

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS HUMANAS, JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIA ASTARITA SANGOI

**A APLICAÇÃO PELO TRF3 E PELO TJSP DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS 657.718 E 1.165.959 E SEUS REFLEXOS
NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

CAMPINAS/SP

2023

LUISA ASTARITA SANGOI

**A APLICAÇÃO PELO TRF3 E PELO TJSP DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS 657.718 E 1.165.959 E SEUS REFLEXOS
NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, curso de Mestrado Acadêmico, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento Social.

Linha de pesquisa: Cooperação Internacional e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Peter Panont.

CAMPINAS/SP

2023

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Rizziolli Pires CRB 8/6920
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

342.7
S225a

Sangoi, Luisa Astarita

A aplicação pelo TRF3 e pelo TJSP dos recursos extraordinários 657.718 e 1.165.959 e seus reflexos na concretização do direito à saúde / Luisa Astarita Sangoi. - Campinas: PUC-Campinas, 2023.

267 f.: il.

Orientador: Peter Panutto.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2023.

Inclui bibliografia.

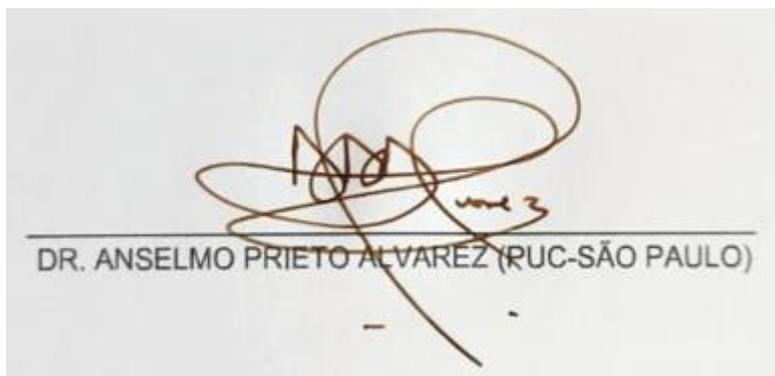
1. Direito à saúde. 2. Políticas públicas. 3. Precedentes judiciais. I. Panutto, Peter. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Escola de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 342.7

LUIA ASTARITA SANGOI
A APLICAÇÃO PELO TRF3 E PELO TJSP DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIOS 657.718 E 1.165.959 E SEUS
REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À
SAÚDE

Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e aprovada pela Banca Examinadora.

APROVADA: 27 de setembro de 2023.



DR. ANSELMO PRIETO ALVAREZ (PUC-SÃO PAULO)



DR. PEDRO PULZATTO PERUZZO (PUC-CAMPINAS)



DR. PETER PANONT – Presidente (PUC-CAMPINAS)

“Each time a woman stands up for herself, without knowing it possibly, without claiming it, she stands up for all women.” - Maya Angelou.

AGRADECIMENTOS

O presente estudo foi finalizado em razão do apoio de muitas pessoas, que serão enumeradas a seguir, não em ordem de importância, mas conforme vieram me surgindo à mente.

Primeiramente, agradeço ao Ministério Público Federal... Por muito! Por ter me ensinado o imenso poder do estudo e conhecimento, nos anos de dedicação para me tornar Procuradora e nos anos de exercício do cargo. Por ter me mostrado, desde o início da carreira, em Redenção/PA, a verdadeira importância da garantia de direitos humanos num país de dimensões continentais e culturalmente diverso como o Brasil, em que a pobreza e desigualdade castigam grande parte da população. Por me conceder uma posição que me blinda de preconceitos que a maioria das mulheres sofre diariamente, me permitindo viver minha licença-maternidade com calma e sem ameaça de demissão. Por fim, pela valorização do estudo e a concessão dos afastamentos necessários para que eu concluísse o presente curso.

Em segundo lugar, aos meus filhos, por me transformarem em uma pessoa melhor todos os dias e por me fazerem entender de forma profunda a importância do direito à saúde.

Em terceiro lugar, agradeço ao meu marido, André Almeida de Azevedo Ribeiro, que me incentivou a fazer o mestrado na PUC-Campinas, sempre acreditou nos resultados dos meus estudos. Apoiou as decisões que permitiram que eu concluísse a dissertação. O seu amor e respeito me completam todos os dias e foram imprescindíveis para que eu chegasse até o final do curso.

Em quarto lugar, agradeço ao meu orientador, Peter Panont, que foi extremamente gentil e criterioso durante todo o mestrado. Sem seu olhar atento e sua condução, não teria sido possível alcançar o resultado do presente trabalho.

Em quinto lugar, agradeço aos meus pais, Luis e Rossana, que me ensinaram a dedicar meus melhores esforços em todas as minhas atividades pessoais e profissionais. Ao meu pai, Luis, pela troca de experiências sobre academia e pesquisa. À minha mãe, Rossana, pela torcida constante e incondicional. E a ambos por, na reta final do mestrado, em plenas férias escolares do meu filho, me auxiliarem a cuidar dos meus pequenos para que eu pudesse avançar e concluir a dissertação.

Em sexto lugar, agradeço aos anjos Maria Rozilene Odorico e Maria Aurileide Soares, que cuidaram do meu lar e dos meus filhos como se fossem delas, foram meus

olhos e ouvidos. O carinho delas me permitiu ter tranquilidade para me ausentar e escrever.

Em sétimo lugar, agradeço aos colegas de mestrado pelas trocas de experiência, desabafos e risadas. Graças a eles o avanço no mestrado foi mais leve. Obrigada!

Em oitavo lugar, agradeço a todos os professores do mestrado da PUC-Campinas, cujas aulas, ensinamentos e observações me fizeram evoluir como pesquisadora e permitiram que eu chegasse ao final do curso.

Por fim, agradeço a Deus pela força para concluir esse curso e por não me deixar esquecer de quem eu sou no processo de virar mãe e pesquisadora, ambos vivenciados durante o mestrado em Direito da PUC-Campinas.

RESUMO

Mediante análise de doutrina e estudo de casos, o presente estudo pretende examinar de que forma foram aplicados os precedentes decorrentes dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959, pelo TJSP e pelo TRF3, no controle judicial de políticas públicas para a garantia do direito à saúde. Para avaliar os impactos dessa aplicação, inicialmente foram estudadas as políticas públicas relativas ao direito à saúde e os reflexos da intervenção judicial nessas políticas. Foi, então, examinado, sob o enfoque do Código de Processo Civil de 2015, o processo de construção, no Supremo Tribunal Federal, dos precedentes relativos à concessão de medicamentos pelo Poder Público, que culminaram no julgamento dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959. No último capítulo, por meio de análise jurisprudencial, foi analisada a aplicação dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959 no âmbito TJSP e TRF3. O problema que se buscou desvendar por meio da pesquisa é se e de que forma ocorreu a aplicação dos precedentes decorrentes dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959 pelo TJSP e TRF3. A hipótese principal era de que a aplicação destes precedentes estava ocorrendo de forma irregular. A hipótese secundária era de que essa falta de uniformidade nos julgamentos geraria prejuízos às políticas públicas de saúde, as quais necessitam de estabilidade e uniformidade no tratamento da matéria.

Palavras-chave: Direito à saúde. Políticas públicas. Judicialização da saúde. Precedentes judiciais vinculantes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study used case law and legal doctrine to analyze how two Courts of the state of São Paulo, São Paulo Court of Justice (TJSP) and the Third Regional Court of Federal Justice (TRF3), have applied precedents 657.718 and 1.165.959 of the Brazilian Supreme Court, in judicial control of public policies that guarantee the right to health. To analyze these impacts, initially the research studied Brazilian public health policies and their control by the Brazilian Judiciary. Afterwards, it examined the creation process by the Brazilian Supreme Court of two Precedents about judicial concession of medication, 657.718 and 1.165.959, considering the 2015 Code of Civil Procedure. Ultimately, the study examined the application, by TJSP and TRF3, of these two Precedents. The main hypothesis was that the Jurisprudence of TJSP and TRF3 state lacked uniformity in the application of these precedents. The secondary hypothesis was that this lack of uniformity prejudices Brazilian public health policies, which need stability and uniformity to be effective.

