hipoteticamente aduziu o requerente a imprestabilidade do método curativo proporcionado pelo estado.** E mais, foi ofertado o tratamento requerido, porém, **mostrou-se desnecessário para o caso, não podendo esta magistrada refutar o laudo de um profissional, ainda mais quando a requerente não trouxe qualquer elemento probatório que ensejasse isso.** Diante do exposto, considerando a fundamenta acima deduzida, ENTENDO POR BEM JULGAR

TOTALMENTE IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL, extinguindo o feito com resolução do mérito, tudo com base no art. 269, I, CPC e na jurisprudência dos tribunais pátrios. Revogo a tutela provisória anteriormente deferida. Custas e honorários a cargo do sucumbente, estes em R\$ 1.500,00 (mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC. Mantenho a condenação suspensa em virtude do benefício da justiça gratuita.

Como se percebe, o próprio Estado apresentou essa similaridade do tratamento por profissional médico e não houve comprovação contrária de sua eficiência, sendo assim causa para não procedência do pedido. Portanto, a antiga cultura jurídica de conhecer e deferir qualquer pedido vinculado à saúde, mostra-se evoluída, um avanço jurídico a superação do precedente da Suprema Corte brasileira.

Por outro lado, existem também decisões que, em sede de liminar, percebendo a probabilidade da presença do Direito, dispensa todo o procedimento de verificação de tratamento alternativo no SUS, por perceber se tratar de uma questão urgente, como se verifica em julgados de tribunais estaduais que, no tocante à prescrição ter sido feita por médico particular, não é capaz, por si, de obstar o fornecimento de próteses, medicamentos, insumos, procedimentos ou exames.

Isso é o que se verifica em julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2017, *online*) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (2017, *online*), a seguir transcritos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRESCRIÇÃO POR MÉDICO DA REDE PARTICULAR. IRRELEVÂNCIA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NO PRIMEIRO GRAU. PROBABILIDADE DO DIREITO DO AUTOR/AGRAVADO E PERIGO DE DANO COMPROVADOS. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO GUERREADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 6. Comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida ou para a melhora das condições de saúde do paciente, não obstante o fato de a prescrição ter sido feita por médico particular, é dever do Estado garantir a assistência integral ao indivíduo, inclusive com o fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento. 7. **Não se justifica que o agravado seja submetido à avaliação por médicos da rede pública de saúde para, somente após, receber os medicamentos de que necessita, haja vista que a concessão da tutela de urgência visa justamente minimizar os prejuízos causados pela demora do processo.** (...) (TJDF; AGI 2016.00.2.043964-5; Ac. 994.953; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo; Julg. 08/02/2017; DJDFTE 08/03/2017).

MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. Direito à saúde. Dispensação de medicamentos para Psoríase Geral. PRELIMINAR. Alegação de necessidade de prova pericial. E de inadequação da via mandamental. Inocorrência. Desnecessária a dilação probatória, já que demonstradas, de plano, as razões fáticas do pleito deduzido. **Documentos que independentemente de terem sido firmados por profissional da rede pública ou privada de saúde, têm igual validade. Médico é profissional legal e tecnicamente habilitado para prescrever o melhor tratamento ao paciente.** (...) (TJSP; APL 1003544-83.2016.8.26.0562; Ac. 10033908; Santos; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Relª Desª Flora Maria Nesi Tossi Silva; Julg. 30/11/2016; DJESP 26/01/2017). (Grifou-se).

Atualmente, porém, o magistrado tem acesso a fichas técnicas de cada medicamento por parte da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (CONITEC) para fins de comprovar a avaliação e a recomendação do referido fármaco, além do rol de outros medicamentos de mesma indicação disponível no SUS, de tal maneira que fica discricionário ao juiz determinar avaliação médica da rede pública ou acatar e determinar que o Estado adquira e forneça tal medicamento prescrito pelo médico privado.

Ainda assim, a jurisprudência que prevalece é aquela da precedência dos tribunais superiores, pois questões como a criação de varas específicas para a saúde trouxeram oportunidades aos magistrados para se especializarem e tomarem decisões mais compatíveis com os precedentes judiciais, inclusive no que concerne às pesquisas nas listas do SUS como a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais fornecidos pelo SUS (RENAME).

Duas decisões de tribunais de segunda instância comprovam a linha decisória acima. A primeira é o julgado do Tribunal de Justiça do Ceará (2016, *online*), da qual se extraiu a ementa a seguir:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF/88). PACIENTE PORTADOR DE EPILEPSIA (CID 10 G-40), NECESSITANDO FAZER USO DO MEDICAMENTO TRILEPTAL. FORNECIMENTO DEVIDO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FÁRMACOS SIMILARES QUE PERMITAM A SUBSTITUIÇÃO SEM PREJUÍZO AO TRATAMENTO DO PACIENTE. OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA PREENCHIDOS (ART. 300, NCPC). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (...) 3. Dito isso, é importante ressaltar que a Constituição Federal, em seus artigos 6º e 196, prevê o dever da Administração Pública de propiciar ao cidadão o exercício de seu direito à saúde, atendendo a um dos pilares da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para que seja eficaz, tal direito deve ser passível de exercício imediato, sem qualquer sujeição a questões de ordem administrativa, nos casos em que a falta de assistência implicar em risco de comprometimento à vida do paciente ou de agravamento do quadro apresentado. 4. Foi sob esse enfoque que no caso em apreço o MM Juiz de primeiro grau concedeu a tutela de urgência vindicada, na medida em que restou comprovado por meio do receituário de pág. 30, da lavra de profissional regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina, a necessidade do fornecimento do medicamento trileptal para o tratamento da enfermidade que acomete o substituído (epilepsia - CID 10 G-40). **5. Lado outro, sabe-se que havendo alternativa disponível para o medicamento requerido e ausente vedação expressa, a substituição do fármaco é medida razoável, por ser menos oneroso aos cofres públicos.** No entanto, para tal desiderato, é necessária a comprovação por meio de relatório médico emitido por profissional devidamente habilitado ou outro documento idôneo que ateste a existência de droga genérica ou outra com igual princípio ativo, possuindo a mesma eficácia do fármaco vindicado (trileptal), ônus do qual o ente municipal não se desincumbiu. 6. Não ofende a independência dos Poderes a decisão judicial que, com base na Constituição, determina o fornecimento de medicamento, vez que a Carta Política ao estabelecer um sistema de pesos e contrapesos para possibilitar o controle recíproco como forma de conter abusos, instituiu o direito de ação do cidadão para tornar efetiva essa garantia. **Precedentes do STF e do STJ.** (...) (Relator(a): LISETE DE SOUSA GADELHA; AI nº 0624524-14.2016.8.06.0000;

Comarca: Granjeiro; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 12/12/2016; Data de registro: 12/12/2016). (Grifou-se).

A segunda decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2015, online), conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO À SAÚDE. ESTADO DE MINAS GERAIS. Oxcarbazepina (auran (r), trileptal (r)). Ausência de padronização do fármaco e da existência de similares. Relatório médico que afirma a imprescindibilidade do fármaco requerido. Manutenção da sentença. Fenobarbital (gardenal (r)). Fornecimento de medicamento. Dispensação pelo município. Legitimidade passiva. Orientação atual do STF. Direito indisponível. Ministério público. Legitimidade. Necessidade comprovada. Utilização de outros remédios. Ineficiência. Sentença confirmada. Deve ser mantida a parte da sentença que determinou o fornecimento dos fármacos oxcarbazepina (auran (r), trileptal (r)) e fenobarbital (gardenal (r)) para tratamento de epilepsia, **quando o estado de Minas Gerais não produziu prova idônea das alternativas terapêuticas existentes no SUS, mormente considerando o teor do relatório clínico que afirma a imprescindibilidade do medicamento.** O STF firmou tese no sentido de haver responsabilidade solidária dos entes federados propiciarem o tratamento médico adequado aos necessitados, de modo que são todos eles legítimos para figurar no polo passivo da lide que visa a concretização de direitos relacionados à saúde. A análise e prescrição do profissional médico que acompanha o tratamento deve prevalecer sobre a indicação de utilização estabelecida pelo estado, não se acolhendo como justificativa o fato de, mesmo dispensado na rede estadual, o medicamento não seja indicado para a doença do demandante. (TJMG; AC-RN 1.0699.10.001915-6/003; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; Julg. 25/08/2015; DJEMG 01/09/2015). (Grifou-se).

São duas decisões com resultados distintos, mas com a mesma razão de decidir, pois se verifica a possibilidade de alternativa disponível para o medicamento, de modo a ser menos dispendioso aos cofres públicos. No primeiro caso, comprovou-se haver alternativa, diferentemente do segundo, em que o Estado não consegue apresentar nem averiguar constar em seus protocolos.

Importa destacar, também, o fato de que, em todas essas decisões, apesar de cometida apenas a uma entidade federada a obrigação no fornecimento, sempre se faz referência à responsabilidade solidária de todos os entes políticos da República Federativa do Brasil, mas tal matéria será mais discutida no próximo capítulo, considerando que será tratada sobre a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais e sua internalização, especificando o Estado do Ceará.

Acerca, porém, da referida responsabilidade do fornecimento de cada ente federativo, existem precedentes judiciais que comprovam as competências no fornecimento de cada tratamento por entidade.

Antes de ser julgado pelos tribunais, entretanto, já se existe uma organização administrativa nesse sentido, de modo que, mais uma vez, se nota a atividade jurisdicional nas políticas públicas e, cada vez mais, a necessidade de em suas decisões ter um maior

caráter interinstitucional e técnico, para que seja incorporado na atividade administrativa, como será verificado a seguir.

3 A INTERNALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA VINCULAÇÃO NA ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

Como visto, as decisões judiciais vêm se atualizando para tentar criar, na perspectiva dworkiniana, uma cultura jurídica de direito como integridade, de modo a examinar a estrutura administrativa e procurar meios de resguardar os direitos dos cidadãos, com ajuda da ciência, e reduzindo coisas menores, como, por exemplo, a mera burocracia.

Ainda assim, contudo, existem inúmeras situações que causam uma ruptura na organização administrativa que, por mais que o Ente público se empenhe em prever a situação, vê sua tentativa de resolução do assunto sofrer desvantagem. Não somente com algumas decisões judiciais que surpreendam, pois, como visto, o Tribunal pode estar com novo entendimento e causando insegurança jurídica, mas, também, em casos de difícil mudança de compreensão por parte do Judiciário.

Cita-se, com efeito, solidariedade dos entes federados no cumprimento do direito à saúde do cidadão, havendo uma organização de divisão de competências por parte desses entes, mas que, a depender do caso concreto, é direcionada a responsabilidade de maneira distinta pelo Judiciário, prejudicando determinados sistemas de saúde públicos em detrimento de outros.

Neste capítulo é analisado o caso do Estado do Ceará no fornecimento de medicamentos e tratamentos para oncologia, que são de competência da União, em que seu embasamento seria a estruturação feita em Comissão Intergetores Tripartite, mas que o Judiciário, por vezes, não segue essa organização institucional, trazendo precedentes judiciais que obstaculizam sua estruturação administrativo-financeira.

Ademais, importa discutir, neste capítulo, com base nessa situação e em outras similares, a vinculação dos precedentes judiciais e administrativos na seara do Poder Executivo, de modo que eles venham a ser internalizados voluntaria ou forçosamente, como será estudado.

3.1 Organização das competências dos entes federativos no fornecimento de medicamentos e tratamentos na saúde

3.1.1 A Distribuição de competências para o fornecimento de tratamento de saúde e as capacidades institucionais do magistrado

O Texto Constitucional traz em seu artigo 23, II, que trata sobre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o cuidado à saúde, introduzindo um federalismo solidário, ainda que, no art. 30, VII, dispôs ao município a competência na execução dos serviços de saúde, mas em cooperação técnica e financeira com a União e o Estado.

Ademais, a Seção da Constituição Federal que trata sobre a saúde, especificamente no art. 198, assim como a própria legislação federal do SUS, isto é, a Lei nº 8.080/90, preveem que os serviços de saúde devem ser constituídos em uma rede regionalizada e hierarquizada, sendo ela descentralizada em cada esfera de governo.

Dito isso, deve-se ressaltar esta atribuição do município, ente que dispõe de menos recursos financeiros e administrativos, onde, apesar da cooperação técnica e financeira dos demais entes com ele, não consegue ter êxito em sua prestação do serviço de saúde pública, em razão, também, de uma excessiva demanda, situação esta passível de ser letal aos anseios da população em um sistema de saúde organizado.

Soma-se a isso o fato de que os municípios são os mais sacrificados nos gastos com a saúde, pois seu mínimo constitucional de recursos a serem aplicados na área é superior ao da União (10%) e dos Estados-membros (12%), sendo o dos municípios de 15%. Em 2012, conforme Dresch (2014, p. 31), foram também os entes que mais arcaram proporcionalmente, dado que “[...] os Municípios gastaram em média 21,45% de receitas próprias, os Estados-membros investiram em média 12,69%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB”.

Mais recentemente, ainda antes da pandemia de 2020, em 2019, a despeito de uma crescente no tocante ao investimento da União, com participação de 43%, passando, com efeito, a ter o maior percentual de gastos em saúde, ainda assim, os municípios superaram os Estados-membros com 30% perante 27% destes.

No período da pandemia de 2020, ficou mais transparente essa situação de desvantagem por parte desse ente municipal. É que, conforme dados do Tesouro

Nacional⁷, no monitoramento da participação da União no Combate ao vírus da COVID-19, foram gastos pelo Ente federal, até dezembro de 2020, o total de quinhentos e dez bilhões e novecentos milhões de reais, dos quais setenta e oito bilhões e duzentos milhões de reais foram só de auxílio financeiro aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Além disso, houve outros gastos federais que impactam indiretamente tais entes como o Auxílio emergencial para as pessoas em situação de vulnerabilidade (R\$ 293,99 bilhões), dentre outros.

Isso demonstra a necessidade de um maior apoio por parte da União nas questões inerentes à saúde que, como o referido período da pandemia demonstrou, é uma área muito onerosa e que necessita de ações emergentes, de modo que, além do repasse financeiro, necessita-se de uma participação efetiva da União na execução de atividades da assistência à saúde.

Dessa maneira, além do fato da maior receita existente por parte da União em relação às outras entidades federadas, e do Estado, em comparação ao municipal, tem-se a necessidade da repartição de competências entre eles, na tentativa de tornar o sistema de saúde público eficiente.

A competência comum entre os entes é explicada por José Afonso da Silva (2007, p. 273) como aquela em que “[...] a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra - até porque aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir função pública de prestação de serviço à população”. Ora, na falta de condições de um prestar, quando comprovado, o outro deve ser compelido a fornecer o serviço, de modo que o cidadão judicialmente litiga em face dos três entes federativos.

Se, no entanto, há competências já distribuídas pela Constituição Federal de 1988, o caminho da prestação do serviço tende a ser mais eficaz e, em caso de litigância até mais célere no que tange à escolha de qual ente irá prestar o serviço.

Destaca-se o fato de que a própria Constituição Federal já estabelece o meio para essa organização por parte dos entes políticos. Assim, é constitucional a estruturação institucional distribuída entre as partes, tendo, por conseguinte, que o Poder Judiciário respeitar essa ordenação. Havendo, contudo, falta na prestação do serviço por parte de um dos entes federados em sua competência, este deve ser penalizado, e outro compelido à responsabilidade em atender a demanda judicial.

⁷ Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>

Sendo assim, a Comissão Intergestores Tripartite foi criada com a finalidade de gerenciamento das políticas públicas de saúde, assim como para cumprir com os preceitos do SUS no que concerne à regionalização da saúde, com uma ideia de cooperação, pactuação financeira, governança e responsabilização entre os gestores dos entes federativos.

Ademais, normas infraconstitucionais foram elaboradas para a regulação da assistência farmacêutica e a distribuição de cada tipo de tratamento por ente federativo, citando-se, aqui, algumas dessas regulamentações como a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, criada por resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 338, de 06 de maio de 2004, a Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME), organizada pelo Ministério Saúde e constantemente atualizada, com última Portaria, até então de número GM/MS 3.047, de 28 de novembro de 2019.

Por fim, cite-se a Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013, que dispõe sobre as normas de financiamento e de Componente Básico de Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS, assim como traz as atribuições de tratamentos de doenças por parte de cada ente federativo.