Keywords: Right to Health. Public Policies. Judicialization of health. Binding precedents. Brazilian Supreme Court.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – ESQUEMA SIMPLIFICADO DAS REDES DE ATENÇÃO À SAÚDE.....	48
QUADRO 2 – A DIRETRIZ DA DESCENTRALIZAÇÃO E O PLANEJAMENTO DO SUS.....	50
QUADRO 3 – DESPESAS COM SAÚDE <i>PER CAPITA</i> EM DÓLARES AMERICANOS (2014 a 2020).....	59
QUADRO 4 - PERCENTUAL DO PIB DESTINADO À SAÚDE, FONTES PÚBLICAS E PRIVADAS, 2014, GRUPOS DE PAÍSES POR FAIXAS DE RENDA E ALGUNS PAÍSES SELECIONADOS.....	60
QUADRO 5: PERCENTUAL DO PIB DESTINADO À SAÚDE, FONTES PÚBLICAS E PRIVADAS, 2020, GRUPOS DE PAÍSES POR FAIXAS DE RENDA E ALGUNS PAÍSES SELECIONADOS.....	61
QUADRO 6: GASTOS COM SAÚDE NO BRASIL COMO PERCENTUAL DAS DEPESAS GERAIS (2015 a 2020).....	62
QUADRO 7: GASTOS COM SAÚDE COMO PERCENTUAL DAS DEPESAS GERAIS (2014 a 2020).....	63
QUADRO 8: EVOLUÇÃO DO GASTO COM SAÚDE NO BRASIL ENTRE 2013 E 2020.....	64
QUADRO 9: OUT-OF-POCKET EXPENSES ENTRE 2000 E 2021.....	68
QUADRO 10: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TJSP EM 2021.....	184
QUADRO 11: CASOS DE NEGATIVA DE MEDICAMENTOS PELO TJSP EM 2021.....	185
QUADRO 12: CASOS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO TJSP EM 2021.....	186
QUADRO 13: CASOS EM QUE HOVE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TJSP EM 2021.....	187
QUADRO 14: CASOS EM QUE HOVE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TJSP EM 2021.....	187
QUADRO 15: CASOS EM QUE NÃO HOVE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TJSP EM 2021.....	189
QUADRO 16: CASOS EM QUE HOVE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TJSP EM 2021.....	190
QUADRO 17: OBSERVÂNCIA PELO TJSP AO RE 657.718 EM 2021.....	190
QUADRO 18: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TJSP EM 2022.....	192
QUADRO 19: CASOS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO TJSP EM 2022.....	193
QUADRO 20: CASOS DE NEGATIVA DE MEDICAMENTOS PELO TJSP EM 2022.....	193

QUADRO 21: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TJSP EM 2022.....	194
QUADRO 22: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TJSP EM 2022.....	194
QUADRO 23: CASOS EM QUE NÃO HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TJSP EM 2022.....	196
QUADRO 24: CASOS EM QUE HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TJSP EM 2022.....	197
QUADRO 25: OBSERVÂNCIA PELO TJSP AO RE 657.718 EM 2022.....	198
QUADRO 26: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TJSP EM 2023.....	202
QUADRO 27: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TJSP EM 2023.....	203
QUADRO 28: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TJSP EM 2023.....	203
QUADRO 29: CASOS EM QUE NÃO HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TJSP EM 2023.....	204
QUADRO 30: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TRF3 EM 2021.....	207
QUADRO 31: CASOS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2021.....	207
QUADRO 32: CASOS DE NEGATIVA DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2021.....	208
QUADRO 33: CASOS DE MEDICAMENTOS SEM ANÁLISE DO MÉRITO NO RECURSO PELO TRF3 EM 2021.....	209
QUADRO 34: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TRF3 EM 2021.....	209
QUADRO 35: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TRF3 EM 2021.....	210
QUADRO 36: CASOS EM QUE NÃO HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2021.....	212
QUADRO 37: CASOS EM QUE HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2021.....	213
QUADRO 38: OBSERVÂNCIA PELO TRF3 DO RE 657.718 EM 2021.....	214
QUADRO 39: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TRF3 EM 2022.....	215
QUADRO 40: CASOS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2022.....	216
QUADRO 41: CASOS DE NEGATIVA DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2022.....	216
QUADRO 42: CASOS DE MEDICAMENTOS SEM ANÁLISE DO MÉRITO NO RECURSO PELO PELO TRF3 EM 2022.....	217
QUADRO 43: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TRF3 EM 2022.....	218

QUADRO 44: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TRF3 EM 2022.....	218
QUADRO 45: CASOS EM QUE NÃO HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2022.....	222
QUADRO 46: CASOS EM QUE HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2022.....	223
QUADRO 47: OBSERVÂNCIA PELO TRF3 DO RE 657.718 EM 2022.....	223
QUADRO 48: CASOS DE MEDICAMENTOS ANALISADOS NO TRF3 EM 2023.....	225
QUADRO 49: CASOS DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2023.....	225
QUADRO 50: CASOS DE NEGATIVA DE MEDICAMENTOS PELO TRF3 EM 2023.....	226
QUADRO 51: CASOS DE MEDICAMENTOS SEM ANÁLISE DO MÉRITO NO RECURSO PELO TRF3 EM 2023.....	227
QUADRO 52: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 PELO TRF3 EM 2023.....	227
QUADRO 53: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO ESPECIAL 1.657.156 PELO TRF3 EM 2023.....	228
QUADRO 54: CASOS EM QUE NÃO HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2023.....	231
QUADRO 55: CASOS EM QUE HOUE VIOLAÇÃO AO RE 657.718 PELO TRF3 EM 2023.....	232
QUADRO 56: OBSERVÂNCIA PELO TRF3 DO RE 657.718 EM 2023.....	233
QUADRO 57: CASOS DO TJSP ANALISADOS NO QUE TOCA À OBSERVÂNCIA AO RE 1.165.959 EM 2022.....	235
QUADRO 58: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.165.959 PELO TJSP EM 2022.....	235
QUADRO 59: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.165.959 PELO TRF3 EM 2022.....	237
QUADRO 60: CASOS EM QUE HOUE MENÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.165.959 PELO TRF3 EM 2023.....	239

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO	23
1. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais.....	23
2. Direitos Sociais e Políticas Públicas.....	26
3. Histórico do Direito à Saúde.....	29
3.1. Histórico do Direito à Saúde no Direito Internacional.....	29
3.2. Histórico do Direito à Saúde e das Políticas Públicas de Saúde no Brasil.....	33
4. O Direito à Saúde e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil.....	39
4.1. Conceito e elementos do Direito à Saúde.....	39
4.2. Diretrizes Constitucionais do Direito à Saúde.....	42
4.2.1. Universalidade.....	42
4.2.2. Integralidade.....	43
4.2.3. Regionalização e hierarquização.....	46
4.2.4. Descentralização.....	49
4.2.5. Participação Social.....	51
5. Problemas apontados pela doutrina nas Políticas Públicas de Saúde Brasileiras.....	52
5.1. Financiamento da Saúde no Brasil.....	52
5.2. Participação do Setor Privado e Segmentação da Saúde Brasileira.....	64
6. A Judicialização de Medicamentos no Brasil.....	73
6.1. Argumentos Doutrinários contrários à judicialização de medicamentos.....	76
6.2. Argumentos Doutrinários favoráveis à judicialização de medicamentos.....	84
7. A Judicialização da Saúde e a Necessidade de Uniformização e Estabilidade nos julgamentos sobre a temática.....	90
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA DE PRECEDENTES NA ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	94
1. Análise das Tradições Jurídicas do <i>Civil</i> e do <i>Common Law</i>	94
1.1. Herança Romano-Germânica.....	94
1.2. O <i>Civil Law</i>	97
1.3. O <i>Common Law</i>	99
2. Evolução do Sistema Jurídico Brasileiro rumo ao Sistema de Precedentes.....	102
2.1. Histórico Legislativo.....	102
2.2. A aproximação dos sistemas do <i>Common</i> e do <i>Civil Law</i> no mundo e no Brasil.....	107

2.3. Os reflexos da Constituição de 1988 no Processo Civil brasileiro.....	111
3. Análise do Sistema de Precedentes na égide do Código de Processo Civil de de 2015.....	113
3.1. Princípios, regras e objetivos do Código de Processo Civil de 2015 e do Sistema de Precedentes.....	113
3.2. Deveres consectários do Sistema de Precedentes.....	116
3.2.1. Dever de Uniformização da Jurisprudência.....	116
3.2.2. Dever de manter a Jurisprudência Estável.....	116
3.2.3. Dever de coerência e integridade.....	117
3.3. Precedentes e Jurisprudência – distinções dentro do sistema brasileiro.....	121
3.4. <i>Ratio decidendi</i> e <i>Obter Dictum</i> – a importância da fundamentação das decisões para a identificação e aplicação de precedentes.....	125
3.5. A não aplicação de precedentes - <i>Distinguishing</i> e <i>Overruling</i>	128
3.6. A Regra da Universalização.....	130
3.7. Vinculação normativa.....	131
3.8. Quais precedentes são vinculantes no Código de Processo Civil de 2015.....	132
4. Considerações finais acerca do Sistema de Precedentes brasileiro e a garantia dos direitos constitucionalmente previstos.....	136

CAPÍTULO 3 - A FORMA DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 657.718 E 1.165.959 PELO TRF3 E PELO TJSP E SEUS REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....