Em síntese, a assistência farmacêutica, incluindo insumos e outros instrumentos, voltados à Atenção Básica, é de responsabilidade dos municípios, de forma que, assim sendo, reúnem-se entre os itens de sua competência “[...] os medicamentos para atender aos programas como a hipertensão e diabetes (exceto insulina), asma e rinite, saúde mental, saúde da mulher, alimentação e nutrição e combate ao tabagismo”. (DRESCH, 2012, p. 47).

O financiamento para tais programas, entretanto, é distribuído solidariamente entre todos os entes federativos, e a seleção, programação, execução, aquisição, armazenamento e controle de estoque e prazos de validade, com distribuição e dispensação dos itens constante no programa são, além dos municípios, de responsabilidade dos entes estaduais e do Distrito Federal.

Outros programas, como é o caso do controle de tuberculose, hanseníase, doenças sexualmente transmissíveis, endêmicas locais, sangue e hemoderivados, dentre outras, possuem competência para o financiamento e o fornecimento de medicamentos por parte da União. A programação desses componentes estratégicos, porém, para a sua aquisição e reposição de estoque para distribuição e logística, é de competência dos Estados-membros e a programação dos componentes necessários para cumprir os programas estratégicos compete aos municípios (DRESCH, 2012).

Por fim, importa fazer remissão à responsabilidade no fornecimento de medicamentos e tratamentos de maior complexidade, como os de Oncologia e outros para tratamento de câncer. A Portaria nº 1554, de 30 de julho de 2013, que trata sobre esses componentes especializados, dispõe sobre a competência exclusiva da União e o financiamento desses medicamentos, constantes no referido documento.

Conforme fora apresentado nos dados anteriores sobre o volume financeiro que cada ente dispõe para custeio em saúde, fica esclarecido o porquê de medicamento de elevado impacto financeiro ser de competência da União, apesar da solidariedade constitucional entre os entes públicos para o custeio da saúde. Buscando, porém, a eficiência na prestação do serviço, é que a própria Constituição Federal e Legislação que trata sobre o SUS preveem o atendimento em rede regionalizada e hierarquizada. Isto é o que salienta Dresch (2012, p. 51):

O contingente populacional do Brasil e as desigualdades regionais evidenciam a assimetria federativa, de modo que não se pode imaginar o atendimento à saúde de forma centralizada no Brasil. Por isso se justifica a formação de redes regionalizadas e hierarquizadas com a distribuição de atribuições e repartição de competências entre os gestores da saúde.

Por tal pretexto, percebe-se que há uma organização de competências discutida pela Comissão Intergestores Tripartite com normas do Ministério da Saúde debatidas por conselhos gestores de saúde, o que deveria facilitar o usuário no meio de sua busca pelo tratamento adequado de saúde. Assim, registrando-se falta, no momento de litigar, se já não direciona para o ente competente, o próprio Judiciário entenderia a quem compelir. Deve-se examinar, contudo, se é de sua capacidade institucional compreender e definir certos temas.

A referida discussão da tomada de decisão do magistrado em preservar um direito e ter que agir fora de sua finalidade constitucional faz com que importe estudar sobre suas capacidades institucionais, já que, a exemplo, a organização de competências no fornecimento de medicamentos não passa por sua formação, pois se trata de uma discussão da gestão de saúde pública, dentre outras temáticas que chegam no dia a dia da sua atividade jurisdicional.

A respeito do assunto, na obra *Interpretation and Institutions*, de autoria de Cass Sunsteins e Adrian Vermeule, é discorrido exatamente sobre essa interposição do Poder Judiciário, buscando uma solução ideal, dentro das causas específicas que chegam, o que acarreta seu ativismo.

Sustein e Vermeule (2002, p. 23) fazem questionamentos a filósofos que trazem teorias sobre a forma em que decide o juiz e como definem um julgamento correto, em que os magistrados trariam a matéria legal para a sua decisão. Onde estaria, no entanto, o ponto de virada institucional? Seria a melhor, ou primeira melhor decisão? Assim respondem:

Nossa resposta mínima a essas perguntas é que, sem análise institucional, os primeiros melhores relatos não podem produzir conclusões sensatas sobre regras interpretativas. É impossível derivar regras interpretativas diretamente dos primeiros melhores princípios, sem responder às segundas melhores perguntas sobre desempenho institucional. Considere uma analogia. Em economia, a ideia do segundo melhor demonstra que, se não for possível obter uma eficiência perfeita, a eficiência não é necessariamente maximizada aproximando-se das primeiras melhores condições de eficiência o mais próximo possível; o segundo melhor resultado pode, em princípio, ser obtido afastando-se das primeiras melhores condições em outros aspectos. Da mesma forma, se um juiz imperfeito sabe que ficará aquém do padrão de perfeição definido pelo primeiro melhor relato da interpretação, não está claro que ele deva tentar aproximar ou abordar esse padrão o mais próximo possível.

Como se verifica, a análise institucional é uma condição para que se tenha uma melhor decisão, por mais que se tenha uma lei específica que trata sobre políticas públicas de saúde, como tratado anteriormente, precisa-se de um maior aprofundamento e de decisões que não fujam da situação real.

As críticas a diversos filósofos são inerentes às teorias ideais, que buscam a perfeição, distanciando-se da realidade, tendo em vista que são seres imperfeitos que julgam aquilo.

Diego Werneck e Fernando Leal (2011, p. 26), ao tocarem no tema, chamam de “juiz de carne osso”, em uma contrargumentação à ideia do juiz Hércules, corroboram a crítica: um juiz de carne e osso pode até não ser Hércules, mas a métrica utilizada para orientá-lo e criticá-lo continua sendo “Olímpica”.

Aliás, cumpre destacar que os próprios autores trazem uma das origens do modelo, chamado contrafático, do Juiz Hércules, da obra de Ronald Dworkin, que foi assim interpretada por Stephen Guest (2011, p. 28):

Defendendo o recurso à figura imaginada do Juiz Hércules, Guest argumenta que os economistas, por exemplo, trabalham com um modelo de “mercado perfeito” que também é contrafático. Essa comparação, porém, foge completamente do ponto relevante. Pois o “mercado” é uma idealização descritiva: os agentes econômicos reais que compõem o mercado real “imperfeito” não olham para o contrafático do “mercado ideal” para saber como devem agir. Eles simplesmente agem, e se, na maioria dos casos, essas ações se aproximam do que descreve o contrafático do “mercado ideal”, é um sinal de que é possível fazer predições mais ou menos acuradas do comportamento das pessoas. Hércules, ao contrário, é um parâmetro para crítica de toda e qualquer decisão judicial: diferentemente do que ocorre com os agentes econômicos e o “mercado ideal”, a teoria de Dworkin – como toda teoria normativa – pressupõem que os juízes devem tentar atingir o patamar de correção judicial de Hércules.

Percebe-se a incessante busca, como exemplo pela economia, para ilustrar o entendimento da melhor estratégia para a tomada de decisão, que não é a primeira melhor solução, mas, sim, a segunda, diante das capacidades institucionais, conforme entendimento dos doutrinadores.

Sobre tal argumento, ele é relacionado às “teorias normativas sobre a função judicial”, pois se estas são legitimadas como corroboram diversos autores, devem elas, assim, recorrer às instituições que sofreram impacto sobre a decisão do magistrado, que possui tal expertise no tema (ARGUELHES; LEAL, 2011).

Assim sendo, deve o juiz reconhecer o que lhe cabe ou, verificando como uma oportunidade de assegurar determinados direitos, tomar decisões razoáveis para que não cause um impacto negativo em outras áreas.

No capítulo anterior foi apresentada uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o magistrado não quis encaminhar o requerente ao médico do SUS, pois a prescrição do médico particular já era suficiente, tendo em vista ser especialista no assunto como o outro profissional, como grifado na citação e aqui relembra: “Documentos que independentemente de terem sido firmados por profissional da rede pública ou privada de saúde, têm igual validade. Médico é profissional legal e tecnicamente habilitado para prescrever o melhor tratamento ao paciente”. (SÃO PAULO, 2017, *online*).

Considerando decisões como essas, vê-se a importância do estudo da temática, pois, também, o magistrado não deve perder sua discricionariedade e seu livre convencimento, valendo-se, apenas, de uma opinião de um especialista, passível de imparcialidade.

Acerca disso, importa referenciar o livro *Lógica Informal*, de Douglas N. Walton (2012, p.253-255), que traz diversos exemplos de apelos ao testemunho de especialistas no tribunal estadunidense concordando na importância de sua participação, mas que é confiável a sua imparcialidade:

O uso de apelo à autoridade aumentou nos tribunais, que, hoje em dia, a maioria dos grandes julgamentos envolve algum tipo de depoimento especializado. Especialistas médicos, psicólogos, peritos em balística, estatísticos e cientistas de todos os tipos são chamados para depor sobre todos os tipos de aspectos.

[...]

Assim, Segundo Imwinkelried (1986), houve um rebaixamento gradual dos padrões relativos à introdução, nos tribunais, de provas fornecidas por especialistas. Com isto, estes podem tirar conclusões livremente, sem sofrer contestações. O problema é que os novos padrões liberalizados têm obrigado advogados, juízes e jurados a avaliar o mérito de teorias científicas, mesmo não sendo especialistas na área.

Para ilustrar, menciona-se decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2018, *online*), que rejeitou laudo pericial em assunto que tratava sobre incidente de insanidade mental, conforme ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. LAUDO PERICIAL. REJEIÇÃO PARCIAL. LIVRE MOTIVAÇÃO DO MAGISTRADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Conforme o princípio do livre convencimento motivado e consoante o disposto no art. 182 do Código de Processo Penal - CPP, o laudo pericial não vincula o magistrado, que poderá aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, desde que o faça em decisão validamente motivada, o que restou observado no caso em apreço. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1536612 RS 2014/0288883-8, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 07/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2018).

No contexto das capacidades institucionais nos julgados da saúde, decisões de magistrados que causam impacto não somente àquele particular, mas julgando um caso de um particular, traz choque a toda a coletividade, o que deve ser verificado pelo juiz.

Este ponto leva ao pressuposto metodológico do tema das capacidades institucionais, o consequencialismo, ou seja, diante de uma circunstância de compreensão da temática da discussão, é dever do magistrado tomar a decisão da melhor maneira em um contexto geral, conforme esclarecem Arguelhes e Leal (2011, p.24):

Trata-se da ideia de que, tendo-se a especialização funcional como ideal e levando-se em conta a variabilidade fundamental das capacidades das instituições de atenderem a dados fins constitucionais, deve-se escolher uma teoria, concepção ou alternativa de decisão a partir das consequências que ela é capaz de produzir, direta ou indiretamente. Mais especificamente, a teoria requer que se considere como correta a melhor alternativa relativa, entendida como sendo aquela que promova, em um grau no mínimo idêntico ao de outras ações possíveis no momento da decisão, um determinado fim. Trata-se de um tipo de estrutura consequencialista de raciocínio. Nesse sentido, quando se entra no terreno das capacidades institucionais, não faz sentido apontar para uma dada obrigação, poder ou vedação jurídica constante de um texto legal como um elemento suficiente para optar por esta ou aquela alternativa decisória simplesmente porque uma das funções dessas formulações é impedir a consideração de quaisquer outros possíveis caminhos de decisão.

Para verificar este pressuposto metodológico, tem-se que compreender sua especialidade e sua funcionalidade, mas também a sua falibilidade, que passa pela confiabilidade de cada instituição para se verificar que aquele caminho por ela direcionada seria o melhor rumo a se seguir. Sobre isso, os referidos autores (2011, p. 20) explicam:

Nesses casos, comparam-se as aptidões de cada uma delas para se determinar qual instituição reúne as melhores condições para oferecer respostas para determinados problemas. Esse esquema geral, como se percebe, só faz sentido se existe alguma margem de dúvida a respeito da possibilidade de as instituições em consideração fornecerem as melhores respostas possíveis para problemas de certo tipo ou, no mínimo, de se determinar com certeza a probabilidade com que as decisões de diferentes

instituições podem promover determinado fim relevante. Se, à luz das capacidades de uma determinada instituição, não se questiona a sua aptidão para, por meio de suas decisões, promover os objetivos para os quais foi desenhada, análises a respeito dos seus méritos e deméritos relativos a outra(s) instituição(ões) perdem completamente o sentido.

A falibilidade do consequencialismo e, antes, do convencimento do magistrado é muito considerável e demonstra a linha tênue em que o magistrado se encontra para tomar decisões que causem repercussão ao nível de políticas públicas ou de legislações específicas, como a do trabalho, conforme sustentam *Vermeuele e Sunstein* (2011, p. 46):

Deve ficar claro que qualquer esforço para proceder dessa maneira deve prestar muita atenção a dois problemas. Primeiro, os juízes podem não saber o que estão fazendo. No mercado de trabalho, por exemplo, alguns observadores sugerem que as descargas arbitrárias são realmente raras, e que o direito de receber alta apenas por razões relacionadas ao trabalho não protegeria realmente os funcionários que mereciam, mas aumentaria o litígio sem mérito, sendo os funcionários as vítimas (por meio de salários ou emprego reduzidos). Qualquer mudança significativa na lei comum pode ter grandes efeitos sistêmicos no mercado de trabalho, e os tribunais não estão em boa posição para antecipar esses efeitos. No que diz respeito aos danos punitivos, não é tão claro que deva haver uma relação sensata, o tempo todo, entre a sentença compensatória e a sentença punitiva.

Portanto, o influxo também na lei comum causa efeitos sistêmicos na contextura econômica, o que traz novamente o debate da melhor solução possível em uma decisão para efetivar o objetivo geral.

Além disso, algumas são as decisões que demonstram a total desconsideração pela organização institucional, havendo atuação ativista por parte do Judiciário, neste estudo apresentando o que tange às competências dos entes federativos.

3.1.2 Atuação do judiciário em demandas de medicamentos e tratamentos de competência distinta do ente federado requerido

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo então Presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, de suspensão de tutela provisória, ajuizada pelo Município de Jundiaí, em face de decisão exarada pela Sexta Turma do Tribunal Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5002921-89.2018.4.03.0000, em 16 de maio de 2019, adentrou uma discussão sobre a Comissão Intergestores Tripartite, e determinou a suspensão do Município no financiamento de medicamento de alto custo e de alta complexidade, em que, entre os argumentos, afirmou que “[...] não há, ainda – do que se tenha notícia – definição da repartição de atribuições entre os entes na Comissão Intergestores Tripartite.” (BRASIL, 2019, *online*).

As questões observadas neste capítulo vêm desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a referida decisão foi julgada em maio de 2019. De lá pra cá existiram avanços ano a ano na discussão das competências, considerando a dificuldade de Estados e Municípios na prestação dos serviços à saúde, sendo, inclusive, explicitadas em portarias do Ministério da Saúde, e a Suprema Corte demonstra desconhecimento.

Outrossim, por mais que este trecho não seja a razão de decidir da causa, pois se viu que na matéria em si a Corte observou com sensatez por verificar exatamente a dificuldade dos municípios, a referida passagem da decisão é divisada como preocupante, dentro de um estudo sobre o Direito como integridade, e estar por desconsiderar um dos fatores institucionais mais importante na temática.

Desta maneira, o caso em pauta conforma um medicamento de alta complexidade e o próprio Ministro destaca em sua decisão que a responsabilidade é assumida exclusivamente pelo Ente federal, ou repartida entre Estados e União. Isto deixa a entender que, caso o Ente federal não forneça o referido medicamento, quem será determinado a fazer será o Estado.

Outro ponto que merece atenção é acerca da responsabilidade isolada de um ente federado perante a Justiça, isto é, apesar da solidariedade entre os entes, quando apenas um destes é requerido judicialmente, é passível de ser demandado em juízo para o cumprimento da obrigação que, em tese, seria de outro.

Nesse caso, caberia ao ente federado contestar acerca da competência de outrem, no entanto, o magistrado, em sede de tutela antecipada, já determina, assim mesmo, o fornecimento do tratamento de saúde pela entidade política requerida.

A título de exemplo, tem-se o Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no processo nº 0188620-87.2019.8.06.0001, que determinou ao Estado do Ceará o fornecimento de medicamento de oncologia, para tratamento de câncer de pulmão por parte da requerente.