1. Estudo acerca da Evolução Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde.....	140
1.1. O Julgamento do Recurso Extraordinário 271.286 pelo STF.....	140
1.2. A Audiência Pública 04 do STF.....	142
1.3. O Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 553.712/RS pelo STF.....	147
1.4. O Julgamento das Suspensões de Tutela (STA) ns. 175 e 278, das Suspensões de Segurança ns. 3724, 2944, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47 pelo STF.....	148
1.4.1. A STA 175, as Suspensões de Segurança 3724 e 2944 e a SL 47.....	148
1.4.1.1. Casos envolvidos.....	148
1.4.1.2. Fundamentos comuns aos votos e parâmetros decisórios.....	151
1.4.1.3. Análise dos casos concretos.....	156
1.4.2. A STA 278, a SS 3345 e a SS 3355.....	160
1.4.3. Considerações sobre os julgamentos das Suspensões pelo STF.....	160
1.5. O Julgamento da STA 211 pelo STF.....	161

1.6. O Julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 pelo STF (Tema 6)	162
1.7. O Julgamento do Recurso Extraordinário 855.178 pelo STF (Tema 793)	167
1.8. O Julgamento do Recurso Extraordinário 657.718 pelo STF (Tema 500)	168
1.8.1. Caso concreto.....	168
1.8.2. Debates entre os Ministros.....	170
1.8.3. Voto Vencedor do Ministro Barroso e Tese do Tema 500.....	172
1.8.4. Alguns pontos trazidos nos votos dos demais Ministros.....	174
1.9. O Julgamento do Recurso Extraordinário 1.165.959 pelo STF (Tema 1161)	177
1.10. Observação acerca do julgamento do Recurso Especial 1.657.156 pelo Superior Tribunal de Justiça em cotejo com a Jurisprudência do STF (tema 106)	179
2. Análise acerca da observância dos precedentes fixados nos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959.....	181
2.1. Pesquisa acerca da observância do RE 657.718 pelo TJSP.....	181
2.1.1. Parâmetros da pesquisa.....	181
2.1.2. Análise de 2021.....	183
2.1.3. Análise de 2022.....	191
2.1.3.1. Julgamentos dos 2119816-73.2022.8.26.0000 e 2128682-70.2022.8.26.0000.....	199
2.1.4. Análise de 2023.....	201
2.2. Pesquisa acerca da observância do RE 657.718 pelo TRF3.....	205
2.2.1. Parâmetros da Pesquisa.....	205
2.2.2. Análise de 2021.....	206
2.2.3. Análise de 2022.....	214
2.2.4. Análise de 2023.....	224
2.3. Análise acerca da observância ao precedente fixado no Recurso Extraordinário 1.165.959.....	233
2.3.1. Parâmetros da pesquisa.....	233
2.3.2. Pesquisa acerca da observância do RE 1.165.959 pelo TJSP.....	234
2.3.2.1. Análise 2022.....	234
2.3.2.2. Análise 2023.....	236
2.3.3. Pesquisa acerca da observância do RE 1.165.959 pelo TRF3.....	236
2.3.3.1. Análise 2022.....	236
2.3.3.2. Análise 2023.....	238
3. Os possíveis reflexos da aplicação ou não aplicação dos precedentes vinculantes do STF acerca da concessão de medicamentos nas políticas públicas relativas à saúde.....	239
CONCLUSÃO.....	246

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	253
A – LIVROS E ARTIGOS.....	253
B – DIPLOMAS ESTRANGEIROS, DIPLOMAS NACIONAIS, LEIS, PROJETOS DE LEI, JURISPRUDÊNCIA E RELATÓRIOS TÉCNICOS.....	264

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisou os reflexos da aplicação da teoria dos precedentes e da existência de precedentes vinculantes no controle judicial de políticas públicas para garantia do direito à saúde.

Após a Constituição de 1988, em decorrência de seu viés principiológico, o neoconstitucionalismo irradiou princípios constitucionais na aplicação das leis nacionais, criando, todavia, um cenário de incerteza jurídica, em que, ao realizar tal aplicação, os magistrados poderiam desconsiderar ou aplicar os textos legais de forma radicalmente distinta.

A Constituição Federal de 1988 previu um vasto rol de direitos sociais em normas programáticas, os quais dependem de leis e da execução de programas de ação para sua concretização. A aplicação desse rol de direitos sociais depende da atuação estatal em projetos que necessitam ser executados a médio e longo prazo.

Por outro lado, a Constituição garantiu o direito de acesso à justiça e o controle constitucional das leis. Regulamentou de forma exauriente o sistema judiciário, com seus inúmeros graus de apreciação e de controle, desde o controle da compatibilidade da conduta de indivíduos com as leis, até a compatibilidade da execução de políticas estatais com as leis e a Constituição. Por fim, a Constituição submete as leis ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Com isso, vislumbra-se com clareza a instituição de um sistema de organização de poderes em que o Poder Judiciário se encontra com papel de protagonismo, e no qual este pode ser (e de fato é) acionado para tratar das mais diversas questões, o que termina por acarretar inevitavelmente o controle jurisdicional de políticas públicas.

Nesse contexto, o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde despontou como assunto de grande debate.

A doutrina jurídica nacional e internacional têm dedicado muita atenção ao estudo das políticas públicas destinadas à saúde da população, mormente após a Pandemia da COVID-19, durante a qual a população mundial assistiu ao colapso dos inúmeros sistemas de saúde.

Os desafios impostos pela Pandemia da COVID-19 intensificaram os

debates acerca das diretrizes mínimas que devem nortear os Sistemas de Saúde, debates estes que, no Brasil, já eram bastante intensos em virtude dos inúmeros problemas no funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Não sendo possível retirar da esfera de apreciação pelo Poder Judiciário a violação de direitos sociais - os quais são objeto de políticas públicas e, portanto, acarretam a interferência jurisdicional nas políticas públicas, revela-se de suma importância o questionamento acerca de como as decisões judiciais estão sendo tomadas. É nesse ponto que o presente estudo culminou.

O direito à saúde é um direito fundamental, tendo sido instituído um Sistema de Saúde de matriz universal pela Constituição de 1988. Diante da força normativa da Constituição, uma imensa diversidade de decisões judiciais, com requisitos variados, buscaram resguardar o direito à saúde de inúmeros indivíduos, drenando recursos públicos do orçamento geral da saúde. Surgiram, então, questionamentos acerca de quais medicamentos e serviços de saúde deveriam ser garantidos pela via judicial. Quanto do orçamento público da saúde poderia ser gasto com um só indivíduo, considerando que os recursos são limitados?

Como Procuradora da República, iniciei minha carreira no Sul do Pará, em Redenção, tendo me deparado com condições absolutamente precárias do Sistema Público de Saúde local. Após, ao ser lotada em Santarém/PA, realizei vistoria no hospital municipal, acompanhando de perto o déficit de infraestrutura deste.

Ainda em Santarém atuei em caso que envolvia o completo abandono de obra do hospital materno infantil, que permanecia inacabada após muitos anos do seu início. Nesse momento, o acionamento do Poder Judiciário se revelou inevitável para a finalidade de compelir o Poder Público à retomada da obra.

Também no Ministério Público recebi demandas advindas de indivíduos que buscavam o acionamento do Poder Judiciário para a obtenção de fórmula especial para bebês que tinham alergia à proteína do leite.

Ante a imensa variedade de demandas que podem chegar ao Poder Judiciário acerca da garantia do direito à saúde, desde a escala individual até a coletiva, veio em mim a certeza da importância de um estudo mais aprofundado sobre a judicialização da saúde e de critérios e requisitos para a obtenção de provimentos jurisdicionais.

A necessidade de uniformidade e coerência nos julgamentos é de suma

importância para garantir que o acionamento do Poder Judiciário seja de fato um mecanismo de aprimoramento do sistema de saúde, e não um dreno desordenado e ilógico do orçamento público.

Deveras, há valores limitados no Sistema de Saúde que precisam ser investidos de acordo com os fins determinados pela coletividade. A garantia de todo e qualquer produto relativo à saúde individual não é possível nesse contexto sem comprometer a utilização dos recursos para os fins prioritários.

Dito de modo claro: fornecer um tratamento experimental que custe milhões de reais pode comprometer a vacinação infantil, impedir a existência de uma UTI neonatal, entre outros serviços de saúde fundamentais e imprescindíveis no contexto nacional.

Nesse sentido, o presente trabalho contribuiu para o estudo das políticas públicas de saúde ao analisar a forma com que o controle judicial de políticas públicas interfere no processo de definição dos elementos essenciais do direito à saúde e suas políticas públicas e os possíveis efeitos que a observância de um sistema de precedentes pode gerar na execução dessas políticas e na concretização do direito à saúde no Brasil.

A teoria dos precedentes e a aplicação de precedentes vinculantes vêm justamente no sentido de delimitar o espaço decisório dos magistrados, ao criar um sistema de aplicação de decisões pelos tribunais superiores, que vinculam e delimitam a atividade do juiz de primeiro grau.

O Código de Processo Civil de 2015 previu um sistema de precedentes vinculantes que delimita a atuação dos juízes em discussões legais e constitucionais aos precedentes construídos pelos Tribunais.

Essa delimitação gera incremento na segurança jurídica e reduz os malefícios do ativismo judicial, uma vez que o processo de formação de um precedente é diverso do julgamento casuístico pelos inúmeros magistrados de primeira instância, casuísmo este que, muitas vezes, acarreta tratamentos díspares para situações fáticas idênticas no que concerne à aplicação de direitos sociais.

Nesse aspecto, um sistema com precedentes vinculantes pode conter a instabilidade jurídica decorrente de interpretações divergentes, bem como garantir que os direitos sociais, quando submetidos ao Poder Judiciário, serão abordados com debate prévio e decisões consistentes e uniformes.

O debate e o procedimento que gerará o precedente a ser aplicado é imprescindível para a formação de precedentes sólidos, que se sustentem ao longo do tempo e garantam segurança jurídica na efetivação das políticas públicas e, conseqüentemente, dos direitos sociais no Brasil.

Nesse sentido, a presente dissertação analisou a evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com enfoque no processo de construção, pelo Supremo Tribunal Federal, de dois precedentes relativos ao direito à saúde, os Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161).

No Recurso Extraordinário 657.718, analisou-se a concessão judicial de medicamento sem registro na ANVISA. Já no Recurso Extraordinário 1.165.959, a Suprema Corte se debruçou sobre a concessão judicial de medicamentos sem registro, mas com autorização de importação da Agência Sanitária.

Após esse estudo, foi examinada a aplicação desses dois precedentes pelo TJSP e TRF3.