Na referida decisão, a juíza relatora ressalta exatamente o princípio constitucional da solidariedade entre os entes em se responsabilizar pelo tratamento de saúde, de modo que, quando são requeridos isoladamente, cumprem a obrigação, conforme ementa (CEARÁ, 2020, *online*):

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSUAL CIVIL.CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.FORNECIMENTODEMEDICAMENTOS(TEMA106). OBRIGAÇÃO CONCORRENTE ENTRE OS ENTES DAFEDERAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. TUTELADA SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DOS ENTESPÚBLICOS. SENTENÇA CONFIRMADA.1. Tratam os autos de reexame

necessário em face de sentença que, ao apreciar demanda ajuizada em face do Estado do Ceará, julgou procedente o pedido, condenando o ente a fornecer medicamentos ao autor portador de neoplasia de pulmão.2. Pela literalidade do art. 23 da CF/88, constata-se que a União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetividade do direito fundamental à saúde, de modo que todos eles, ou cada um isoladamente, pode ser demandado em juízo para o cumprimento desta obrigação.3. A atuação dos Poderes Públicos está adstrita à consecução do referido direito, devendo priorizar sua efetivação face a outras medidas administrativas de caráter secundário. Trata-se do conhecido efeito vinculante dos direitos fundamentais.4. Neste desiderato, o Judiciário tem por dever não só respeitar tais normas, mas igualmente garantir que o Executivo e o Legislativo confirmem a elas a máxima efetividade. - Reexame Necessário conhecido. - Sentença mantida. (Processo nº 0188620-87.2019.8.06.0001. Comarca de Fortaleza. Relª. Desª. Rosilene Ferreira Facundo. Julgado em 19/10/2020, registrado o em DJCE 03/11/2020).

Portanto, apesar de existir o regime de competências entre os entes da Federação, o princípio constitucional da solidariedade permanece em questão no Judiciário, mesmo havendo previsão na própria Constituição Federal sobre a organização entre os entes na distribuição de responsabilidades.

Importa destacar que há respaldo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (2020, *online*) que fixou tese de repercussão geral nº 793 no recurso extraordinário nº 855178, que tratava da solidariedade dos entes federativos para o pagamento de medicamentos e tratamentos deferidos por decisão judicial. Na ocasião, foi firmada a tese de que:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Verifica-se, na referida tese, que todos os entes federados podem ser demandados solidariamente como litisconsortes passivos, devendo o magistrado direcionar o cumprimento da obrigação ao ente responsável, de acordo com a repartição de competências do SUS, fazendo com que, aquele ente não responsável financeiramente pela obrigação seja ressarcido por a quem ela competia.

Considerando tudo isso, tendo em vista o direito à vida como superior hierarquicamente aos demais princípios, conforme demonstrado em diversas decisões, caberia, então, ao Estado do Ceará requerer ressarcimento pelo custo do medicamento fornecido à União? Como será averiguado nas decisões a seguir, existem julgados que citam tal direito. Dessa maneira, como se verifica em outras decisões em que os três entes federativos estão envolvidos no polo passivo, existe a determinação de um ente ser

compelido na obrigação em demandas de medicamentos e tratamentos de competência distinta de sua responsabilidade institucional.

Em ações em que a União Federal é parte, juntamente com o Estado do Ceará, verificam-se os magistrados mais favoráveis ao fornecimento por parte do Estado-membro e ressaltando sua responsabilidade solidária. No caso de medicamentos oncológicos, de competência, aqui demonstrada, da União, já há um entendimento jurisprudencial em favor da participação U.F. em prestar todo o apoio necessário durante o tratamento, bem como o ressarcimento ao Estado.

Constata-se isso em decisões como a proferida pelo juiz da 3ª Vara da Justiça Federal, George Marmelstein Lima, no processo nº 0807465-97.2020.4.05.8100⁸, em que a parte requer, dos entes federativos, o medicamento VENETOCLAX de 600mg para o tratamento de Leucemia Mieloide Aguda (CID. 10 – C92.0). O magistrado impõe, assim, ao Estado do Ceará o fornecimento do fármaco, mas compele à União o suporte e o posterior reembolso financeiro ao Estado:

Por fim, considerando que também cabe ao Estado do Ceará, a gestão dos recursos destinados à saúde, o que favorece o célere e adequado cumprimento dos termos desta decisão, entendo que o comando contido nesta decisão deverá se dirigir também ao referido ente. Posto isso, DEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência antecipada, nos termos do art. 300 do novo CPC, a fim de reconhecer o direito do autor VALMIR BATISTA DA SILVA NEVES de iniciar o seu tratamento com o medicamento VENETOCLAX (VENCLEXTA ®), de 600 mg diário, a partir do 4º dia, por via oral, por tempo indeterminado, enquanto necessário para o tratamento da doença, nos termos da receita médica acostada a inicial, bem como os insumos e materiais necessários à realização do tratamento, devendo o fármaco ser fornecido no local onde a parte autora faz o tratamento, cabendo ao Estado do Ceará ultimar o fornecimento do medicamento, na forma prescrita pelo médico. [...] A União deverá prestar a assistência necessária ao Estado do Ceará, a fim de dar pleno cumprimento à presente decisão, devendo reembolsar, pro rata, os custos efetuados pelo órgão estadual. (Grifou-se).

Outra decisão também da Justiça Federal do Ceará foi a do Processo nº 0823628-89.2019.4.05.8100⁹, cujos entes federal, estadual e do Município de Fortaleza foram requeridos a fornecer ao paciente o medicamento NIVOLUMABE (OPDIVO) para tratamento de câncer de pulmão, em que a magistrada da 7ª Vara Federal, Karla de Almeida Miranda Maia, em decisão acerca do pedido de tutela, teve entendimento similar ao do juiz do processo anterior quando compeliu o fornecimento ao Estado do Ceará, mas devendo o ente competente pelo fornecimento deste tipo de fármaco, a União Federal, ressarcir o Ente estadual nas despesas pela aquisição do medicamento:

⁸ Disponível em: <www.jfce.jus.br>.

⁹ Disponível em: <www.jfce.jus.br>.

Alinhada a tais razões, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA, para determinar ao **ESTADO DO CEARÁ que preste assistência farmacêutica ao promovente, fornecendo-lhe, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, o medicamento prescrito por receituário médico**, conforme dantes assentado, qual seja, NIVOLUMABE (OPDIVO), na dose 240mg, a cada 2 semanas ou 480 mg, a cada 4 semanas, totalizando 4 ampolas de 100 mg e 2ampolas de 40 mg a cada mês, conforme consta do receituário médico anexado aos autos. **Determino, ainda, à UNIÃO que faça o ressarcimento ao Estado do Ceará das despesas pela aquisição do medicamento supramencionado, nos termos subitem 3.1, alínea "d", da Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, do Ministério da Saúde, independentemente deste medicamento constar em lista de medicamentos de dispensação excepcional (alto custo) daquele Ministério.** (Grifou-se).

Importa analisar que o referido julgado faz referência à Portaria do Ministério da Saúde que distribui competências no Pacto pela Saúde, tendo-se, assim, uma decisão que integra a organização administrativa dos entes, a estruturação de competências do SUS e, principalmente, observando o direito fundamental do paciente.

Ressaltando, ainda mais, a referida questão da atuação do Judiciário em demandas de medicamentos e tratamento de competência distinta do federado ente requerido, verifica-se, a seguir, mais uma decisão que segue a mesma linha em sua razão de decidir, por se tratar de um caso análogo ao anterior. Trata-se de ação para fornecimento de medicamento para tratamento de câncer, com, ao fim, a determinação de ressarcimento por parte do federado ente competente ao ente público compelido em fornecer o fármaco. Trata-se da sentença do Processo nº 0813482-23.2018.4.05.8100¹⁰, sentença do juiz federal Danilo Dias Vasconcelos de Almeida, como se verifica:

Diante do que foi exposto, JULGO PROCEDENTE o objeto desta ação, nos termos do art. 487, I, do CPC, para o efeito de confirmar a medida liminar deferida que condenou **o Estado do Ceará a fornecer o medicamento OPDIVO (NIVOLUMABE), à parte autora, na forma requerida na exordial, bem assim a União a ressarcir a aludida unidade federativa (Estado do Ceará)**, nos limites previstos nas normas de regência, o gasto com o fornecimento da medicação, nos termos apontados no receituário médico que acompanhou a exordial. (Grifou-se).

Assim, note-se o precedente judicial importante para o próprio Estado do Ceará quando fornecer medicamento distinto de sua competência, já que só aqui demonstrado é o terceiro caso em que é compelido a fornecer fármaco oncológico de competência da União.

Dessa maneira, diz-se que o Estado do Ceará deve instaurar procedimento licitatório para aquisição desse tipo de medicamento, mesmo não sendo de sua competência fornecer, mas sabendo que, nas próximas decisões judiciais similares, o magistrado provavelmente irá julgar assim, de acordo com os precedentes postos, com o

¹⁰ Disponível em: <www.jfce.jus.br>.

destaque que o valor utilizado para a compra poderá ser posteriormente reembolsado pela União Federal.

Dessa maneira, a Administração Pública estadual deve se planejar administrativamente e também financeiramente, conforme tais precedentes judiciais. Assim sendo, de acordo com tais determinações judiciais, faz-se necessário estudar a força dessas decisões na organização do Estado, sendo vinculado pelos precedentes.

3.2 Vinculação da Administração Pública estadual aos precedentes judiciais da saúde

3.2.1 Precedentes vinculantes

Além do que foi mencionado no capítulo primeiro, quando se verificou que, no caso de uma judicialização de casos repetitivos, com a mesma petição inicial e causa de pedir, o precedente judicial deve ser considerado vinculante, em respeito, inclusive, ao artigo 927 do Código de Processo Civil, haja vista a quantidade de processos que chegam aos Tribunais Superiores, a discrepância de decisões nos diferentes Tribunais do país ou até mesmo entre as turmas de um mesmo tribunal. Por consequência, visando buscar a segurança jurídica das manifestações judiciais, compreende-se que as decisões judiciais que garantem atendimento de saúde a uma parte da população impacta na organização administrativa do órgão público, além da desproporção nos encargos financeiros e administrativos que causam entre os entes federativos dentro de suas competências.

Outrossim, por mais que o Estado requeira o ressarcimento pelo fornecimento de medicamentos de competência da União, ainda assim, possui responsabilidade perante seus governados, de modo que, compreendendo que a busca pela litigância judicial pode lhe trazer um ônus financeiro sem estimativa, precisará realizar uma estruturação no seu sistema para que consiga atender a todas as demandas que chegam.

Além do mais, não se há de esquecer daquela outra parcela da população que não possui uma sentença, mas que também tem o mesmo direito em ser atendido pelo SUS, até porque poderá ser uma futura litigante judicial, em caso de não atendimento, causando um aumento de demanda incessante ao Estado.

Importante é compreender que essa tentativa de estruturação do sistema não é de interesse apenas do Poder Executivo, dado que órgãos de fiscalização, por exemplo, têm que colaborar resolutivamente, e não apenas apontar o erro e punir.

Para ilustrar, se durante uma fiscalização do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE), este percebe que há uma desorganização nos procedimentos licitatórios do Estado em não adquirir medicamentos suficientes para tratamento de doença que é recorrente ser demandada ao órgão de saúde, o órgão fiscalizador pode, em seu parecer, recomendar medidas como a elaboração de Atas de Registro de Preço, que não obrigam o Estado a contratar só se necessário durante um ano.

O TCE-CE também pode sugerir medidas como a aquisição de medicamento que não são de competência do Estado, considerando que são recorrentes as demandas judiciais, e a compra por dispensa de licitação é mais onerosa, em razão do tempo curto e da falta de competitividade que a empresa fornecedora tem para talvez baixar o valor do produto.

A responsabilidade desses órgãos e de outras autoridades se dá porque tais recomendações viram precedentes administrativos e vinculam à Administração Pública em seu cumprimento.

Daniel Wunder Hachem (2015, p. 73-74) exemplifica a questão:

Um exemplo que envolve o direito fundamental social à moradia pode ilustrar a afirmação. Imagine-se a situação em que diversas famílias estejam, há anos, ocupando imóveis públicos em um mesmo bairro, localizados em área de preservação permanente, e que diversas delas cumpram as exigências previstas no art. 1º da Medida Provisória nº 2.220/01 para receberem a concessão especial de uso para fins de moradia. Por se tratar de lotes inseridos em uma região destinada à proteção ambiental, o art. 5º, III, do referido diploma confere uma competência discricionária para a Administração deliberar se será mais conveniente e oportuno conceder o título naquele lugar ou removê-las para outro local providenciado pelo Poder Público. As famílias pretendem manter-se na região por estarem há anos ali situadas, já tendo formado raízes e laços sociais com a vizinhança. A autoridade pública competente defere os pedidos de concessão especial de uso para algumas famílias na própria localidade, apoiada em parecer técnico atestando que a permanência da comunidade na área não acarreta danos ao meio-ambiente. Formam-se, pois, precedentes administrativos favoráveis à tutela administrativa do direito fundamental à moradia. Posteriormente, um novo agente assume a função encarregada da apreciação desses pedidos e indefere novos pleitos, ainda não apreciados, de famílias vizinhas daquelas que obtiveram a concessão, sob o argumento de que o simples fato de tratar-se de área de preservação permanente justificaria o exercício da faculdade discricionária de negar a outorga dos títulos às famílias naquele local. A conduta administrativa, nesse caso, será ofensiva aos princípios da igualdade, impessoalidade e segurança jurídica, visto que a Administração terá dispensado tratamento antiisonômico aos grupos que obtiveram a negativa da proteção do seu direito social. Eles poderão, por isso, postular judicialmente a condenação do Estado a fornecer a concessão, haja vista o preenchimento dos pressupostos básicos para tanto somado à existência de precedentes administrativos benéficos à satisfação de um direito fundamental social.

É importante verificar que o tema dos precedentes transcende a seara jurisdicional, considerando que dentro da Administração Pública existe um conjunto de regras, não anteriormente escritas, mas que são obedecidas, tendo em vista a autoridade que profere,

além do impacto causado na população, ponto esse de principal relevância, conforme visto no exemplo citado acima por parte de Hachem.

E sobre a relevância do impacto social que tem uma decisão para o Poder Executivo, também serve para os precedentes judiciais, já que a todo tempo se discute o direito fundamental à saúde do cidadão que busca o Judiciário, mas não se recorda daquele, já que está na fila de espera do SUS sem atendimento, porque não buscou o caminho da litigância.

Neste trabalho, verificou-se que os magistrados que mais buscam a integridade, antes de proferir a decisão, demonstram compreender o impacto causado no sistema de saúde, o que reflete no próprio demandante judicial.

Para Hachem (2015, p. 74), a vinculação dos precedentes judiciais na Administração Pública, remetendo a todas as pessoas em situação análoga àquele que judicializou, pode ser uma forma de resolver a cultura de judicialização no Brasil:

Por força da vinculação aos precedentes judiciais relativos à promoção de direitos sociais, a Administração Pública, já condenada judicialmente em reiterados casos similares por decisões com efeitos inter partes, terá a obrigação de tratar da mesma forma os demais titulares do mesmo direito fundamental que foi satisfeito pela via judicial individual, ainda que eles não tenham obtido um provimento jurisdicional determinado em seu favor. A proposta visa arrefecer um dos principais aspectos problemáticos do ativismo judicial no campo dos direitos fundamentais sociais, consistente na violação do princípio da igualdade, muitas vezes (embora nem sempre) configurada. Nesse caso, diferentemente dos precedentes administrativos, deverá haver jurisprudência pacificada dos tribunais locais ou das Cortes Superiores reconhecendo o dever de tutela do direito social em questão, uma vez que aqui não se trata de interpretação realizada pela própria Administração, podendo haver posições divergentes, o que inviabilizaria a proposta.

Portanto, considerando que a Administração Pública, também, deve respeitar o princípio constitucional explícito no art. 37, qual seja, o princípio da igualdade, deverá dar o mesmo tratamento a todos seus governados sem distinção. Assim se a saída para o tratamento da doença de um cidadão é o medicamento X, os demais terão também direito a isso. Dessa maneira, a Secretaria de Saúde desse ente público deve iniciar procedimento licitatório, de acordo com a demanda e sua progressão.

Em caso contrário, conforme ressalta Hachem (2015, p. 76), haverá uma discriminação ilegítima entre os administrados “com sentença” e “sem sentença”, o que faz aumentar a judicialização. Nas palavras do autor:

A discriminação ilegítima decorrente do provimento isolado conduz a um tratamento desigual entre “cidadãos ‘com sentença’ e ‘sem sentença’”, sem que haja fundamento jurídico-constitucional a autorizá-lo. E a consequência dessa postura é a conversão do Judiciário na “porta das esperanças” para a reivindicação de benefícios sociais que deveriam ser naturalmente proporcionados pelo Estado. A parcela da população alijada do acesso à Justiça – em geral, a mais carente de tais prestações – passa a ser ainda mais

desfavorecida. De um lado, por não ostentar condições financeiras e de informação para postular judicialmente tais ações administrativas; de outro, pelo fato de que a drástica elevação das demandas individuais solucionadas por essa via impacta diretamente na redução de disponibilidade orçamentária para a satisfação espontânea e racionalizada dos mesmos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública, por meio da prestação de serviços públicos e implementação de políticas públicas.

Além da igualdade, Juarez Freitas (1999, p. 15-16) cita, quando fala do respeito aos precedentes judiciais, dentre outros princípios, a economicidade e celeridade, ou seja, o princípio da eficiência administrativa, o que é relacionado com o exemplo dado em que o Estado já busca o menor preço na aquisição, sem surpresas, e se antevê às futuras demandas que cheguem, dando rápida resposta:

[...] o não-acatamento corre o risco de ofender, gravemente, o princípio da economicidade, por duas razões primaciais. Em primeiro plano, porquanto, numa demonstração de suposto zelo, deixa-se de cuidar, no tempo devido, de muitíssimas outras, verdadeiramente ilegítimas, agressões impostas ao abalado erário público. Neste passo e não raro, o combate severo e enérgico contra a sonegação, a improbidade administrativa ou a má-prestação dos serviços públicos resulta debilitado, já que malversadas ou desviadas as melhores energias em postulações ou recursos com o ânimo protelatório ou meramente rotineiro. [...] Em segundo lugar, a morosidade processual, além de se revelar fatal para cidadão vitimados pela síndrome das vitórias com sabor amargo, acaba sendo dispendiosa e onerosíssima para os cofres público. Paga-se – na prática o contribuinte, bem entendido – pesadamente para compensar a tardança apta a produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação, sobretudo quando se configura o caráter protelatório ou mesmo a mencionada litigância de má-fé.

Também o Poder Judiciário, entretanto, auxilia dentro de sua decisão a respeito dessa organização por parte da Administração Pública, transpondo critérios como os citados na decisão do STF sobre os medicamentos sem registro na ANVISA ou os requisitos criados pelo STJ para o fornecimento de medicamentos fora dos protocolos do SUS.

Um caso concreto que merece destaque na referida pesquisa tenta fazer com que a Administração Pública consiga atender, igualitária e eficientemente, a todos os demandantes de um mesmo caso concreto, e o Poder Judiciário buscou em uma ação proporcionar a integridade entre o direito que o cidadão busca e o conhecimento da estrutura do SUS.

Para tanto, em uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal, para regularização das filas de cirurgias, a então juíza da 6ª Vara Federal do Ceará, Cíntia Menezes Brunetta, convocou todas as entidades que possui participação no tema, para uma audiência pública a fim de solucionar o problema das filas de cirurgia ortopédica, de modo que participaram os três entes federativos solidários, isto é, União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza.

Na referida decisão, foram homologados os parâmetros de classificação da prioridade para o procedimento cirúrgico. Após última audiência que reuniu todos os entes e instituições competentes, “chegou-se a um acordo sobre o protocolo para manejo da fila, por ordem de chamada, de pacientes em espera” (CEARÁ, 2017, online), e a magistrada complementou o julgado determinando a seguinte estruturação hospitalar:

1. Paciente encontrado e não deseja realizar no momento

Esses pacientes foram localizados e “convocados” ao hospital para a realização de cirurgia, sendo que por algum motivo, justificável ou não, o paciente não pode comparecer ao hospital para a realização de cirurgia.

O hospital deve tratar da seguinte forma:

- a. Registrar no sistema de regulação, o motivo no qual o paciente não pode realizar a cirurgia
- b. Avisar que será aguardado 60 dias para chamá-lo novamente
- c. Ao cumprir o prazo de chamada, caso o paciente não possa comparecer, salvo por razão médica, informá-lo de que o mesmo irá para o final da fila de cirurgia daquele procedimento (registrar no sistema de regulação).

2. Paciente encontrado, confirma a presença e falta à cirurgia ou à consulta pré-cirúrgica.

Esses pacientes foram localizados e “convocados ao hospital para a realização de cirurgia, confirmaram a presença, sendo que o paciente não comparece na data marcada.

O hospital deve tratar da seguinte forma:

- a. Informar ao paciente, quando da comunicação de data o protocolo que segue.
- b. Registrar no sistema de regulação a ausência ao evento médico (consulta ou cirurgia)
- c. Se o paciente não justificar a ausência, vai para o final da fila. Se for chamado de novo e novamente faltar, sai da fila.
- d. Se o paciente justificar a ausência por alguma razão médica relevante, permanece na fila.
- e. Apenas a CIR retira da fila pacientes que não realizaram procedimentos.

3. Paciente não localizado:

Esses pacientes não foram localizados pelo hospital, mesmo após a qualificação de filas pela central de regulação, o hospital deve se portar da seguinte forma:

- a. Tentar localizar o paciente com pelo menos uma semana de antecedência, sendo realizado 3 ligações, sempre registrado data e hora das ligações.
- b. Entrar em contato com a central de regulação, por e-mail, identificando as ocorrências de pacientes não localizados.

Durante a audiência na 6ª Vara da Justiça Federal no Ceará, a juíza federal estabeleceu, ainda, que o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza devem informar aos pacientes que o acesso à posição na fila por consulta e cirurgia será feito por meio do número do cartão SUS.

Dessa maneira, existiu um papel colaborativo também por parte dos entes em busca de se organizar para solucionar o referido problema das filas de cirurgia ortopédica e evitar a judicialização que poderia vir a ter. Assim, a referida decisão judicial foi vinculativa, não só pela força judicial, mas também por influenciar positivamente a sociedade e respeitar os trâmites administrativos, já que procurou o diálogo institucional e decidiu dentro da presente organização institucional, o que na doutrina dos precedentes

judiciais pode ser visto como um comando – isto é, uma ordem obrigatória e geral -, como contextualiza Serra Júnior (2017, p. 132):

Indubitavelmente, a atividade judicial demanda a interpretação das fontes do direito para determinar a sua aplicabilidade ao caso concreto. Partindo do sistema de civil law, em que se prioriza tradicionalmente a lei como fonte do direito, há uma vasta margem interpretativa conferida ao operador do direito, visto que, ao aplicar o diploma legal, parte-se de um comando geral e abstrato a ser aplicado a um caso concreto. Como o método interpretativo utilizado por um operador do direito pode ser diferente do utilizado por outro, é muito comum a existência de soluções díspares para demandas que deveriam receber o mesmo tratamento.

Portanto, considerando não só essa decisão, mas o volume de determinações judiciais, o Estado do Ceará, ente público ao qual se recorreu para o estudo, teve de buscar opções para atender celeremente essas demandas judiciais.

3.2.2 Estratégias utilizadas pelo Estado para o célere atendimento às demandas judiciais

Ante uma enorme quantidade de demandas judiciais, o primeiro passo que o Estado deve seguir para iniciar sua organização em prol de reduzir a judicialização da saúde é cumprir com agilidade cada determinação do magistrado, evitando punições que podem vir a ser pessoais ao gestor.

Considerando isso, ideias básicas de comunicação intersetorial estabelecem o diferente nesse sentido, como o exemplo da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, em que sua assessoria jurídica, que não é parte do processo, mas recebe a demanda de imediato por ser parte integrante do órgão de saúde, faz a comunicação direta oficiando à Procuradoria do Estado sobre as informações detalhadas do paciente litigante.

Tais informações contêm dados da coordenação responsável pela saúde farmacêutica, assim como pela Central de regulação que detalha o *status* da fila para determinado atendimento, isso a depender de cada caso.

Ademais, além da organização interna, a comunicação também se dá entre instituições, desde a troca de contatos telefônicos e conversas em grupo de *whatsapps*, até mesmo formações de grupos mais institucionalizados, como o Comitê Executivo da Saúde, instituído por meio de Portaria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 107/2010, que criou o Fórum Nacional de Saúde, e descentralizou para cada Estado por meio destes comitês. A concepção se deu após a mencionada audiência pública que serviu de suporte para o STF decidir em grau recursal o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

Compõem este Comitê magistrados, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público, especialistas em Direito Sanitário, a Ordem dos Advogados do Brasil representando a sociedade civil, assim como os gestores públicos dos órgãos de saúde de cada Estado.

O referido Fórum Nacional de Saúde tem com finalidade o “monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais à prevenção de novos conflitos”. (BRASIL, 2010, *online*).

Desta feita, percebe-se que a alta judicialização da saúde trouxe como ponto positivo o envolvimento do Judiciário no auxílio da resolução da temática, até porque é assunto do seu interesse, considerando o abarrotamento de processos similares.

E na crescente dessa parceria, em 2016, foi editada a Resolução 238/2016 do CNJ para criar varas especializadas na saúde, nas quais todas as demandas sobre o tema seriam dirigidas aos magistrados dessa vara, assim como o compromisso do Poder Judiciário em capacitá-los na área.

Também ficou resolvida a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) de atribuição dos Comitês Estaduais de Saúde, que devem constituir profissionais de saúde para a elaboração de pareceres acerca da Medicina baseada em evidências, respeitando o disposto sobre a perícia no Código de Processo Civil em seu § 2º do art. 156¹¹.

O NAT-JUS é uma ferramenta que fica à disposição do magistrado para verificar a procedência, custo e indispensabilidade de determinado medicamento, além de que o fato de ele estar em uma vara especializada, com a devida formação para tanto, propiciará a ele uma forma mais técnica de tomar a decisão relacionada ao direito à saúde, assunto este que será mais discutido no próximo capítulo.

Ainda sobre as estratégias utilizadas pelo Estado, tem-se a parceria entre as Secretarias de saúde do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza e a Defensoria Pública Estadual, com a criação do Núcleo de Atendimento Inicial em Saúde (NAIS) em maio de 2016, com o objetivo de manter um diálogo permanente entre as partes, fazendo

¹¹ § 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

com que as demandas de saúde recebidas na Defensoria Pública do Ceará fossem resolvidas sem a necessidade de judicialização, formalizadas por Convênio Administrativo entre as partes.

O NAIS possui funcionários dos três órgãos envolvidos na ação, possuindo prazo de até dez dias úteis para responder à solicitação com a finalidade de resolução do problema, sem que necessite a Defensoria litigar judicialmente. Caso a demanda seja provisória ou substitutiva, uma Câmara de Conciliação é acionada para prover o entendimento entre o Sistema Único de Saúde e o paciente¹².

Além disso, existe um sistema da central de regulação de ambos os órgãos, no qual o defensor público consegue verificar a fila para procedimentos no SUS, percebendo o tamanho da fila de cirurgias eletivas e emergências.

Diante disso tudo, compreende-se que as decisões judiciais, quando pautadas de forma a integrar todos os atores interessados, influenciam na organização do próprio Sistema Único de Saúde, beneficiando o próprio litigante.

Da mesma maneira, quando tais decisões formam um padrão mais técnico e com integridade, constituem precedentes judiciais que trazem segurança jurídica à população e fazem ver a necessidade por parte do Estado em se organizar para evitar futuras ações.

Desse modo, considerando a vinculação dos precedentes, percebeu-se um movimento por parte de todas as instituições interessadas no assunto da judicialização da saúde em se estruturar e buscar diálogos institucionais, ou parcerias, para evitar o aumento da litigância.

Posto isto, será estudado no último capítulo a mudança de comportamento dos poderes para a desjudicialização da saúde, relacionado ao tema dos precedentes judiciais e o resultado de tais decisões com integridade.

¹² Mais informações no site: <http://www.defensoria.ce.def.br/>.

4 A MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DOS PODERES PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ

Foi verificado o avanço jurídico representado pelos precedentes judiciais, afastando sua ligação a uma padronização de decisão obrigatória, como as próprias súmulas impeditivas de recurso e as vinculantes, percebendo que, no respeito a esse padrão, existe relação com a sua aceitação social, afinal, um precedente não se aplica automaticamente, como estudado.

Havendo decisões consideradas como preceitos, entretanto, pensa-se, na verdade, em um crescimento exponencial da litigância contra o Poder Público, pois, se for verificada uma mínima dificuldade, ou, às vezes, nem isso, como discutido no primeiro capítulo, o cidadão já busca o Judiciário para tentar realizar seu desejo legítimo.

Os advogados, os defensores públicos e o próprio Ministério Público para realizar sua função jurisdicional compreendem a existência de precedentes judiciais com força vinculante que dão segurança jurídica para o devido fornecimento do tratamento de saúde, independentemente da esfera do poder público.

Por vezes, a entidade federativa estadual carrega a maior responsabilidade, mesmo a competência no fornecimento de um fármaco sendo da esfera federal como, por exemplo, os medicamentos oncológicos, também visto no último capítulo.

Por outro lado, os procuradores estaduais também sabem que existem outros precedentes que garantem ao Estado o não fornecimento do tratamento, ou, melhor dizendo, de tratamento distinto do requerido, mas já previsto no SUS.

Portanto, tentando alcançar uma forma que satisfaça à população integrante do SUS e, ao mesmo tempo, não prejudique o Poder Judiciário - que sofre com o abarrotamento de processos - nem o Poder Executivo - que tem seu orçamento e sua governabilidade pública atingidos -, busca-se aferir como a internalização dos precedentes judiciais na saúde (apresentada no capítulo anterior) pode ser benéfica ao Estado, ou se pode ser um grande obstáculo para a execução de suas políticas públicas. Verifica-se, também, como os poderes do Estado e os representantes da Sociedade Civil podem participar desse movimento de Desjudicialização da Saúde, através de diálogos interinstitucionais.

Para este capítulo, será analisada a organização feita pela Administração Pública do Estado do Ceará, bem como os obstáculos e os limites para maior e profunda internalização dos precedentes, diante das recentes decisões verificadas neste trabalho,

assim como da progressiva judicialização da saúde e sua mudança de comportamento para, por conseguinte, resolvê-la.

4.1 A relação entre os Precedentes Judiciais e a menor litigância

Michael J. Sandel (2014, p. 323), quando trouxe em sua obra o sugestivo título “Justiça”, verificou diferentes abordagens como a relação com a felicidade, a relação com a liberdade e - conforme colocado pelo próprio autor como sua versão favorita - a que relaciona a justiça com o bem comum, exaltando que “se uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre a vida boa, resta perguntar que tipo de discurso político nos conduziria nessa direção”

A abordagem de justiça não envolve a esfera judicial, afinal, pretende-se conferir o respeito aos direitos fundamentais desde já, no próprio plano político que busque seus interesses econômicos e cívicos, assim como às próprias questões morais e espirituais (SANDEL, 2014).

Compreender a falha dos poderes políticos dentro de uma Constituição dirigente faz com que se discuta, integralmente, sobre justiça e, também, sobre todos os direitos fundamentais.

Bello, Bercovic e Lima (2018, p. 5) explicam essa migração da discussão e efetivação de determinados direitos pós Constituição Federal de 1988:

A grande ilusão que a teoria da constituição dirigente trouxe ao constitucionalismo pós 1988 foi a do instrumentalismo constitucional. A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria “auto suficiente” da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A teoria da constituição dirigente, portanto, é uma teoria da constituição sem teoria do Estado e sem política. E o paradoxal é que a constituição só pode ser concretizada por meio da política e do Estado (Bercovici: 2003b).

O primeiro capítulo abordou os fatores multifacetados da judicialização da saúde e sua formação. Nele foi perceptível que o fator institucional foi progressivo, não só com o texto constitucional de 1988, mas também com as emendas posteriores, trazendo mais prerrogativas ao Supremo e facilitando o próprio acesso à justiça.

Esse agigantamento do STF trouxe perspectivas de ativismo judicial e uma crise entre os poderes que fazem com que a implementação de políticas públicas não seja planejada, mas, sim, imediatamente efetivada ao cidadão que pleiteou judicialmente,

contrariando a ideia de uma política pública sistêmica que proporciona a todos os cidadãos o acesso isonômico ao SUS, no caso da saúde.