A hipótese principal do presente estudo era de que não estaria ocorrendo a aplicação consistente e uniforme dos precedentes firmados nos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959 acerca da concessão de medicamentos pela via judicial, o que pode gerar prejuízos às Políticas Públicas de Saúde.

Essa hipótese foi falseada mediante pesquisa de Jurisprudência, no intuito de verificar de que forma a aplicação de precedentes contribui para a limitação da atuação judicial, gerando estabilidade na definição de diretrizes que contribuam para a garantia do direito social à saúde à população brasileira.

O método de abordagem escolhido para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa doutrinária e estudo de casos.

No primeiro capítulo e no segundo capítulo, foi realizada pesquisa na doutrina nacional e internacional acerca do direito à saúde, a judicialização desse direito e o sistema de precedentes instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015. Nessa parte do estudo, analisou-se o direito à saúde e as políticas públicas de saúde brasileira, com exame do conceito de direito à saúde e das diretrizes constitucionais a que se submete o direito à saúde. Foram examinados, ao longo dessa análise, os órgãos e políticas públicas destinados à garantia do direito à saúde, bem como dois problemas apontados pela doutrina no funcionamento dessas políticas: o subfinanciamento e a segmentação. Efetuado

esse estudo preliminar, foi analisado o controle jurisdicional das políticas públicas relativas à saúde e seus impactos na execução do Sistema Único de Saúde.

Então, no segundo capítulo foi estudado o sistema de precedentes pelo CPC de 2015, ocasião em que se procurou delimitar a sistemática de funcionamento desse sistema no Brasil, a partir de conceitos trazidos pela doutrina nacional e internacional sobre o tema.

Por fim, no terceiro e último capítulo, foi analisado o processo de construção dos precedentes da Suprema Corte brasileira relativos à concessão judicial de medicamentos, a partir dos debates ocorridos na audiência pública realizada em 2010 acerca do assunto, processo este que culminou no julgamento dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959. Após, foi realizada pesquisa de Jurisprudência acerca da observância ou não pelo TJSP e pelo TRF3 dos precedentes fixados pelo STF nos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959.

Foi lido o inteiro teor dos acórdãos, ementas e votos, com a finalidade de verificar se houve ou não a observância expressa ou implícita do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959. Analisou-se, também, se foi mencionada a observância desses precedentes nos julgamentos referidos ou levada em conta a existência dos precedentes em questão nos fundamentos decisórios.

A partir do estudo do processo de construção dos precedentes em questão e do levantamento de jurisprudência acerca da observância deles pelo TJSP e pelo TRF3, foi, então, finalizado o estudo por meio da análise dos possíveis efeitos da aplicação do sistema de precedentes na garantia do direito à saúde no Brasil.

Nessa análise, buscou-se entender em que medida a existência e a aplicação de precedentes pode interferir no controle judicial de políticas públicas que asseguram o direito à saúde, examinando-se as repercussões futuras esperadas do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, quando se trata de planejamento governamental e da garantia do mínimo existencial do direito à saúde.

O tema se vincula à linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos Humanos, pois busca encontrar formas de garantir a efetividade do direito humano à saúde, que é um direito de matriz internacional. Desde a Convenção de Genebra de 1864, o direito foi previsto em âmbito internacional, tendo sido consagrado na Carta de São Francisco que criou a ONU, em 24 de outubro de 1945, definindo-se

a saúde, com a criação da OMS, como “estado de completa condição de bem-estar físico, mental e social, não apenas da mera ausência de doença ou enfermidade”. (BRASIL. USP, 2008). Igualmente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, assinada e ratificada no Brasil na data da sua promulgação, definiu a saúde como um direito de todos (ONU, UNICEF, 2021). Essa universalidade também foi foco, em 1978, da Declaração Alma-Ata, elaborada na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, tendo sido importante aspecto da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, que previu o direito à saúde e a universalização desse direito como uma das principais metas de desenvolvimento. Ante essa dimensão internacional do direito à saúde, que é abordada em inúmeros tratados e convenções ratificados pelo Brasil, o controle judicial das políticas públicas de saúde em seara local possui direta correlação com a cooperação internacional para a garantia de direitos humanos.

Dessa forma, a presente dissertação buscou contribuir para o estudo das políticas públicas de saúde brasileiras, aprofundando a análise da observância de dois importantes precedentes sobre o direito à saúde e sua observância no âmbito de São Paulo, para entender em que medida essa observância pode gerar impactos na garantia do direito à saúde.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

Neste primeiro capítulo será traçado um panorama do atual funcionamento das políticas públicas de saúde no Brasil, no intuito de buscar compreender os possíveis impactos positivos e negativos da judicialização em seu funcionamento.

1. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos Sociais

Inicialmente, cumpre brevemente conceituar direitos humanos, direitos fundamentais e direitos sociais.

Direitos humanos são aquele conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana digna. Não há um rol necessário desse conjunto de direitos, já que as necessidades humanas variam de acordo com o contexto histórico e social. De todo modo, os direitos humanos representam “valores essenciais que são, explícita ou implicitamente, retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais”. (RAMOS, 2014, p. 27-28)

Esses direitos essenciais do indivíduo possuem ampla diversidade de termos e designações. A doutrina tende a reconhecer que os direitos humanos seriam aqueles estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e convenções, enquanto os direitos fundamentais seriam aqueles positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico. Contudo, mesmo no direito internacional a nomenclatura “Direitos Humanos” não é sempre utilizada, havendo, inclusive, casos de normas internacionais que mencionaram “direitos fundamentais”, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia redigida em 2000 e alterada em 2007. (RAMOS, 2014, p. 49-51).

Segundo Jorge Miranda, direitos fundamentais seriam conceituados como aqueles inerentes à condição de ser humano, os quais todos devem possuir para fins de uma existência digna. Esse conceito se assemelha muito ao conceito de direitos humanos de André de Carvalho Ramos, demonstrando as confluências de conceitos (2011). Assim, utilizaremos aqui o termo direitos fundamentais como sinônimo de direitos humanos em esfera nacional.

No que toca à classificação dos direitos humanos, cumpre salientar, para os

fins desta dissertação, a teoria do *status* de Georg Jellinek.

Segundo essa teoria, o indivíduo pode ser encontrado em quatro posições distintas diante do Estado. (JELLINEK, 1970; RAMOS, 2014).

Na primeira situação, encontra-se em um estado de submissão denominado *status subjectionis* ou status passivo, ou seja, está em posição de subordinação em face do Estado, que possui atribuições que vinculam o indivíduo a determinadas condutas e deveres, os quais levam à implementação dos direitos de todos. (JELLINEK, 1970; RAMOS, 2014, p. 53-55).

Na segunda situação, o indivíduo possui status negativo (*status libertatis*) que limita as ações do Estado. Nessa classificação, os direitos limitam a atuação do Estado diante da vida privada do indivíduo. (JELLINEK, 1970; RAMOS, 2014, p. 53-55).

Na terceira situação, denominada status positivo ou *status civilitatis*, o indivíduo detém o poder de provocar o Estado para que interfira e garanta os seus direitos. É possível aqui exigir do Estado prestações positivas para a garantia dos direitos. Importa mencionar aqui o dever do Estado de manter a segurança pública, o sistema de Justiça e, com a evolução do Estado social, de garantir direitos que promovam a igualdade material. (JELLINEK, 1970; RAMOS, 2014, p. 53-55).

Na quarta situação, o indivíduo possui status ativo (*status activus*) de participar na formação da vontade estatal. Menciona-se aqui os direitos políticos e o direito a ocupar cargos públicos. (JELLINEK, 1970; RAMOS, 2014, p. 53-55).

A teoria do status de Jellinek foi ampliada por Peter Häberle que defendeu a ampliação do status ativo para *status activus processualis*, de forma que o indivíduo passe a ter direito de participar do procedimento de tomada de decisões por parte do Poder Público (HÄBERLE, 1997). Aqui é importante relembrar dos institutos do *amicus curiae* e da audiência pública como instrumentos que asseguram essa participação na tomada de decisão pelo Poder Judiciário. (RAMOS, 2014, p. 55)

Essa classificação traz em si importantes reflexos na compreensão dos direitos humanos, contemplando o direito ao devido processo legal, o direito de acesso à Justiça, de acionar o Poder Judiciário para obtenção de direitos (*status civilitatis*) e, por fim, o direito de participar do processo de tomada de decisão no processo, por meio do contraditório, de audiências públicas e do instituto do *amicus curiae*.

Dentro da evolução histórica, na discussão acerca de quais seriam os direitos essenciais à dignidade do homem, houve uma marcha até se considerar os direitos sociais também uma dimensão de direitos humanos.

As revoluções liberais inglesa, americana e francesa foram os marcos para a primeira clara afirmação histórica dos direitos humanos (RAMOS, 2014, p. 42). Assim, o conceito de direitos fundamentais surge dentro dessa ideologia do Estado Liberal, trazendo consigo “a postura individualista abstrata, de (no dizer de Radbruch) um ‘indivíduo sem individualidade’; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade”. (MIRANDA, 2011).

No final do século XVIII, foi defendida pelos Jacobinos a ampliação de direitos da Declaração Francesa a fim de que abarcasse também os direitos sociais à educação e assistência social. Em 1793, os revolucionários franceses editaram uma nova Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão com forte apelo à igualdade, com reconhecimento de direitos sociais como o direito à educação. (RAMOS, 2014, p. 45)

Restou claro, no século XIX, que, não obstante os direitos fundamentais devessem ser “direitos de todos”, alguns desses direitos eram claramente denegados a uma parcela dos cidadãos. Passam, então, no século XX, a serem “reivindicados, e sucessivamente obtidos, direitos econômicos, sociais e culturais”. Os direitos sociais surgem, portanto, como “garantia de segurança na necessidade”. (MIRANDA, 2011).