Compreender as doutrinas dos precedentes judiciais, em tempos de aplicação de direitos fragmentados, é necessário para uma possível ruptura do ciclo de conferir os direitos fundamentais, saindo do judiciário e retornando às instituições competentes.

E, para esse processo, percebe-se o grande papel do judiciário, que possui forte interesse na diminuição do abarrotamento de processos e, também, sabe que, como está nesse protagonismo político, teve que se especializar em questões técnicas que nem nas suas formações acadêmicas teve acesso, mas que hoje é obrigado a estudar, por exemplo, sobre medicamentos, especialidades médicas e a própria gestão de saúde.

Além disso, as decisões com a participação das instituições competentes trazem, ainda, precedentes judiciais mais aceitáveis, sendo incorporados pelos tribunais de instâncias inferiores.

Deve ser levado em conta, também, que, em casos de tratamentos de situações que envolvem risco de vida, a Administração Pública já deve se atentar para aquele precedente, considerando que, devido à urgência, medidas liminares normalmente são impostas mesmo sem haver a manifestação do Poder Público. Nesse contexto, haja vista uma tradição de diálogo entre as instituições, o Poder Executivo poderia já ser comunicado pelo Poder Judiciário sobre aquela demanda repetitiva que chegará em caráter judicial, se não houver uma movimentação prévia pelo órgão de saúde pública.

Os diálogos institucionais abordados, todavia, estão sendo verificados na esfera judicial, quando poderiam antes já ser discutidos e resolvido o caso concreto, que nem viraria litigância no âmbito do Poder Judiciário. Mas, tendo precedente favorável, o Poder Executivo resolveria esse problema previamente? Ou só apenas quando em situações desfavoráveis?

Com o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), o judiciário, no entanto, já possui auxílio de especialistas médicos a respeito, não somente do pedido em si, mas como do valor do produto, havendo outros que resolveriam a patologia requerida com menor custo. Então, a litigância seria até mais vantajosa economicamente ao Estado, como em casos de medicamentos oncológicos? Desse modo, a análise econômica do direito pode ajudar a entender o que seria benéfico ao Estado, ou melhor, à população que precisa do SUS.

Para além dos valores requisitados judicialmente, o entendimento do custo social do processo é primordial para compreender que a proposição de uma ação deixe de ser uma questão meramente preventiva do que, efetivamente, de necessidade.

Como estudado no primeiro capítulo, a visualização do resultado, sabendo que estar na fila judicial no SUS pode ser mais efetivo do que pela via administrativa, torna como medida de precaução a busca ao judiciário.

Sustein (2012, p. 18) ressalta a explicação da heurística da disponibilidade, com riscos mais conhecidos ao invés de outros, no entanto, devido à aversão à perícia, “as pessoas preferem não ter prejuízo a vir a ter ganhos correspondentes a essa mesma perda”.

A incerteza de se conseguir o tratamento pela via judicial pode fazer com que as pessoas só a busquem caso tenham o elenco de comprovações médicas necessárias para o referido tratamento, em que não havendo todo o levantamento suficiente para confirmar a indispensabilidade do pleito, pode vir a ser negado pelo magistrado.

Rodrigues Neto (2016, p. 25) ressalta que os custos administrativos dos processos precisam levar em consideração o sistema de cada país, para verificar o quão é interessante a litigância:

Nos sistemas os quais o perdedor paga tudo, já haverá uma diminuição, em tese, de lides temerárias, ou frívolas, como refere a doutrina. Porque se o sujeito ajuíza a ação sabendo que não tem muito sucesso a sua tese, mas está diante de um sistema no qual cada um paga seus custos, a desvantagem pode não ser grande, já que é possível a sua vitória. Ou seja, ele pagará apenas as suas custas, mas poderá ganhar a ação. Porém, se for em um sistema onde o perdedor paga tudo e a sua tese não é muito sólida, ele certamente pensará duas vezes em ajuizar a demanda, já que o prejuízo poderá ser grande.

Logo, comprovado que o SUS pode dar o tratamento e o paciente tem os requisitos necessários para tanto, não seria um risco buscar o judiciário, pois, se a via administrativa não proporcionou o tratamento, seu direito foi violado, e decisões liminares serão logo proferidas.

Verificando pelo outro lado, o Estado, que já oferece o tratamento, mas não o forneceu ao requerente, agora terá a obrigatoriedade judicial de fornecer, mas antes já era obrigado constitucionalmente. Então, o que de fato impacta para o Estado? Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 412) podem ajudar a responder sobre o excesso de demandas e o custo delas:

À medida que as indenizações aumentam, mais autores de ações em potencial apresentam petições. Mas à medida que elas aumentam ainda mais, os réus em potencial respondem com a oferta de menos causas para ações judiciais a autores de ações em potencial. Com o tempo, a situação chega a um ponto no qual o número de petições começa a diminuir à medida que as indenizações aumentam.

Nesta toada, os precedentes judiciais utilizados, que possuam em sua justificação aspectos técnicos bem robustos e que procuraram dialogar com as instituições dotadas de

capacidade técnica sobre o assunto, podem ajudar nessa menor litigância, como apresenta Rodrigues Neto (2016, p. 28):

[...] vejam como um sistema de precedentes vinculantes também poderia auxiliar nesse aspecto, já que as decisões serão públicas e todos os jurisdicionados já saberão de antemão qual o posicionamento do Tribunal sobre determinada questão e até mesmo qual o resultado econômico da decisão. Assim, fica bem mais crível analisar a possibilidade ou não de um acordo.

Compreende-se na leitura de seu texto que o pensamento de precedentes vinculantes não se confunde com precedentes absolutos, pois estes podem vir a ser superados, dentro da perspectiva do Código de Processo Civil brasileiro.

Não se verificam como normas, mas como conhecimento do modo de posicionamento do tribunal sobre a questão e o resultado econômico da decisão, tentando-se alcançar o exemplo americano de número pequeno de litigância, com acordos e troca de informações prévias entre as partes.

O Núcleo de Atendimento Inicial em Saúde, apresentado no capítulo anterior, no qual o Estado do Ceará fornece informações referentes aos leitos de UTI à própria Defensoria Pública para que saiba previamente a situação do Sistema de Saúde do Ceará pode ser citado como exemplo disso.

Talvez se o referido sistema fosse mais abrangente, para que o maior número de pessoas pudesse ter acesso, a demanda nem chegasse à Defensoria. Todavia, aqui se questiona: seria uma forma de evitar a litigância por parte do ente estatal?

Por outro lado, o Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário permite apresentar valores justos, praticados no meio médico, que podem chegar a serem mais baratos do que o Estado pratica ao adquirir determinados medicamentos por Ata de Registro de Preços, modalidade licitatória esta que faz com que o fornecedor, vencedor da concorrência, cote um preço que fica congelado por doze meses. Diante disso, seria mais barato para o Estado o medicamento judicializado?

Imaginar tudo isso em um sistema processual que siga os precedentes judiciais e que tenha magistrados que, quando se deparam nas demandas de saúde, buscam se aprofundar sobre o tema e procuram o apoio disponível a eles é um ponto. No entanto, deve-se levar em questão, no estudo econômico do direito, o custo gerado pelo erro nas decisões, como dispõem Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 405):

Da mesma maneira, uma medida simples dos custos sociais do processo jurídico ajuda a orientar a análise das regras e práticas processuais. Para desenvolver uma medida simples, considere as regras processuais como instrumentos para a aplicação do direito substantivo. O uso dos instrumentos tem seu custo, chamado 'custo administrativo' [...]. Além disso, a utilização desses instrumentos pode causar erros na aplicação do direito

substantivo. Por exemplo, a parte errada pode ser responsabilizada, ou a parte certa pode ser responsabilizada pela quantia errada. Os erros distorcem os incentivos e impõem diversos custos à sociedade.

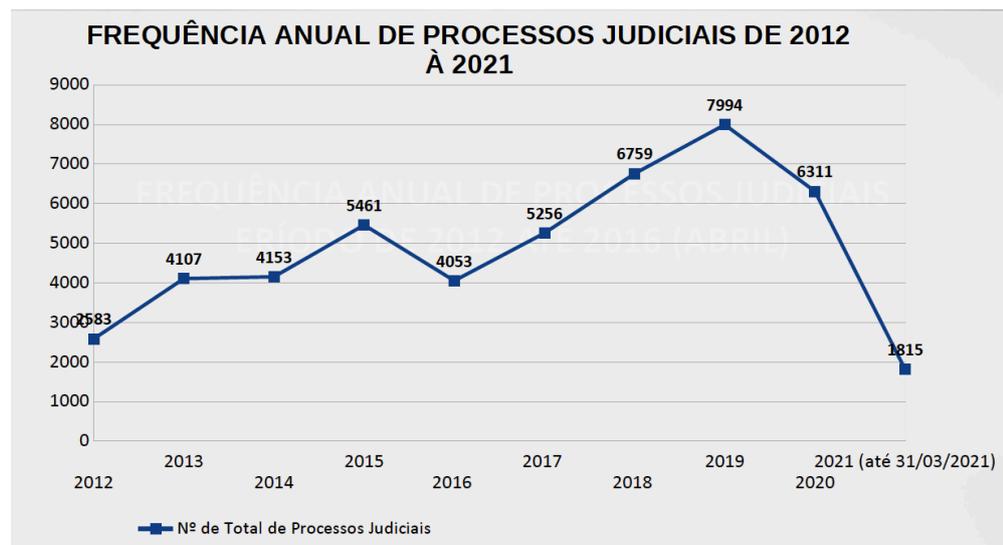
Assim, exemplos como as varas especializadas na saúde, como no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, podem não ser seguidos em outros Tribunais de Justiça, mesmo no próprio referido Estado, pois os Juizados Especiais não possuem varas específicas e são órgãos em que as partes não precisariam do advogado, conhecedor e parte que referencia os precedentes judiciais para o magistrado.

Ou seja, o Estado pode vir a ser impactado de outras frentes jurisdicionais, e exemplos como o NAIS podem não ser o suficiente, tendo em vista que a informação administrativa não está disponível para todos.

Para tanto, explicações não só econômicas, mas sociais podem demonstrar a necessidade de organização administrativa no Estado do Ceará para que passe por um processo de flexibilidade.

4.2 Necessidade de organização interna e externa do Poder Executivo do Ceará

De fato, o impacto na Administração Pública pode ser mensurado em números de processos judiciais, aqui citando os períodos de 2012 a 2021, conforme dados fornecidos pela Secretaria da Saúde do Estado do Ceará:



Fonte: Secretaria da Saúde do Estado do Ceará¹³

¹³ Dados colhidos em pesquisa de campo na Superintendência Jurídica da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará em 30 de abril de 2021.

Como pode ser observado, a cada ano, há uma progressividade no número de processos judiciais de causas relacionadas à saúde em face do Estado do Ceará, mas com uma queda nos dois últimos anos, que pode ser vinculada a um trabalho de organização administrativa da saúde do referido Estado, ou então, à medida que crescem as ações judiciais, aumentam, também, as decisões, fazendo com que surjam precedentes judiciais que possam causar impacto na queda da litigância.

Do ponto de vista financeiro, também, após a propagação da judicialização da saúde, houve uma queda dentro de uma perspectiva de progressão dos valores gastos com o fornecimento de tratamentos de saúde por via judicial, o que pode representar uma organização da Administração Pública do Estado do Ceará:



Fonte: Secretaria da Saúde do Estado do Ceará¹⁴

A causa para isso pode ser a evolução de uma estrutura de Estado que possui um fluxo burocrático e pouco ágil, no qual um mesmo processo passa por vários setores repetidas vezes, para um trâmite interno mais célere, com um rito especial para tratamento de doenças de alto risco.

Ou então, a aquisição de fármacos menos onerosos em vez de outros princípios ativos de mesma substância, mas com um maior custo, como em alguns medicamentos oncológicos.

¹⁴ Dados colhidos em pesquisa de campo na Superintendência Jurídica da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará em 30 de abril de 2021.

Essa organização passa também pela mudança de filosofia no processo, como as aquisições de medicamentos realizadas por cada paciente, sendo feitas de modo mais expansivo, o acompanhamento do prazo de entrega dos produtos por parte das empresas contratadas para fornecimento com a devida sanção em caso de não entrega, dentre outras maneiras.

Registre-se, além do mais, o que o Estado pode passar a adotar para poder evoluir, considerando o que foi, também, verificado nos capítulos anteriores: envolvimento com as Justiças Federal e Estadual com a gestão do Estado no controle da regulação das filas de cirurgia e medicamento de alto custo; realização de perícia sobre cada caso; encaminhamentos de médicos e farmacêuticos para a produção de Pareceres Técnicos, auxiliando nas decisões judiciais; participação do próprio órgão administrativo de saúde em reuniões do CNJ, entre outras.

Dessa forma, parece que o Estado quer evitar a litigância com uma finalidade social de facilitar o acesso do cidadão ao SUS, mas com medidas internas em suas práticas de governança. Todavia, como impactar exteriormente? Ou seja, a partir da falta de confiabilidade da população no sistema de saúde, conforme abordado no primeiro capítulo, de que forma se pode evitar a litigância com a volta da crença da população nas próprias políticas de saúde do poder executivo estadual?

No que se refere a essa crença, Giddens cita a preponderância na confiança em sistemas sociais, conforme relata Baptista (2015, p. 177):

Analisar sistemas sociais significa estudar os modos como tais sistema são produzidos e reproduzidos em interação. Esses sistemas, vale dizer, são fundamentados nas atividades cognoscitivas de atores localizados que, na diversidade de contextos de ação, apoiam-se em regras e recursos. Em consequência, os princípios estruturais são os fatores envolvidos no alinhamento institucional de uma sociedade.

E complementa fazendo relação com o Sistema Único de Saúde (BAPTISTA, 2015, p. 179-180):

O objetivo de uma política governamental em saúde, quando proposta, é alinhar as ações segundo princípio e diretrizes estruturantes. Os valores envolvidos na proposição do SUS favorecem e facilitam as práticas satisfatórias de cuidado de qualidade. Entretanto, a experiência nos serviços muitas vezes parece distante dos princípios e diretrizes que o regem[...]. Atitudes de confiança ou de falta de confiança são passíveis de ser fortemente influenciadas por experiências dos indivíduos nos pontos de acesso. Se o contato no SUS é desqualificado e muito distante do que seria o padrão de profissionalismo, a credibilidade no sistema se fragiliza.

Assim, sabe-se da importância do Sistema Único de Saúde, como ele foi proposto e possui ótimas perspectivas para a população. Todavia, é nos chamados “pontos de

acesso” que a imagem do sistema pode ser manchada devido às várias situações constrangedoras que a população passa.

A população que necessita da utilização do SUS quer saber se caso o procure terá a solução de seus problemas, independentemente de ter ciência de como efetivamente funciona, ou se o sistema de saúde é um “Carro de Jagrená”, que “esmaga os que lhe resistem, e embora ele às vezes pareça ter um rumo determinado, há momentos em que ele guina erráticamente para direções que não podemos prever”, expressão utilizada por Giddens (1991, p. 124):

A viagem não é de modo algum inteiramente desagradável ou sem recompensas; ela pode com freqüência ser estimulante e dotada de esperançosa antecipação. Mas, até onde durarem as instituições da modernidade, nunca seremos capazes de controlar completamente nem o caminho nem o ritmo da viagem. E nunca seremos capazes de nos sentir inteiramente seguros, porque o terreno por onde viajamos está repleto de riscos de alta-conseqüência. Sentimentos de segurança ontológica e ansiedade existencial podem coexistir em ambivalência.

Mas por que se chegou a esse ponto de Carro Jagrená? Quais fatores podem explicar esse descontrole do Sistema de Saúde, por exemplo?

O autor cita fatores que possam sustentar essa condição, que seriam os Defeitos de projeto e a Falha do operador (GIDDENS, 1991, p. 134-135):

O primeiro pode ser designado como defeitos de projeto. A modernidade é inseparável dos sistemas abstratos que propiciam o desencaixe das relações sociais através do tempo e do espaço e se estendem sobre a natureza socializada e o universo social[...] Um segundo fator é o que podemos chamar de falha do operador. Qualquer sistema abstrato, não importa o quão bem projetado ele é, pode falhar em seu funcionamento como se supõe que ele o faça porque quem o opera comete enganos. Isto também se aplica tanto aos sistemas sociais como aos naturais. Ao contrário dos defeitos de projeto, a falha do operador parece não ser passível de erradicação. Um bom projeto, assim como treino rigoroso e disciplina podem tornar a possibilidade de falha do operador muito pequena; mas na medida em que seres humanos estão envolvidos, o risco deve estar presente. No caso do acidente de Chernobyl, a causa básica do desastre foi um engano cometido na operação dos sistemas de desativação de emergência.