“A percepção da necessidade de condições materiais mínimas de sobrevivência foi ampliada pela persistência da miséria, mesmo depois da implantação dos Estados Constitucionais liberais”. (RAMOS, 2014, p. 45).

Há inúmeras divergências doutrinárias no que toca à distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais. Existem até mesmo autores que relegam os direitos sociais às garantias institucionais. De todo modo, no Estado Social de Direito, o dualismo termina sendo imposto pela experiência, não sendo admissível negar a categoria de direitos fundamentais aos direitos sociais. (MIRANDA, 2011).

Por outro lado, estudos das últimas décadas têm atenuado a distinção que considerava os direitos sociais “direitos positivos” (que exigem prestações estatais) e os direitos individuais “direitos negativos”. Ocorre hoje uma intercomunicação entre as duas categorias. (MIRANDA, 2011). Até porque os direitos individuais como os direitos políticos exigem inúmeras prestações estatais. Basta pensar no

tamanho do aparato estatal necessário para viabilizar a realização dos processos eleitorais. Portanto, a distinção entre direitos sociais e direitos individuais com base apenas nesse critério não parece ser a mais precisa.

Deveras, segundo Miranda, a principal tensão entre direitos sociais e individuais se dá na dialética e harmonização entre liberdade e igualdade. “Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade”. (MIRANDA, 2011).

Os direitos sociais, portanto, para atingir essa almejada igualdade, exercem-se por meio de prestações materiais do Estado diferidas no tempo. Previstos em normas constitucionais programáticas, esses direitos necessitam ser levados à concretização por leis do Poder Legislativo e atos administrativos normativos e executivos que os coloquem em prática. (MIRANDA, 2011).

Ver-se-á, ao longo do presente estudo, que essa evolução na teoria dos direitos humanos pode ser diretamente contemplada ao se visualizar a ampliação da judicialização da saúde e a importância do processo de construção de precedentes vinculantes sobre essa questão.

2. Direitos Sociais e Políticas Públicas

O Estado possui o dever de “definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”. (KRELL, 1999, p. 2).

Ocorre que as normas constitucionais sobre direitos sociais, encontradas nas Constituições de países europeus e latino-americanos, definem metas e finalidades. Cabe ao legislador ordinário elevar essas metas e finalidades a um nível adequado de concretização. As “normas-programa” preveem a realização de determinados fins e tarefas. Elas não representam apenas recomendações “ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva”. Elas “constituem direito diretamente aplicável”. (KRELL, 1999, p. 2).

Deveras, os direitos sociais se materializam na realidade por meio das políticas públicas entendidas como diretrizes, princípios, regras e procedimentos que orientam ações do Estado que normalmente envolvem aplicações de recursos

públicos. (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

As políticas públicas “traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder”. Diante disso, resta claro “o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais”. (TEIXEIRA, 2002, p. 2).

A implementação de políticas públicas, no intuito de colocar em execução os preceitos constitucionais que preveem direitos sociais, depende em grande medida de processos decisórios, que elegem situações, beneficiários, momentos e consequências, os quais alteram e definem em grande medida a forma com que determinada sociedade irá se estruturar.

O conceito de políticas públicas é tema controvertido na doutrina de ciência política internacional. Thomas Dye as define como “tudo que o governo faz ou deixa de fazer”. (2013, p. 3). Esse conceito amplo é justificado sobre o argumento de que muitas definições atribuídas incluiriam os objetivos específicos para essas ações (2013, p. 12); todavia, para ele, seria difícil identificar os propósitos das ações governamentais e, quando identificados, seria difícil discernir quais seriam estes esses propósitos (2013, p. 6).

Por seu turno, Peters conceitua políticas públicas como a soma das atividades dos governos, atuando diretamente ou por meio de agentes, conforme estas influenciem as vidas dos cidadãos (1986, p. 4). Ele conceitua o processo especialmente por sua complexidade e pela necessidade de conjugação de interesses e de organizações. (2020, PRADO, p. 28-29).

Já Clarke Cochran conceitua políticas públicas como um conjunto de ações dos governantes, as quais incluem, mas não estão limitadas, a fazerem leis, sendo definidas em termos de objetivos e propósitos comuns. (et. al., 2006, p. 1).

James Anderson Anderson define a política pública como um curso de ações relativamente estável, seguido por um ator, ou um conjunto de fatores direcionado a lidar com um problema (2003, p. 2). Assim, “as políticas públicas precisariam ser orientadas por objetivos bem definidos [*goal oriented*]”. (2020, PRADO, p. 30).

Por fim, Birkland conceitua política pública como uma ação em qualquer nível do governo relativa a um problema público. (2015, p. 9).

Verifica-se, portanto, que há controvérsia na definição exata de políticas

públicas, porém é possível extrair dos conceitos acima o ideal de concretização de uma agenda por meio de ações direcionadas a determinados objetivos.

Quanto ao processo de definição de políticas públicas, é bastante conhecido o modelo do “ciclo das políticas públicas”, que divide o processo em quatro etapas: “identificação de problemas, formação de agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação e avaliação”. (BIRKLAND, 2015, p. 26; DYE, 2013, p. 16; HOWLETT; GIEST, 2013, p. 17, ANDERSON, 2003, p. 27).

A identificação dos problemas passa pela percepção do problema, a delimitação deste, bem como a possibilidade de solução dele. (SECCHI, 2013, p. 45). Essa etapa consiste em verificar os cursos de ação para resolver o problema. (ANDERSON, 2003, p. 101-102). Procura-se encontrar as alternativas mais eficientes para remediar o problema, no intuito de formular instrumentos para a implementação de políticas públicas.

Após, vem a fase de tomada de decisão política, quando os agentes políticos escolhem as alternativas para a solução do problema. (ANDERSON, 2003, p. 119).

Na fase de implementação, os decisores produzem a base normativa da política pública e os agentes capazes a executam. Ocorrem ações pela Administração Pública para solução do problema. (FONTE, 2015, p. 66).

Após, na fase de avaliação, ocorrem avaliações em quatro vias: político-eleitoral; administrativo-interno; legislativo; judicial. (FONTE, 2015, p. 68). A avaliação política é realizada pela população, possui caráter informal e não possui um conjunto de regras de procedimento para sua elaboração (HOWLETT, et. al., 2013, p. 212). A avaliação administrativa é realizada pelos próprios órgãos da administração. (MEIRELLES, 2015, p. 784), destacando-se a atuação da Controladoria-Geral da União (CGU) na defesa do patrimônio público por meio da utilização de mecanismos de controle e avaliação. (PRADO, 2020, p. 54). A avaliação legislativa, segundo o artigo 70 da Constituição Federal, pode ser contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. (PRADO, 2020, 54; BOGOSSIAN, 2015, p. 185-186). Por fim, a avaliação via judicial ocorre principalmente por juízos de constitucionalidade e de legalidade dos atos administrativos. (FONTE, 2015, p. 72), ocasião em que os juízes e tribunais aferem a compatibilidade consonância com o ordenamento jurídico da política pública. (PRADO, 2020, 54).

Vistos alguns dos caracteres da conceituação e etapas no desenvolvimento

de políticas públicas, tem-se que as políticas públicas direcionadas especificamente à concretização do direito à saúde passam por esses complexos ciclos em sua elaboração e implementação.

Ademais, é possível afirmar que as políticas públicas de saúde possuem complexidade ainda maior do que as de outras temáticas em virtude dos componentes técnico-científicos relacionados à medicina envolvida na garantia do direito à saúde. A cadeia de ações necessárias para que haja a garantia do direito à saúde é complexa, por envolver programas de ação governamentais diferidas no tempo, de elevado caráter técnico e científico.

Essa complexidade justifica uma análise mais aprofundada da forma com que as políticas públicas de saúde têm sido desenvolvidas no Brasil ao longo da história, para compreender a evolução na garantia desse direito. Também torna relevante a análise do panorama do direito à saúde no direito internacional.

Após essas duas análises, serão estudados em maior profundidade o direito à saúde e as políticas públicas de saúde brasileiras, com suas características e principais dificuldades.

Apenas então, no último item, se adentrará especificamente na judicialização do direito à saúde no Brasil, cuja análise pressupõe uma compreensão prévia das peculiaridades do direito à saúde e de suas políticas públicas no cenário nacional.

3. Histórico do Direito à Saúde

3.1. Histórico do Direito à Saúde no Direito Internacional

O direito à saúde tem sido tópico de pactos e convenções internacionais desde 1864. A origem do reconhecimento em âmbito internacional ocorreu com a Convenção de Genebra de 1864, na qual houve o compromisso de não agressão bélica a hospitais e ambulâncias utilizadas para a prestação de serviços médicos aos soldados feridos em guerra. (COMPARATO, 2008, p. 173-176; MÂNICA, 2019, P. 39).