Nesse contexto, Giddens (1991, p. 83) alerta que, na modernidade, grande parte das pessoas vivem em situações em que instituições desencaixadas organizam os aspectos fundamentais da vida cotidiana, e, com isso, o autor introduz o conceito de reencaixe como “a reapropriação ou remodelação de relações sociais desencaixadas de forma a comprometê-las (embora parcial ou transitoriamente) a condições locais de tempo e lugar”.

Para que ocorra isso, o autor chama atenção para a confiança nesses sistemas abstratos com a explicação da desatenção civil e dos compromissos sem rosto (GIDDENS, 1991, p. 83):

A confiança em sistemas assume a forma de compromissos sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é

amplamente ignorante. A confiança em pessoas envolve compromissos com rosto, nos quais são solicitados indicadores da integridade de outros (no interior de arenas de ação dadas). O reencaixe se refere a processos por meio dos quais compromissos sem rosto são mantidos ou transformados por presença de rosto. A desatenção civil é um aspecto fundamental das relações de confiança nos cenários anônimos, de grande-escala, da modernidade. Ela é o "ruído" renovador de confiança que se dá no pano de fundo da formação e dissolução de encontros, envolvendo seus próprios mecanismos específicos de confiança, isto é, compromissos com rosto. Pontos de acesso são pontos de conexão entre indivíduos ou coletividades leigos e os representantes de sistemas abstratos. São lugares de vulnerabilidade para os sistemas abstratos, mas também junções nas quais a confiança pode ser mantida ou reforçada.

Logo, os chamados “compromissos com rosto” colocam a população leiga no que concerne ao sistema dentro de uma relação de confiança, quando manifestada de forma segura no ponto de acesso.

Por outro lado, é necessário, para o não abarrotamento do sistema de saúde com causas que estão sendo tratadas na unidade de atendimento errada, que a população saiba quais equipamentos de saúde devem procurar, mas isso o próprio Estado deve propiciar, como Giddens (1991, p. 77) explica:

Uma parte básica de meu argumento será a de que a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos. Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos da contingência comum das coisas, mas em termos da reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas.

Ou seja, se o próprio Estado percebe que os meios de comunicação propagam o caos e a dificuldade da população em utilizar o sistema de saúde, tendo esse conhecimento de prática social, por que ele não busca a mesma imprensa para divulgar quais unidades de saúde devem ser procuradas a partir de cada comorbidade?

Afinal, meios de comunicação já são utilizados pelo Poder Público para apresentar os êxitos daquele governo, por que não também para educar? Isso pode contribuir com a confiabilidade da população no acesso ao SUS.

Da mesma forma que um sujeito entra em uma casa sem ter medo de subir as escadas e a estrutura desabar, porquanto existe a confiança no chamado por Giddens de “sistema perito” ou “sistema abstrato”, a população confiaria plenamente no Sistema Único de Saúde que, por vezes, é totalmente criticado em seu ponto de acesso, pois quando o usuário é atendido, normalmente a qualidade do atendimento é satisfatória.

Essa imagem interna do SUS, tanto no atendimento médico como na organização administrativa, não é passada para a população, sendo criticada a dificuldade no acesso ou a não disponibilidade do tratamento médico, bem como a falta de medicamento no posto de saúde.

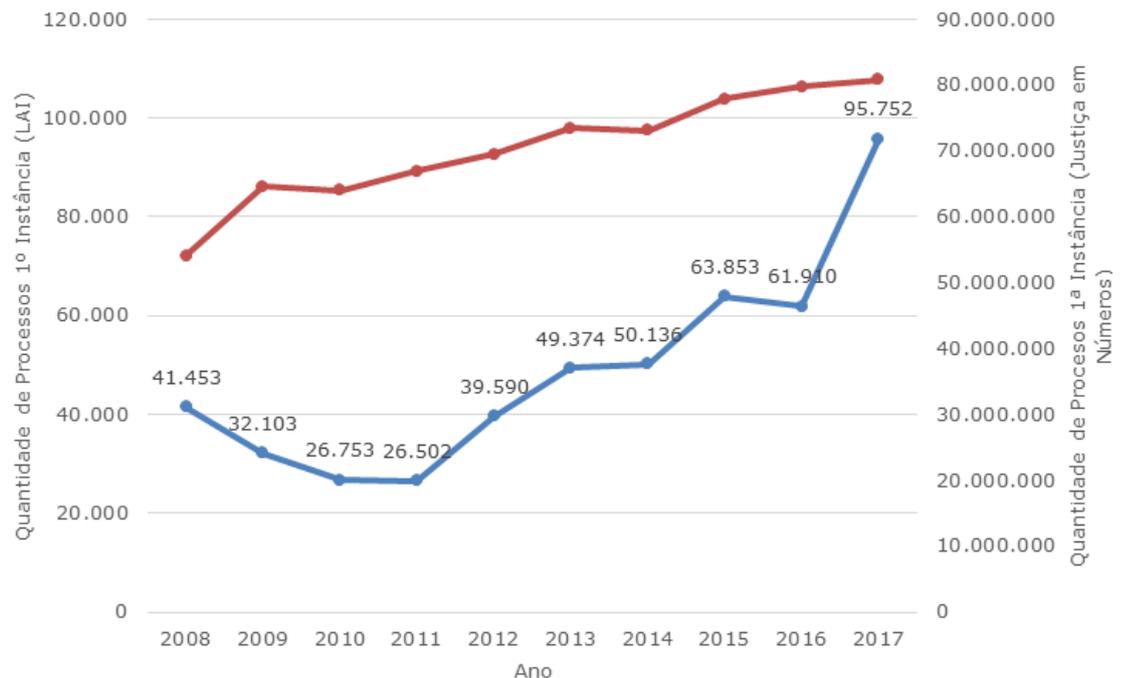
Desse modo, além da necessidade de organização interior, é preciso atuação na organização exterior, assim chamado para evitar a judicialização da saúde no Ceará, de forma que o próprio usuário retorne a acreditar que é mais acessível buscar o próprio SUS do que o Poder Judiciário para efetivar seu direito à saúde.

De forma igual, o Poder Judiciário também sofre com o alto número de processos judiciais para a saúde e possui a necessidade de saneamento dessas demandas.

4.3 Necessidade de saneamento das demandas de saúde no Poder Judiciário

Em relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça acerca da Judicialização da Saúde no Brasil¹⁵, foi verificado crescimento de aproximadamente 130% em processos judiciais de saúde demandados em primeira instância no período de 2008 a 2017, representando 50% maior que o número total desse tipo de processo, como analisado no gráfico do relatório a seguir:

Gráfico 3 – Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância) - Processos relativos à saúde em tramitação e já concluídos/arquivados, conforme informado pelos tribunais por meio da LAI.

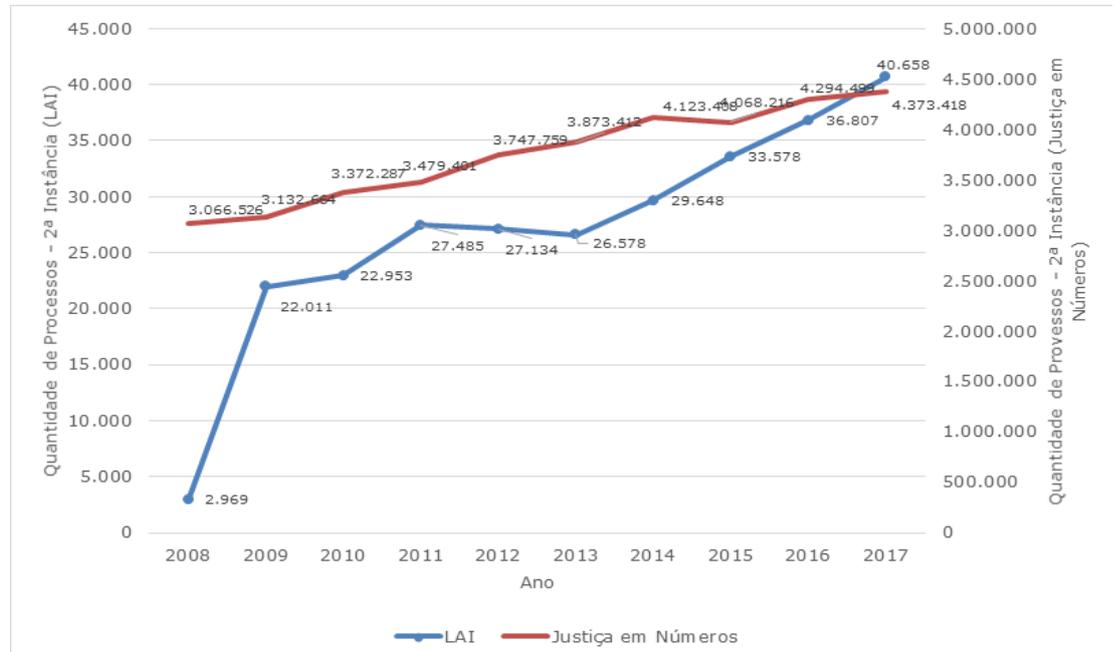


Fonte: Conselho Nacional de Justiça

¹⁵ Relatório completo disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2021.

Referente aos processos de segunda instância, o levantamento foi feito entre os anos 2009 e 2017, e o aumento de processos judiciais para a saúde é de 85%, como se afere:

Gráfico 4 – Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância).



Fonte: Conselho Nacional de Justiça

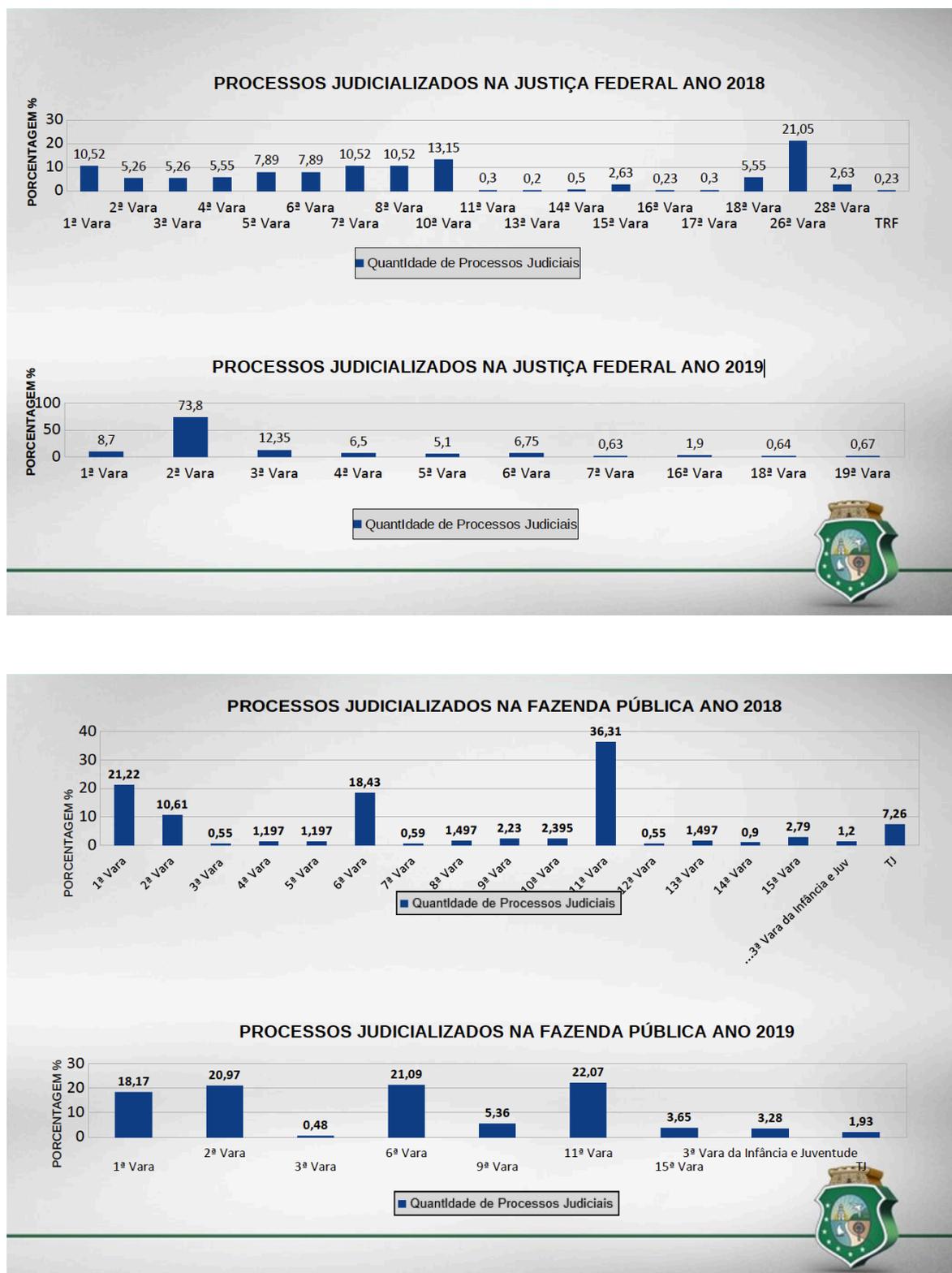
Inicialmente, deve-se comparar o cenário nacional com o do órgão de saúde da Administração Pública do Ceará, que percebe que há esse aumento acima da média anual, principalmente quando verificado que até o ano de 2017 há esta progressão.

Vale ressaltar que consideram-se processos judiciais na saúde desde demandas sobre planos de saúde e seguro até sobre fornecimento de medicamentos e cirurgias pelo SUS.

O enfoque deste trabalho é o sistema de saúde proporcionado pelo Estado, e, quando percebido – conforme demonstrado no Gráfico 1 - que existe uma tendência de diminuição da progressão após 2017, deve-se atentar ao esforço realizado pelo próprio Poder Executivo, como constatado no tópico anterior.

Destaque-se, também, em consideração ao capítulo anterior, o número de processos de judicialização da saúde para o Estado do Ceará em um comparativo entre a Justiça Estadual (ausência da União no polo passivo) e na Justiça Federal (União e Estado como partes no polo passivo).

Gráfico 5 – Processos Judicializados na Justiça Federal e Estadual nos anos de 2018 e 2019:



Fonte: Secretaria da Saúde do Ceará¹⁶

¹⁶ Dados colhidos em pesquisa de campo na Superintendência Jurídica da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará em 30 de abril de 2021.

Registre-se que houve uma mudança na justiça federal no que concerne à distribuição de varas de 2018 para 2019, com a 2ª vara federal recebendo o maior número de casos relativos à judicialização da saúde que tem como parte o Estado do Ceará, além da própria União.

No entanto, o número de casos no âmbito da vara da fazenda pública na justiça estadual ainda é significativo no comparativo de 2018 a 2019 no que concerne tanto ao número de varas que recebem a demanda quanto ao alto número de casos, confirmando o que se apresentou no capítulo anterior. Nesse contexto, haveria causas de pedir que teriam a competência da União para figurar no polo passivo, situação que deveria fazer com o que o processo fosse declinado da competência do magistrado estadual para o federal.

Todavia, o Poder Judiciário também passa por reformas tanto administrativas quanto nas próprias decisões judiciais que podem trazer uma menor litigância, como o fato abordado no primeiro capítulo sobre a padronização das decisões, e os próprios precedentes judiciais que possuem aceitação de outros tribunais e da própria sociedade.

Levantamentos, de acordo com os que foram aqui apresentados pelo CNJ, demonstram a preocupação existente por parte do Poder Judiciário, além de que outras práticas, como a especialização dos juízes em Jornadas de Direito da Saúde consoante o Fórum Nacional do Judiciário para Saúde, proporcionam a natureza de tecnicidade discutida neste trabalho para as decisões judiciais, e dados como os referenciados pela Secretaria da Saúde do Estado do Ceará refletem a necessidade dessa estruturação.