A Convenção de Genebra, adotada pela Conferência Diplomática para a criação das Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas de Guerra, teve sua redação revisada em Genebra, Suíça, em 12 de agosto de 1949, assinada

pelo Brasil em 12 de agosto de 1949 e ratificada em 26 de junho de 1957, conforme Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. (BRASIL. MPSP)

Em 1902, foi fundada a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Trata-se da organização internacional de saúde pública mais antiga do mundo. Ela foi fundada para trabalhar com os países das Américas para melhorar a saúde e qualidade de vida das populações dessas regiões. Ela “oferece cooperação técnica em saúde a seus países membros; combate doenças transmissíveis e doenças crônicas não transmissíveis, bem como suas causas; e fortalece os sistemas de saúde e de resposta ante emergências e desastres”. (BRASIL. OPAS, 2023).

Em 24 de outubro de 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, por meio da Carta de São Francisco para “preservar a paz, garantir os direitos humanos fundamentais, afastar a utilização da força como meio de resolução de conflitos e buscar o progresso econômico e social dos povos”. (MÂNICA, 2019, p. 39).

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (BRASIL. Palácio do Planalto, 2020)

A Carta das Nações Unidas foi promulgada no Brasil pelo Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. (BRASIL. Palácio do Planalto, 2020).

Em 1946, ocorreu a criação da Organização Mundial de Saúde, em Nova Iorque, em 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. O Decreto n.º 26.042, de 17 de dezembro de 1948 promulgou tais previsões em território nacional (BRASIL. Câmara dos Deputados). O principal papel da OMS “é direcionar e coordenar a saúde internacional dentro do sistema das Nações Unidas”. Sua sede é em Genebra, na Suíça. Teve origens nas guerras no “fim do século XIX (México, Crimeia). Após a Primeira Guerra Mundial, a Sociedade das Nações criou seu comitê de higiene, que foi o embrião da OMS. Atualmente, destina-se a apoiar “os países enquanto coordenam os esforços de governos e parceiros – incluindo bi e multilaterais, fundos e fundações, organizações da sociedade civil e o setor privado”. (OMS, 2023).

Nessa ocasião, restou definido, em âmbito internacional, o que seria o direito

à saúde: “estado de completa condição de bem-estar físico, mental e social, não apenas da mera ausência de doença ou enfermidade”. (BRASIL. USP, 2008). Essa definição de saúde foi importante para o estabelecimento futuro dos caminhos a serem seguidos no que toca à promoção e proteção desse direito.

Após, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, assinada e ratificada no Brasil na data da sua promulgação, definiu que a saúde é um direito de todos. (ONU, UNICEF, 2021). Essa previsão constituiu um marco na esfera internacional no que toca à universalização do direito, à meta de buscar garantir a todas as pessoas condições mínimas de saúde. No mesmo sentido, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil pelo Decreto 591/1992, previu em seu artigo 12 o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. (BRASIL, Palácio do Planalto).

Em 1978, a Declaração Alma-Ata, elaborada na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde estabeleceu diretrizes sobre os cuidados primários com saúde e previu como meta o alcance de “um nível aceitável de saúde para todos os povos do mundo até o ano de 2000”. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2021). Essa declaração trouxe a universalização não apenas como direito, mas como meta a ser buscada pelos Estados contraentes, e focou pela primeira vez na atenção primária à saúde.

No que toca à importância da declaração de Alma-Ata, FACCHINI esclarece que a Declaração Alma Ata é uma recomendação de dois organismos internacionais, OMS e Unicef, e assinada por uma grande quantidade de países que concordavam com a proposta. Argui também que, anteriormente a ela, existiam apenas experiências isoladas e a atenção primária não era o elemento central. Assim, a Declaração de Alma-Ata foi o primeiro documento internacional a dar destaque à atenção primária em termos globais. Essa proposta de atenção primária ganha destaque, pois explicita um modelo abrangente, com a ideia de saúde para todos. A atenção primária é definida como estratégia a ser ofertada a toda a população. Assim, a Declaração traz também a ideia de universalidade e um modelo de integralidade que abrange o conjunto das necessidades de saúde da população. (BRASIL. FIOCRUZ, 2018).

Recentemente, foi criada a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. (BRASIL. Nações Unidas Brasil, 2021). Trata-se de pacto assinado

em setembro de 2015, em Nova Iorque, que propôs um conjunto de metas e objetivos a serem atingidos até 2030, no intuito de libertar o mundo da pobreza, construindo um caminho sustentável e resiliente. Dentro da Agenda 2030, há 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, os quais se decompõem em 169 metas. Entre estes, a ODS 3 prevê “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”. (MÂNICA, 2019, p. 41-43).

A ODS 3 é decomposta em treze metas, mas a 3.8 é mais abrangente e de certa forma abrange as demais ao tratar da universalização da cobertura (*universal health care coverage*): “3.8. Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis a todos”.

A universalização da cobertura dos cuidados de saúde está prevista, em âmbito internacional, na ODS 3.8, porém mesmo no direito internacional é controverso o seu alcance. (MÂNICA, 2019, p. 45) A expressão pode ser compreendida de diversas maneiras, mas em geral é interpretada como a possibilidade de que todas as pessoas possam acessar serviços de saúde de qualidade. (FREY, 2015, p. 427).

O conceito de universalidade tem sido imensamente debatido após a publicação do relatório *Health systems financing: the path to universal coverage*, da OMS. O debate divide-se entre os defensores da universalidade como direito de acesso à saúde e os defensores da universalidade como cobertura.

Conforme o relatório de 2021 da Organização Mundial de Saúde, a cobertura de saúde universal envolve três dimensões: a) percentual de população coberta; b) diversidade de serviços de saúde ofertados; e c) nível de proteção financeira dos participantes. Esse conceito foi colocado como uma das metas de saúde dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU (ONU, 2021).

A OMS relaciona o conceito de cobertura universal com equidade de acesso e financiamento. Assim, há três aspectos da cobertura universal em relação aos quais não há consenso entre os países: acesso (condição de ter atendimento à saúde), pacote de serviços (quais serviços mínimos devem ser oferecidos) e custo (fonte de recursos para acesso à saúde). Os dois primeiros dependem em grande medida do último, uma vez que o acesso e a sua amplitude dependem de recursos financeiros. (STUCKLER, 2010, p. 11-13).

A diretriz de universalização tem sido alcançada em países de formas diversas, razão pela qual a meta 3.8 não define um caminho. Dos 192 países da ONU, 75 deles, entre eles o Brasil, determinam o acesso de todas as pessoas aos serviços de saúde, independentemente de renda. (STUCKLER, 2010, p. 2).

Verifica-se, portanto, que o reconhecimento do direito à saúde no Direito Internacional tem sido cada vez mais abrangente, partindo de declarações que afirmavam a importância do direito para as atuais metas de universalização da Agenda 2030. Também se observa o foco à atenção primária, também na esfera internacional, desde a Declaração de Alma Ata.

Sendo o Brasil signatário desses documentos, as diretrizes da universalidade e do foco à atenção primária, previstas também em âmbito nacional, necessitam ser avaliadas diante do compromisso internacional assumido pelo Brasil, em face das outras nações do mundo, de atingir esses objetivos na execução de suas políticas públicas.

Assim, parte-se no item seguinte à análise da evolução história interna de nossas políticas públicas de saúde tendo em conta a evolução desses conceitos na esfera internacional, com a crescente importância das diretrizes da atenção primária e da universalidade, não sendo admissível o retrocesso no desenvolvimento dessas políticas, sob pena de violação de pactos internacionais relativos ao direito à saúde firmados pelo Brasil.

3.2. Histórico do Direito à Saúde e das Políticas Públicas de Saúde no Brasil

O Sistema de Saúde brasileiro evoluiu ao longo de três principais fases. Na primeira, que data até 1922, o Estado era omisso quanto à assistência à saúde. Atuava de forma meramente episódica em virtude de catástrofes naturais e epidemias. Além disso, realizava campanhas de vacinação em massa. Todavia, para as demais atividades, era necessário recorrer a serviços privados ou à caridade das Santas Casas e instituições hospitalares de inspiração religiosa. (PIMENTEL, 2017, p. 13).

Nos períodos colonial e imperial, acreditava-se que a doença era uma advertência de Deus. Não havia praticamente médicos. A medicina da Europa praticamente não existia no Brasil. Não havia hospitais, apenas enfermarias mantidas pelos jesuítas e Santas Casas de Misericórdia, que chegaram aqui em

1539 e desempenharam papel importante no atendimento aos colonos. (BUSATO, 2020, p. 23).

A vinda da família real em 1808 foi evento importante para que ocorressem mudanças na área da saúde, com a inauguração de faculdades de medicina em Salvador e no Rio de Janeiro. Em 1829, criou-se a Academia Imperial de Medicina, órgão consultor nas questões de saúde do país, e a Junta de Higiene em Saúde. (BUSATO, 2020, p. 24).

Todavia, não se obteve resultados relevantes. Assolavam o País epidemias de varíola, febre amarela e cólera (BERTOLI FILHO, 2011, p. 6-15), tuberculose, malária, varíola, leishmaniose e DSTs, além de doenças causadas por desnutrição e acidentes com animais peçonhentos. Muitas dessas doenças se tornavam endêmicas ou provocavam epidemias que dizimavam grandes contingentes populacionais. (AGUIAR, 2015, p. 18).

Até o final do século XIX as Santas Casas de Misericórdia foram as únicas opções de tratamento para os doentes (ROUQUARYOL; SILVA, p. 2013). As políticas públicas de saúde nas épocas colonial e imperial eram escassas e visavam principalmente à proteção do comércio internacional e da produção econômica. (BUSATO, 2020, p. 25).