A capacitação do magistrado é fundamental para decisões com caráter de integridade, observando todos os fatores como o próprio sistema de saúde, pois, devido à sensibilidade dos casos de saúde, os juízes podem ser levados a decidirem de maneira emotiva, daí também a importância dos precedentes judiciais para assegurar a isonomia ao tratar do mesmo modo os casos análogos, dando segurança jurídica.

Ainda no âmbito do CNJ (2014, *online*), importante trazer enunciados, muitos aprovados em jornadas de direito da saúde, citando, por exemplo, o Enunciado nº 15 que trata sobre as prescrições médicas apresentadas na ação judicial:

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.

O CNJ tem papel fundamental na organização interna do Judiciário, inclusive auxiliando os próprios magistrados, e, para isso, enunciados como esses ajudam no

momento da decisão para o juiz saber o que deve ser considerado, o que, em números, no mesmo Relatório que cita os Gráficos 3 e 4, pode-se perceber o aumento exponencial da quantidade de menções ao termo “prescrição médica” em decisões de primeira instância no Brasil.

Gráfico 6 – Menção ao termo “prescrição médica” em decisões de primeira instância no Brasil em processos judiciais em saúde.

ANO	NÚMERO DE DECISÕES JUDICIAIS COM O TERMO “PRESCRIÇÃO MÉDICA”	PORCENTAGEM DO TOTAL DE PROCESSOS EM SAÚDE
2002	1	5%
2003	4	13%
2004	5	12%
2005	1	2%
2006	9	9%
2007	17	10%
2008	31	11%
2009	77	12%
2010	316	18%
2011	843	22%
2012	2014	23%
2013	5793	28%
2014	6921	30%
2015	7722	35%
2016	6120	33%
2017	2642	35%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Ou seja, o perito médico terá que preencher todas essas lacunas referenciadas pelo CNJ para que o magistrado possa proferir decisão favorável ao fornecimento do medicamento, por exemplo.

No entanto, caso o judiciário demonstrasse a forma em que se deve pleitear o medicamento pretendido, poderia implicar em mais litigância? Ou não, considerando que grande parte da demanda pode não obedecer aos critérios elencados pelo Enunciado nº 15, por exemplo?

O que é fato é que a participação do judiciário com esses elementos que foram colhidos interinstitucionalmente, após discussões com instituições deliberativas sobre o

tema, além de associações médicas e farmacêuticas, pode representar um grande avanço para o não abarrotamento de processos judiciais desnecessários, considerando que os próprios fóruns realizados pelo CNJ, e isso influenciando nas decisões judiciais, podem ter esse caráter mais amplo em discussões complexas e sensíveis como a saúde

Melhor ainda, é a compreensão do Poder Executivo em tanto participar dessas jornadas como internalizar essas decisões a ponto de garantir a informação necessitada pelo paciente e buscada pelo prescritor médico e a percepção que tem, em seu sistema de saúde, de forma que evitaria, desde já, a judicialização.

O movimento de desjudicialização da saúde, como se compreende nesse caso, é interligado à tecnicidade e à participação das instituições, sendo buscado o meio judicial quando realmente houver a ofensa ao direito à saúde.

Frise-se que a participação do judiciário nesse movimento se dá de forma involuntária, sem impedir a litigância, mas as partes, quando forem propor a ação, perceberão que existe respeito a precedentes judiciais compostos de técnica e participação interinstitucional.

Ademais, o papel dos tribunais superiores é fundamental na organização das diretrizes do judiciário quando a sua decisão judicial não representar uma judicialização ou ativismo na política de saúde pública, mesmo havendo não cumprimento do direito por ente público, a citar, um município pequeno que não tenha capacidade instalada suficiente para sistematizar determinados tratamentos para portadores de deficiência. Nessa perspectiva, deve-se invocar o princípio constitucional da solidariedade entre as entidades da federação brasileira.

O art. 23 da Constituição Federal, no inciso II, dá como competência dos três entes da federação “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Portanto, como aduzido no parágrafo anterior, ficando clara a dificuldade do município de pequeno porte em dar o adequado tratamento aos deficientes, o Estado, através de uma rede regionalizada, deve atender essa demanda.

O ato de condenar o município a prestar tal atendimento representaria uma afronta às próprias políticas de saúde existentes, quando o Estado cria, de acordo com as próprias diretrizes do SUS, uma rede que assista a todas às regiões de seu Estado, além do que uma decisão coercitiva ao ente municipal representaria uma afronta à própria Constituição e ao princípio da solidariedade.

Assim, Renato Luís Dresch (2014, p. 53) cita decisão do Pleno do STF que respeitou o princípio constitucional da solidariedade, prestigiando as políticas públicas de saúde:

Ao decidir da STA-CE nº. 175, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF deixou expresso que “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente”. Ao entender que nas demandas judiciais devem ser prestigiadas as políticas públicas instituídas, o Supremo Tribunal Federal reconhece a validade das normas administrativas que regulam a saúde, inclusive quanto às regras de repartição de competência.

Dessa forma, advogados, promotores e defensores públicos devem observar a existência de uma rede regionalizada que abranja determinado município que não consiga prestar o atendimento desejável à saúde, muitas vezes, também, por já existir a rede estadual ou federal.

O contexto constitucional já está expresso, todavia a hermenêutica do texto necessita se esclarecer que, apesar das competências específicas das entidades federativas, devem-se compreender os precedentes judiciais que proponham deliberações mais reais do que imposições supremas que desorganizem o sistema como um todo.

Desse modo, verificando como os Poderes Executivo e Judiciário vêm a se comportar dentro de uma necessidade de organização interna e externa e no saneamento das demandas judiciais de saúde, em busca de movimento de desjudicialização da saúde, é imprescindível refletir sobre os avanços e obstáculos na internalização desses precedentes judiciais propostos com os diálogos institucionais, dentro do contexto do Estado do Ceará.

4.4 Avanços e obstáculos na internalização dos Precedentes Judiciais na saúde do Estado do Ceará, a partir dos diálogos institucionais

No capítulo três, discutiu-se sobre a organização das competências dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, de modo que, quando a Constituição Federal prevê que as ações e serviços públicos de saúde respeitem a diretriz da descentralização, não propõe como seria tal regra. Nesse sentido, problematizam Daniel Sarmiento e Cristina Telles (2012, p. 122):

A própria referência a um sistema (art. 198, caput) já remete a um todo orgânico, cujas partes integrantes devem atuar de maneira harmônica e complementar. Aliando-se a isso a opção expressa pela descentralização como matriz organizacional do SUS (arts. 198, I e 30, VII), fica claro o propósito de conferir aos entes mais próximos aos cidadãos – os Municípios – a atribuição prioritária pela prestação direta dos serviços relacionados

à saúde, deixando-se aos demais entes atribuições específicas, que demandem enfoque regional – no caso dos Estados – ou nacional – no caso da União –, e subsidiárias.

As atribuições divididas de maneira harmônica e complementar trazem uma divagação sem concretude, de modo que, em uma ação judicial que requeira fornecimento de medicamento para tratamento oncológico em face dos três entes federativos, mesmo sendo esta atribuição da União, caso o Estado possua o medicamento, este irá fornecer, suportando um encargo financeiro que não deveria ser dele, no caso, tratando-se de medicamento oncológico, um grande encargo financeiro.

Se não há harmonia entre os entes, busca-se a via judicial para ressarcir o recurso investido, e a responsabilidade do judiciário é de tratar de forma a conceber essa organização tripartite e respeitar as competências definidas.

Dessa forma, a obediência a critérios definidos por comissões que deliberam democraticamente e com capacidade institucionalizada e especializada sobre o tema representa um avanço da internalização desse precedente judicial, tendo em vista que o ente federativo da União saberá da obrigação que tem em ressarcir recurso investido pelo Estado para medicamento oncológico com validação do judiciário, implicando uma provável discussão a nível administrativo no ressarcimento do valor, evitando a litigância.

Por outro lado, o próprio judiciário poderá apresentar circunstâncias adversas ao que é discutido pelas instituições competentes, afinal, como Glauco Salomão Leite (2017, p. 216-217) discute, o Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, conhecendo seu poderio para definir de forma Suprema, ou melhor conceituando, com supremacia judicial, orienta as práticas dos entes, mas da forma como concebe:

É inegável, portanto, que a supremacia judicial reduz o campo das deliberações políticas majoritárias, impedindo até mesmo que o Poder Legislativo, através de lei ou emenda constitucional, se manifeste de forma contrária à posição sustentada pelo Tribunal. Na perspectiva da suprema judicial, portanto, os outros poderes devem aceitar a interpretação judicial da constituição como a correta, senão a única legítima. **Em consequência, os atores não-judiciais devem orientar suas práticas e decisões político-administrativas a partir dos próprios parâmetros fixados nos acórdãos dos Tribunais.** (grifos nossos)

Não haveria uma internalização de precedentes judiciais, mas uma imposição da decisão judicial que pode estar desrespeitando os critérios definidos pelas instituições democráticas, que passarão a respeitar, ou então, buscarão na mesma via judicial essa mudança de entendimento. Afinal, no exemplo do medicamento oncológico, o Estado com mais esse encargo terá dificuldades em conseguir arcar com todas as despesas dos

requerentes, os quais terão também esse precedente judicial como argumentação em mais litigâncias, agora só em face do ente estadual.

Ou seja, há o obstáculo colocado pela própria Suprema Corte em proferir acórdão que não traga a realidade institucional existente, bem como o obstáculo no Poder Executivo, que não conseguirá suportar este dever, logo, o precedente judicial não possui validade democrática, sendo “munição” para a litigiosidade.

Do mesmo modo, a crise sanitária causada pela pandemia do Coronavírus é outra “munição” para a litigiosidade pública, pois nunca o sistema de saúde foi tão usado, inclusive por quem é consumidor da saúde suplementar.

A partir do momento em que o Estado não consegue dar opções de leito, causando óbitos ou comorbidades advindas do não tratamento, sofrerá com indenizações, apresentando um cenário de não eficiência do serviço público de saúde.

Por isso, independentemente de precedentes judiciais que tragam a técnica auxiliada pelos NAT-JUS e NATS sobre a responsabilidade do Estado, ele não conseguirá efetivar o mínimo, e, portanto, encaminhará para um grande aumento da judicialização da saúde.

Afinal, com essa crise sanitária, como evitar mais um forte aumento na judicialização da saúde?

Partindo da esfera judicial, importante destaque deve ser dado à utilização da inteligência artificial, que permite a identificação por parte dos juízes de novas demandas repetitivas, utilizando-se, assim, dos precedentes judiciais para, logo, definir as questões.

Mais que isso, a utilização desse sistema de inteligência artificial pelos advogados permite evitar determinada litigância quando se verifica o respeito aos precedentes judiciais disponibilizados pelo *software*.

Dessa forma, se há decisão no sentido de que, durante a pandemia, todas as cirurgias eletivas serão prorrogadas, não devendo ser disponibilizadas pelo Estado, que deve priorizar as demandas relacionadas ao combate ao coronavírus, os litigantes que necessitam do determinado tratamento cirúrgico evitarão a judicialização nesse momento de crise sanitária.

Para além da observância dos precedentes judiciais, verifica-se o quase protagonismo da inteligência artificial, pois sistemas permitem a apreciação das decisões, mais que isso, eles fazem a própria decisão e, ainda, podem também estar a substituir o trabalho humano na litigância.

Discussões acerca da importância da inteligência artificial podem ser verificadas na obra de Yuval Noah Harari, em “21 lições para o século 21”, que aborda habilidades

fundamentais da inteligência artificial para os humanos, como a capacidade de se conectar com outras redes neurais e continuar aprendendo e a habilidade de se atualizar constantemente, diminuindo erros. (HARARI, 2018).

Dentro de uma pesquisa para analisar a internalização dos precedentes, e a litigância apenas quando necessária, o entendimento de mecanismos que auxiliam a decisão e a proposição da ação é fundamental para a percepção de um precedente judicial com aceitação social.

Saliente-se que a forma discutida neste estudo é da inteligência artificial utilizada como suporte ao magistrado e suporte ao advogado, e não hipótese de substituição dessas funções. Não obstante, é verdade que humanos já dão suporte a essas duas funções, então esses seriam substituídos?

Para esta pesquisa, o que importa é o ganho para a teoria dos precedentes judiciais e o entendimento destes por parte dos litigantes e, principalmente, do requerido, no caso, o Estado, que poderá utilizar em situações como a do exemplo dos medicamentos oncológicos, ou que poderá compreender nos casos em que possui responsabilidade no atendimento da demanda.

Agora, partindo da esfera administrativa, para evitar um forte aumento da judicialização da saúde, merece atenção o movimento para a desjudicialização da saúde, ou seja, antes mesmo de se pensar na esfera judicial, a demanda já teria sido resolvida.

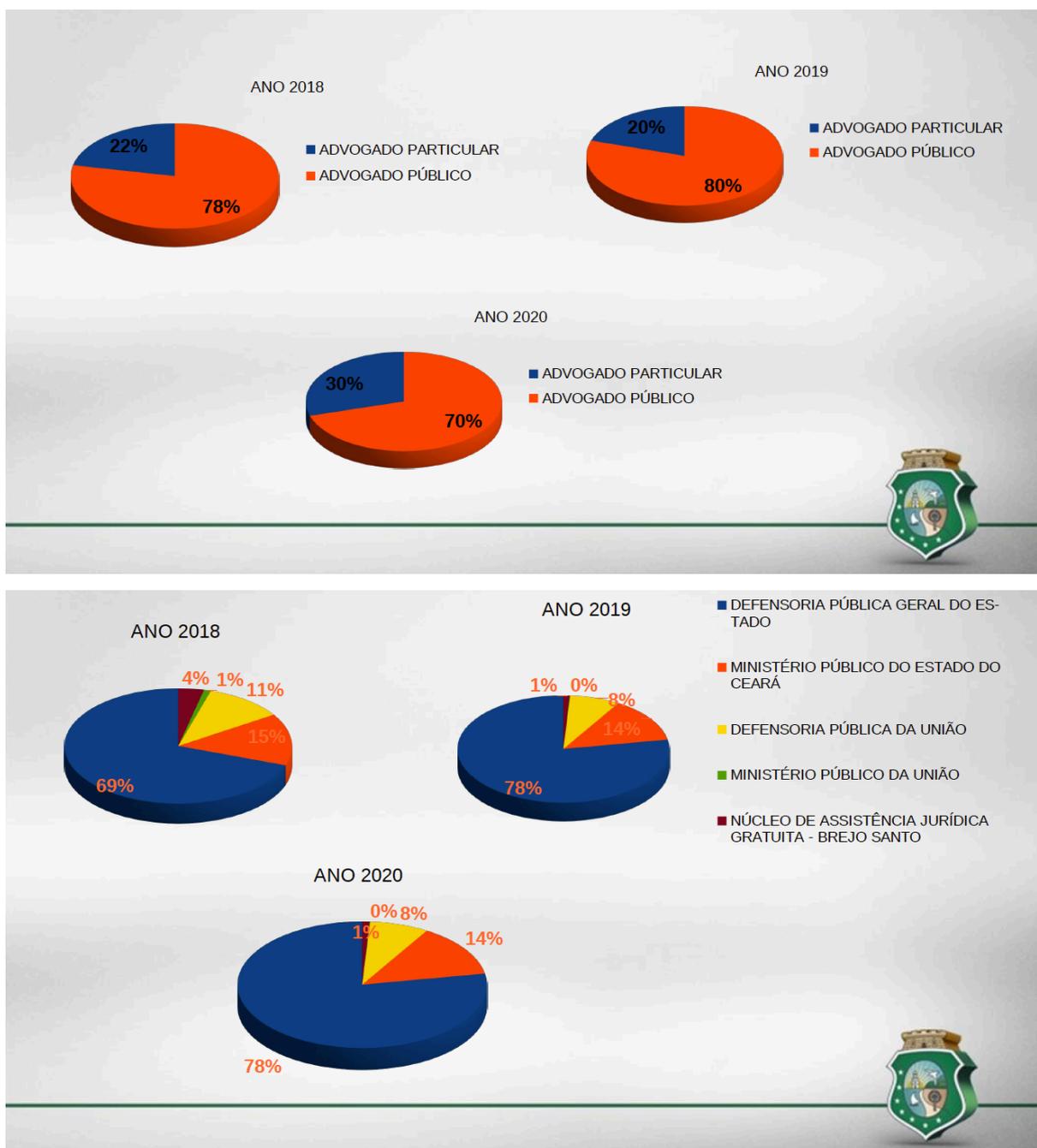
O referido movimento deve partir das próprias partes interessadas, o paciente, o prescritor, os representantes judiciais e a parte requerida, atuando de forma dialógica. Isso significa que o diálogo interinstitucional proposto na esfera judicial, agora, possui lugar distinto e a composição se dá de forma antecipada.

Resulta em uma menor litigância, em uma organização administrativa e na célere satisfação do direito, mas, para que isso ocorra, sua concepção deve ser bem compreendida para que se tenha um resultado razoável.

Dessa forma, uma possibilidade, resultado da pesquisa deste trabalho, a ser pensada em outra oportunidade seria o desenvolvimento de um manual com orientações à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao advogado de como deliberar a partir do momento em que recebe a demanda de saúde do requerente.

Esse envolvimento do Ministério Público e da Defensoria é primordial, até porque o advogado público, conforme dados coletados no Poder Executivo Estadual cearense, é o que mais demanda judicialmente em saúde, como se verifica nos últimos três anos:

Gráfico 7 – Demandas judiciais de saúde por advogado e por órgão público.



Fonte: Secretaria da Saúde do Estado do Ceará¹⁷

E, dentro dessa questão ainda se tem a problemática verificada no tópico anterior, que é do Ministério Público Estadual e Defensoria Pública cearenses, em causas que envolvem tratamento de saúde de competência federal, ajuizarem ação em face apenas do Estado ou do município, o que demonstra a necessidade do diálogo entre instituições e,

¹⁷ Dados colhidos em pesquisa de campo na Superintendência Jurídica da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará em 30 de abril de 2021.

também, do diálogo interno de cada uma dessas instituições, haja vista a autonomia que cada membro do Ministério Público possui ao receber uma demanda dessas.

No âmbito do manual, essas partes litigantes poderiam indagar ao prescritor os questionamentos presentes em alguns precedentes judiciais, a citar aqueles que trazem os enunciados do CNJ, como abordado neste capítulo, de modo que o médico responda a cada tópico.

Esse questionário também seria levado ao gestor do SUS, seja municipal, estadual ou federal, com perguntas mais inerentes ao sistema de saúde, daí se retorna à discussão da necessidade de disponibilização do sistema do NAIS para além das defensorias.

Essa tentativa de desjudicializar a saúde só poderia se organizar se dialogada entre todas essas entidades e, após debatido, formulada a cartilha e amplamente divulgada, inclusive à população em geral.

Por fim, o referido trabalho suscita os embates entre os poderes e como eles podem se organizar para poderem ser harmônicos, sendo mais específico, percepções internas e externas dos administradores são importantes para um movimento de organização interna que permita ao usuário estar satisfeito.

Estando insatisfeito, haverá uma quebra no equilíbrio dos poderes, que deverão se reorganizar e mudar o ciclo concebido, de modo que a “arena” judicial não pode ser antidemocrática para a satisfação do direito de um indivíduo.

Ao tempo que o Poder Executivo deve se remodelar diante de uma Constituição dirigente e estar atento às decisões judiciais que respeitam as instituições competentes.

Os precedentes judiciais quando auxiliados por núcleos técnicos, com a participação das mesmas instituições competentes, tendem a ser respeitados, sendo superados de acordo com o próprio movimento da sociedade.

Com esses critérios utilizados, a internalização dos precedentes judiciais pelo próprio judiciário poderá impactar no fenômeno da judicialização da saúde positivamente e poderá ser verificado pela parte demandada, o SUS, para se aperfeiçoar, não só internamente, mas como em seu “ponto de acesso”.

Proposições para a desjudicialização da saúde devem ser aprofundadas, mas sempre considerando a existência dos precedentes judiciais que nas decisões procuraram fortalecer os debates com os peritos dos temas e as próprias instituições competentes, que, inclusive, participarão do referido movimento, buscando a solução mais democrática para a tese.

CONCLUSÃO

O presente trabalho dissertativo buscou analisar os precedentes judiciais na saúde, já que o número de ações na área vinha numa crescente nos últimos anos e, com a alta demanda de assuntos repetitivos ou similares, uma mudança de cultura entre todos os poderes se faz necessária para que não haja uma desorganização total do Sistema Único de Saúde.

O problema deve ser analisado em vários aspectos. Inicialmente, como se chegou ao denominado fenômeno da judicialização da saúde, em que se observou os fatores multifacetados, sejam eles institucionais mesmo, mas passando por questões alheias ao texto de lei ou à estrutura organizacional, sejam questões sociopolíticas e jurídico-culturais.

A insegurança e a indefinição do judiciário na decisão de diferentes casos, mas com o mesmo fato pleiteado também possui responsabilidade, tanto que se estudou sobre a formação dos precedentes judiciais, que possuem origem em outros países, e o Brasil foi influenciado por alguns deles, mas, como observado, até agora não há uma tradição concreta no país, de modo que ainda está se construindo, e isso demonstra a relevância da pesquisa.

Na área da saúde, percebeu-se que existem decisões advindas de tribunais superiores que causaram impacto direto nas litigâncias posteriores, como o Tema Repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça, que trata sobre o fornecimento de tratamento fora dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS), o que seria inimaginável no início da formação da jurisprudência do tema, demonstrando, nesse aspecto, um avanço.

Outro avanço foi a decisão do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 657.718, em que o tribunal, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, estabeleceu requisitos para o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, corroborando o caráter de integridade em decidir, analisando todos os aspectos, tanto o do cidadão pleiteante como o do próprio SUS e sua organização interna.

No que se trata sobre tal organização interna e o impacto causado pelo Poder Judiciário, é a temática das competências dos entes federativos no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, em que as próprias instituições que estruturam o SUS fizeram um sistema no qual cada ente federado tinha responsabilidade sobre cada tipo de doença, como, por exemplo, os fármacos oncológicos, para tratamento do câncer, que seriam de atribuição da União.

Verificou-se, contudo, que alguns tribunais não observam essa estruturação e demandam o ente federativo que possui, de imediato, o medicamento, como o Estado do Ceará, que, na pesquisa, recebeu o encargo que seria federal, apesar de, nas decisões, haver espaço para o ressarcimento, conforme precedente judicial em tese de repercussão geral nº 793, no recurso extraordinário nº 855178 do STF, em que compele ao juiz tal decisão de quem deve cumprir a determinação.

Assim mesmo, alguns magistrados, para tomarem a decisão da maneira de fornecimento de algum tratamento de saúde, demonstraram postura dialógica, ao convocar todas as instituições que possuem participação no processo de saúde da população, como órgãos públicos, associações da sociedade civil representando o povo, Ministério Público e defensorias, para que em demandas futuras já se tenha uma organização na forma de resolver o problema em questão.

Medidas tomadas antes de serem judicializadas podem ser mais céleres e mais econômicas a todas as partes, baseando-se nesses precedentes judiciais, de modo a fazer com que a parte mais litigada, que seria o SUS, em especial, a rede estadual de saúde, tente se organizar para evitar futuras demandas.

Mas há interesse nessa organização? Afinal, tendo precedente judicial, a ideia é que a litigância aumente, já que se o cidadão não cumprir com aqueles requisitos, não teria direito. No entanto, o direito à saúde é universal e a matéria dos precedentes judiciais e o respeito a tal mudança de comportamento ainda passa por uma fase de compreensão cultural, principalmente pelos membros do Poder Judiciário.

Verificou-se, ainda, que o Estado do Ceará, com base na progressão existente na judicialização da saúde, iniciou um trabalho de organização interna para poder impactar externamente, ou seja, prestar o serviço da forma mais eficiente possível. Com base nos números, há uma evolução, mas que não significa sucesso, afinal continua alto o investimento financeiro com a pauta.

Contudo, não é apenas o aspecto financeiro, mas sim o sistema de saúde ter condições de atender ao público no momento em que ele precisar e, para tanto, um trabalho de diálogo entre as instituições pode ser essencial para se conseguir isso, pois a ausência ou falha de comunicação pode fazer com que locais em que possuam disponibilidade de leito ou de

fornecimento de medicamento não sejam utilizados, enquanto outros tenham uma demanda reprimida (indisponível).

Mesmo essa organização sendo de responsabilidade do SUS, as demais instituições que judicializam precisam buscar resolver a demanda de maneira efetiva, e não transferir de modo livre ao Poder Judiciário para que nele se defina o destino daquele paciente ou uma punição à gestão pública que falhou na prestação do serviço.

Desse modo, a necessidade na mudança de comportamento de todas as entidades interessadas e participantes do tema é o que faz com que os índices de abarrotamento de processos judiciais diminuam, ou o impacto administrativo-financeiro do poder executivo seja menor e planejado, ou, mais importante, contribui para que a população consiga efetivamente resolver seu problema de saúde de modo isonômico.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan/jun. 2011.

ASENSI, Felipe. **Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: Alumnus, 2015.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria (Org.). **Políticas, planejamento e gestão em saúde: abordagens e métodos de pesquisa**. – Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo** – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em 5 nov. 2020.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, 2018. p. 1769-1811. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em 17 dez. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Coord.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150

BONASOLI, Camilla Oikawa. O sistema de precedentes e a judicialização da saúde: uma análise à luz do julgamento do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175 pelo Supremo Tribunal Federal. Monografia (Graduação) - **Universidade Federal do Paraná**, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/62421/CAMILLA%20OIKAWA%20BONASOLI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 26 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 15**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU** de 17.3.105. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

_____. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **DJE/CNJ** nº 61/2010, de 7.4.2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp, nº 668216 – São Paulo. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 13/04/2007, publicado em **DJe** 02/04/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp, nº 1.733.013 – Paraná. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10/12/2019, publicado em **DJe** 20/02/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/04/2018, publicado em **DJe** 04/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no EREsp, nº 1.729.566 – São Paulo. Relator: Luís Felipe Salomão. Julgado em: 12/03/2018, publicado em **DJe** 19/03/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ProAfR no REsp, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 26/04/2017, publicado em **DJe** 03/05/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, nº 1.657.156 – Rio de Janeiro. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 24/05/2017, publicado em **DJe** 31/05/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1536612 RS 2014/0288883-8, Relator (a): Min. JOEL ILAN PACIORNIL, julgado em 07/06/2018. **DJ** 20/06/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593049941/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1536612-rs-2014-0288883-8?ref=serp>. Acesso em: 1 jan. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em **DJ** 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 19 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, rel. Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Tribunal Pleno, **DJ** 17/03/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 22/05/2019. **DJ** 03/06/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 25 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178, Relator (a): Min. LUIZ FUX, julgado em 23/05/2019. **DJ** 16/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 91, Relator (a): Min. PRESIDENTE ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em **DJ** 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. STP 127 MC/SP, Relator: Min. Presidente DIAS TOFFOLI, julgado em 16/05/2019. **DJ** 22/05/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em: 27 dez. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 349-409.

CEARÁ. Justiça Federal do. **Processo** nº: 0002012-48.2006.4.05.8100. 6ª Vara Federal do Ceará. Julgado em 22/11/2017. Disponível em: www.jfce.jus.br. Acesso em: 27 dez. 2020.

_____. Poder Judiciário do Estado do. Processo nº: 0048662-15.2016.8.-6.0091. 2ª Vara da Comarca de Iguatu. Julgado em 25/02/2019, publicado em **DJCE** 29/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do. AI 0624524-14.2016.8.06.0000. Comarca de Granjeiro. Relª. Desª. Lisete de Sousa Gadelha. Julgado em 12/12/2016, registrado o em **DJCE** 12/12/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do. Processo nº 0188620-87.2019.8.06.0001. Comarca de Fortaleza. Relª. Desª. Rosilene Ferreira Facundo. Julgado em 19/10/2020, registrado o em **DJCE** 03/11/2020.

CLARO, Roberto Del. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do Tribunal constitucional federal alemão. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). **A Força dos Precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Precedentes Reguladores: uma afronta à Separação de Poderes e à independência judicial**. Paraná: JusPodivm, 2012.

COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Jânio Pereira da. **Democracia e Direito: o controle judicial de constitucionalidade da política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CUNHA, Jânio Pereira da; VALENTE NETO, José. O Pensamento de Oliveira Vianna e Francisco Campos na Era Vargas. *In*: CHAVES, Ana Karina Mendes; CUNHA, Jânio Pereira da; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; LEITÃO, Rômulo Guilherme (orgs.). **Constituição de 1937 e Constitucionalismo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 195-238.

DAHL, Robert. Tomada de decisões na democracia: a Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. Tradução de José Levi Mello do Amaral Júnior, José Jesus Cazetta Júnior e Telma Rocha Lisowski. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello (Orgs.). **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 463-483.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Estado do. AGI 2016.00.2.043964-5. Ac. 994.953. Quinta Turma Cível. Rel. Des. Robson Barbosa de Azevedo. Julgado em 08/02/2017, publicado em **DJDFTE** 08/03/2017.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas - SP: Saberes Editora, 2014. p. 27-57.

DUXBURY, Neil. **The nature and the authority of precedent**. Cambridge: Cambridge Universit Press, 2008. p. 1-57.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FLEURY, Sonia; FARIA, Mariana. **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas - SP: Saberes Editora, 2014.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999. p. 13-22.

GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. **Revista Autônoma de Processo**.n. 3, Curitiba, abr./jun., 2007.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Juliana Cesario Alvin. Constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático: características, modelos e contribuições para o debate brasileiro. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 587-614.

GOUVÊA, Marcos Masilli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & constitucional**. Curitiba, ano 15, n. 59, jan./mar. 2015. p. 63-91.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição e O controle judicial da constitucionalidade. In: **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEITÃO, André Studart. **O lado oculto da judicialização da previdência social** (livro eletrônico) - Fortaleza: Ed. do Autor, 2020.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de Precedentes e Ordenamento Jurídico: Proposta de um Paradigma Teórico. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 149-172, set./dez. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; GOODHAT, Arthur L. **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MADEIRA, Daniela Pereira. A Força da Jurisprudência. *In*: FUX, Luiz (coord). **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa**. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, São Paulo 8(2), p. 587-624, jul./dez. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: C. Bastos – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, pág. 144;

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado do. AC-RN 1.0699.10.001915-6/003. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. Julgado em 25/08/2015, publicado em **DJEMG** 01/09/2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. P. 79-144.

NUNES, Dierle. Demandas Repetitivas – Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. **Consultório Jurídico**, 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico#_ftn5. Acesso em: 11 jun. 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm. 3 ed. 2018. p. 202-272.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES NETO, J.M. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: um estudo de Law and Finance**. R. Curso Dir. UNIFOR, Formiga, v. 7, p. 21-35, jan./jun. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Lenir. ‘Não há falha na legislação do SUS, e sim no cumprimento dela’. **Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz**, Rio de Janeiro. 17 mar. 2020. Entrevista concedida ao site. Disponível em: <http://cee.fiocruz.br/?q=Lenir-Santos--Nao-ha-falha-na-legislacao-do-SUS-e-sim-no-cumprimento-dela>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado do. APL 1003544-83.2016.8.26.0562. Ac. 10033908. Santos. Décima Terceira Câmara de Direito Público. Rel^a. Des^a. Flora Maria Nesi Tossi Silva. Julgado em 30/11/2016, publicado em **DJESP** 26/01/2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 73-114.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. **Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?**. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **RIL Brasília**. a. 54. n. 214. Brasília. abr/jun. 2017. p. 131-152.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. As Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira. **ARGUMENTUM** – Revista de Direito – UNIMAR. n.4. Marília. 2004. p. 13-34 Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/698/351>. Acesso em: 11 jun. 2020.

SUNSTEIN, Cass R; Para além do princípio da precaução. **Revista de Direito Administrativo**. v. 259. Rio de Janeiro. Jan/abr, 2012. p. 11-71.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions** (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper (No. 156, 2002).

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. A. 61, n. 3. Milano: Giuffrè, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América** – Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLINDER, Tobjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15-26.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, jul./dez, p. 441-464, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2020.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review (Jeremy Waldrow). In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Tradução (artigo) de Adauto Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

WALTON, Douglas N. **Lógica Informal**. São Paulo: WMF MARTINS FONTES, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Introdução. In: WANG, Daniel Wei Liang (coord.). **Constituição e política na democracia**: aproximação entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-21.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo, nº 8, jul./dez, 2008. p. 539-568.