No período republicano, ocorreram transformações no setor de saúde brasileiro, com o combate efetivo à febre amarela, por Oswaldo Cruz no Rio de Janeiro e Emílio Ribas em São Paulo. O Governo Federal conseguiu conter a febre amarela, a varíola e a febre tifóide. (BUSATO, 2020, p. 27). Houve também campanhas de saneamento no Rio de Janeiro, em 1903, por Oswaldo Cruz, que fora nomeado Diretor Geral de Saúde Pública. (FIOCRUZ, 2021)

Em 1920, Carlos Chagas assumiu o comando do Departamento Nacional de Saúde, e introduziu “propaganda e educação sanitária para a população como forma de prevenção de doenças”. Igualmente, criou órgãos para lutar contra a tuberculose, a hanseníase e as DSTs. Após o controle das epidemias urbanas, o governo passou a combater as endemias rurais especialmente doença de chagas, malária, esquistossomose e febre amarela. (BUSATO, 2020, p. 29).

De 1923 a 1986, houve a segunda fase, marcada pelo conceito bismarckiano de “seguro social”. Nessa fase, o Estado atuava, porém a saúde era vinculada à formalização das relações de trabalho e contribuições ao sistema previdenciário. Inicialmente, o atendimento ocorria por categorias profissionais.

Em 1923, a Lei Eloy Chaves criou o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAP), evento que marcou o surgimento da previdência social no Brasil (ROUQUARYOL; SILVA, p. 2013). As prestações oferecidas pelas CAPs eram de natureza previdenciária, assistência médica e fornecimento de medicamentos. Foram criadas CAPs para ferroviários inicialmente, após para marítimos, portuários e outros. (BUSATO, 2020, p. 30).

Todavia, aquele operário que não tinha registro em sua carteira de trabalho e, portanto, não contribuía para a caixa de sua categoria, contava apenas com os escassos serviços das instituições de caridade e das práticas populares de tratamento. Sem dinheiro para custear os serviços de saúde, recebia o rótulo de indigente. (BERTOLI FILHO, 2011, p. 33). Ao total, foram criadas 183 Caixas de Aposentadorias e Pensão. (PAULUS JUNIOR, 2006, p. 14).

A partir de 1933, surgiram os Institutos de Aposentadoria e Pensões, entidades de grande porte que foram organizados por categoria profissional, e não por empresas. Cabe mencionar os institutos destinados aos estivadores e transportadores de cargas (IAPTEC), aos comerciários (IAPC), industriários (IAPI), bancários (IAPB) e marítimos (IAPM). Entre os inúmeros institutos havia disparidades de atuação e benefícios concedidos. “O modelo inicial da assistência médica não era universal e baseava-se nos vínculos trabalhistas. Tinham direito aos benefícios somente trabalhadores que contribuía para a Previdência, ou seja, aqueles “com carteira assinada”. (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006, p.14)

Em 1930 a área sanitária era compartilhada com o setor de educação no Ministério da Educação e Saúde. Apenas em 1953, foi criado o Ministério da Saúde, dedicado às ações coletivas na temática sanitária.

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar atenção mais detida à atuação estatal em prol da saúde pública, ao atribuir competência à União e aos Estados para “cuidar da saúde e assistências”.

Então, a partir de 1960, seguiu-se a lógica de incentivo à iniciativa particular, ampliando-se o número de serviços privados credenciados e conveniados, bem como expandindo unidades privadas de saúde. A partir de financiamentos, foram construídos hospitais e clínicas com fins lucrativos. Assim, foram criadas reservas de mercado ao longo desse período. (PIMENTEL, 2017, p. 14)

Em 1966, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social, como

decorrência da fusão de todos os Institutos de Aposentadoria e Pensões. (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 31)

Em 1970, o modelo previdenciário brasileiro passou a abarcar trabalhadores rurais, empregadas domésticas e trabalhadores autônomos, que foram beneficiados também pela cobertura da assistência médica no sistema saúde. Também na mesma década, a assistência médica da previdência social expandiu número de leitos, cobertura e volume de recursos arrecadados. (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 31). Construíram-se clínicas e hospitais particulares com recursos da previdência e de faculdades de medicina. Todavia, essa forma de construção favoreceu corrupção e desfalque de orçamento previdenciário. O modelo de saúde previdenciária vivia, no final da década de 1970, grave crise financeira e o caos nos serviços públicos existentes. (AGUIAR, 2015).

Também nessa época, grandes e médias empresas firmaram acordos para atender seus trabalhadores, deixando de pagar a cota previdenciária ao governo com o compromisso de prestar a assistência médica aos seus empregados. Criou-se assim a medicina de grupo. (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 32).

Após, o INPS foi desdobrado em Instituto de Administração da Previdência Social (IAPAS), Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e, em 1974, no Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPs). O INAMPs beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal e seus dependentes, ficando excluídos os demais trabalhadores, que não contavam com assistência nenhuma. (AGUIAR, 2015). Ele teve por função cuidar da assistência médica individual dos segurados da previdência. A cobertura de atendimento era destinada aos trabalhadores formais urbanos, o que deixava a maioria dos brasileiros descobertos. Além disso, ela se destinava à atenção curativa em unidades hospitalares, de forma que as ações de saúde continuaram restritas ao combate de epidemias e catástrofes. (PIMENTEL, 2017, p. 13-14).

No final de 1980, contudo, caminhava-se para uma cobertura universal de clientela, uma vez que não se exigia mais a carteira de segurado do INAMPs para atendimento em hospitais de rede pública. Foi instituído um Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, processo marcante já que o governo federal iniciou o repasse de recursos para estados e municípios ampliarem suas redes de serviços, no intuito de garantir o direito à saúde da população.

A universalização da saúde foi tópico importante da VIII Conferência de

Saúde, que ocorreu em 1986, com mais de cinco mil participantes (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 33). A VIII Conferência de Saúde ocorreu entre 17 e 21 de março de 1986, em Brasília. Nela foram lançadas as bases de um novo sistema público de saúde, com três grandes referenciais: um conceito amplo de saúde, que extrapolava a visão biológica; a saúde como direito à cidadania e dever do Estado; e a universalidade, a integralidade, a descentralização e a participação comunitária como diretrizes do Sistema.

Até então a proteção ao direito de saúde no Brasil se limitava a normas esparsas, com a garantia de socorros públicos, de inviolabilidade do direito à subsistência, a distribuição de competências e a proteção indireta por meio da garantia de saúde ao trabalhador e da previsão de normas de assistência social. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 112).

O relatório final da conferência foi a base para as discussões da Assembleia Nacional Constituinte que culminou na Constituição de 1988. (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 33-34). Inaugurou-se, assim, a terceira fase da atuação estatal brasileira na área da saúde, que se iniciou em 1987 e vai até a presente data.

Essa nova fase teve sua raiz no movimento de reforma sanitária e foi inspirada nas premissas do Estado de bem-estar social do pós-segunda Guerra Mundial da Europa Ocidental, ou seja, foi marcado pela concepção de seguridade social, em que o Estado deixa de ser operador de seguro social (modelo bismarckiano) e passa a ser responsável pela formação de uma rede de proteção social para todos os membros da sociedade (modelo beveridgeano). A denominação de “modelo beveridgeano” decorre das origens da seguridade social, que remontam ao Plano Beveridge, de 1943, no Reino Unido, que fundamentou a construção do *National Health System*. (PIMENTEL, 2017, p. 14-15).

Por outro lado, o movimento da reforma sanitária teve como um dos seus objetivos a mudança do eixo orientador da atenção à saúde. Passou-se do foco no cuidado a doentes e instalações hospitalares (ações curativas) para ações de prevenção e atenção no nível da população, guiada por princípios epidemiológicos e sociais próximos às realidades locais (ações preventivas). A atenção primária, portanto, passou a ser o centro orientador e regulador dos serviços especializados. (PIMENTEL, 2017, p. 16). As alterações propostas alinhavam o Brasil às diretrizes internacionais fixadas para a saúde desde a Declaração Alma-Ata.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o Sistema Único de

Saúde, que incorporou a maioria das propostas do Movimento de Reforma Sanitária da VIII Conferência de Saúde. (BUSATO; CUBAS, 2020, p. 35) Acolhendo as reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, o reconhecimento constitucional do direito fundamental à saúde é um dos marcos da Constituição de 1988, e atrela-se ao constitucionalismo democrático do pós-segunda Guerra Mundial. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 112).

Atualmente, convivem no país elementos das três fases da saúde: instituições filantrópicas (primeira fase); seguros de saúde vinculados ao emprego formal (segunda fase) e o Sistema Único de Saúde, que idealmente detém caráter universal e foca na atenção primária à saúde (terceira fase). (PIMENTEL, 2017, p. 16).

Analisada a trajetória da evolução do sistema de saúde brasileiro, resta claro que a universalização da saúde a todos os brasileiros é fenômeno extremamente recente. Essa perspectiva histórica é de suma importância para se compreender as deficiências ainda existentes no Sistema Único de Saúde brasileiro. A assunção de responsabilidades mais amplas pelo Estado no atendimento à saúde da população ocorreu apenas no início do século XX, e ainda assim vinculado a categorias profissionais. Por outro lado, foi somente no final do século XX que se idealizou atender às necessidades de saúde de toda a população.

Assim, é possível entender por que o Brasil ainda possui inúmeras deficiências na prestação dos serviços de saúde à população, mormente considerando que o financiamento do Sistema idealizado pela Constituição de 1988 não ocorreu conforme planejado, tendo sofrido inúmeros decréscimos em virtude de emendas constitucionais e leis que diminuíram os percentuais a serem investidos.

Tendo em vista a formação recente do Sistema, o progressivo aumento nos valores destinados à saúde seria de extrema importância para o aprimoramento e construção de um Sistema Universal efetivo. Todavia, as transformações legislativas não ampliaram os valores destinados, mas sim reduziram ou estagnaram esses valores, conforme será explicitado em tópico próprio da presente dissertação.

Por conseguinte, essa análise histórica do direito à saúde no Brasil permite iniciar a compreensão das dificuldades ainda enfrentadas pelo sistema, bem como vislumbrar o contexto em que se insere a judicialização do direito à saúde no Brasil.

4. O Direito à Saúde e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil

O Direito à Saúde foi previsto na Constituição de 1988 como direito fundamental social, o que possui duas consequências: o dever do Estado e da sociedade de buscar a observância desse direito (dimensão objetiva) e o direito subjetivo de cada cidadão obter as prestações correspondentes ao direito (dimensão subjetiva).

Os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º) e de observância obrigatória pelos poderes do Estado. Assim, a o direito à saúde possui aplicabilidade imediata, ainda que sua execução seja formulada dia a dia por meio de políticas públicas (ASSIS, 2010, p. 158). Portanto, não obstante o caráter programático da norma constitucional que assegura o direito à saúde, a aplicabilidade imediata desse direito torna-o um direito de todos e dever do estado, o que faz com que a execução das políticas públicas de saúde seja uma obrigação de agir permanente para a garantia do direito. (ASSIS, 2010, p. 158). Nesse contexto, o Sistema Único de Saúde foi criado enquanto verdadeira “garantia institucional, estabelecida originalmente em nível constitucional”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 117).

Por conseguinte, o não funcionamento do SUS implica na violação direta da Constituição e justifica a intervenção judicial, razão pela qual têm sido manejadas sucessivas ações relativas ao direito à saúde no Brasil.

Dessa forma, antes de ingressar na análise da judicialização do direito à saúde, com foco na judicialização da assistência farmacêutica, serão analisados nesse tópico os principais caracteres do direito à saúde, a fim de melhor compreender o funcionamento e as deficiências das políticas públicas de saúde no Brasil que motivam essas judicializações.

4.1. Conceito e elementos do direito à saúde

O conteúdo do direito fundamental à saúde não foi especificado de forma expressa na Constituição Federal, razão pela qual é relevante a conformação legislativa e administrativa do texto constitucional.

SARLET e FIGUEREDO asseveram que foi incorporada no Brasil a

concepção ampla de saúde da OMS, que ultrapassa o aspecto curativo e ressalta as dimensões preventiva e promocional do direito à saúde. O termo “recuperação” do artigo 196 leva à saúde curativa. Já as expressões “risco de doença” e “proteção” se atrelam à saúde preventiva. Por fim, o termo “promoção” indica a busca da qualidade de vida por ações que objetivem essa melhora, o que revela também a sintonia com o dever de progressividade previsto nos artigos 2º e 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). (2014, p. 116-117).

O direito à saúde pode ser reconduzido às noções de direito de defesa e de direito a prestações. Enquanto direito de defesa ele busca a salvaguarda contra ingerências indevidas, e, enquanto direito a prestações, ele impõe deveres de proteção de cunho organizatório e procedimental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 117).

Na condição de direito subjetivo, o direito à saúde abarca pretensões de fornecimento de variadas prestações materiais, havendo tendência crescente na jurisprudência e na doutrina que afirma a exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas ao mínimo existencial, cujo conteúdo, segundo concepção prevalecente, ultrapassa a sobrevivência física e alberga a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável e com certa qualidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 42-49).

Por outro lado, em seu aspecto objetivo, o direito à saúde “justifica a imposição de deveres de proteção e promoção da saúde” e respalda a extensão da proteção ao próprio Sistema Único de Saúde – SUS -, na condição de “típica garantia institucional, estabelecida originalmente em nível constitucional”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 117).

Cumprido ressaltar que o Direito à Saúde é também um dever. Trata-se, portanto, de um direito-dever, que acarreta deveres prestacionais para sua promoção e proteção, bem como deveres correlatos, a exemplo das normas que protegem o direito à vida e as normas de vigilância sanitária. Os deveres prestacionais referidos são densificados por normas e políticas públicas que regulamentam e organizam o Sistema Único de Saúde. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 114). Deveras, isso demonstra o caráter peculiar de alguns direitos fundamentais, ao gerarem deveres de natureza política, econômica, social, cultural e ambiental. (SARLET, 2009, p. 241-299).

O principal destinatário do dever de garantir a saúde é o Estado, todavia os particulares também possuem deveres o dever de promoção da saúde (FIGUEIREDO, 2014, p. 115), conforme se infere do artigo 2º da Lei 8.080/1990 – Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (BRASIL. Palácio do Planalto, 2021), segundo o qual “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” e do artigo 199, §1º, Constituição, que prevê que as instituições privadas poderão participar do Sistema de Saúde “segundo as diretrizes deste” (BRASIL. Palácio do Planalto, p. 2021). Assim, os princípios e diretrizes do SUS também submetem a iniciativa privada, ainda que haja discussões acerca dos limites dessa vinculação. (SALAZAR; GROU; SERRANO JR., 2008, p. 198-200).

Por conseguinte, essa noção de dever se conecta ao princípio da solidariedade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 115), uma vez que a sociedade é responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um. (CASAUX-LABRUNÉE, 2014, p. 115), bem como ao princípio da subsidiariedade, em sua dimensão horizontal, pois os deveres fundamentais se conectam às ideias de suporte recíproco e de um movimento circular na esfera pública, restando superada a prevalência do setor público ou do setor privado. (COTTURRI, 2014, p. 116).

A Constituição de 1988 previu que o direito à saúde é assegurado a todas as pessoas, consignando, portanto, a titularidade universal do direito. O direito à saúde possui, portanto, titularidade individual e transindividual, sendo exigível judicialmente tanto por ações individuais quanto por ações coletivas. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 119).

Cumprido ressaltar, contudo, que a titularidade universal não impede diferenciações na aplicação prática da norma quando sopesada com igualdade. Também importa ressaltar que a titularidade universal não se confunde com universalidade de acesso ao SUS, que poderá sofrer restrições diante das circunstâncias do caso concreto para garantir a equidade do sistema e diminuir desigualdades sociais e regionais. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 119).

O Sistema Único de Saúde é a densificação da dimensão objetiva do direito à saúde. Assim, o SUS pode ser considerado uma garantia institucional fundamental, de forma que se sujeita à proteção estabelecida para as normas de direitos fundamentais e está inserido entre os limites materiais de reforma à

Constituição, bem como resguardado contra normas de cunho retrocessivo que busquem aboli-lo ou esvaziá-lo. (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 121).

4.2. Diretrizes Constitucionais do Direito à Saúde

4.2.1. Universalidade

O conceito de universalidade tem sido imensamente debatido após a publicação do relatório *Health systems financing: the path to universal coverage*, da OMS. O debate divide-se entre os defensores da universalidade como direito de acesso à saúde e os defensores da universalidade como cobertura.

Conforme o relatório de 2021 da Organização Mundial de Saúde, a cobertura de saúde universal envolve três dimensões: a) percentual de população coberta; b) diversidade de serviços de saúde ofertados; e c) nível de proteção financeira dos participantes. Esse conceito foi colocado como uma das metas de saúde dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU (ONU, 2021).

A OMS relaciona o conceito de cobertura universal com equidade de acesso e financiamento. Assim, há três aspectos da cobertura universal em relação aos quais não há consenso entre os países: acesso (condição de ter atendimento à saúde), pacote de serviços (quais serviços mínimos devem ser oferecidos) e custo (fonte de recursos para acesso à saúde). Os dois primeiros dependem em grande medida do último, uma vez que o acesso e a sua amplitude dependem de recursos financeiros. (STUCKLER, 2010, p. 11-13)

No Brasil, o artigo 196 da Constituição prevê de forma expressa a saúde como direito de todos e dever do Estado. Além disso, ele consagra que esse direito deve ser garantido mediante políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. (BRASIL. Palácio do Planalto, 2021)

Esse reconhecimento amplo alterou de forma drástica a forma de planejamento e estruturação do Sistema de Saúde Brasileiro. Diferentemente da assistência social e a da previdência social, o acesso a saúde não depende das condições de renda e capacidade do cidadão. Todos aqueles que residem no Brasil, inclusive os estrangeiros, possuem, pela previsão da Constituição, direito de acessar as políticas públicas de saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 44-45).

A análise dessa diretriz é extremamente importante, uma vez que ela contrasta com o histórico das políticas públicas de saúde brasileiras, no qual, a contar de 1923, o sistema de assistência à saúde era vinculado a determinados setores profissionais por meio de seguros de saúde (segmentação).

O modelo de saúde brasileiro, previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional, pauta-se nos princípios da universalidade, integralidade e gratuidade. Nesse sentido, o Brasil se alinha com a meta da ODS 3.8 em seus normativos, porém o atingimento das diretrizes constitucionais depende de três fatores: condições materiais (custo), delimitação da diretriz da universalidade (acesso) e delimitação da diretriz da integralidade (pacote de serviços). (MÂNICA, 2019, p. 46-48).

O acesso universal e igualitário está previsto também no artigo 7º da Lei 8.080/90. Além disso, a Portaria MS 01/2017 prevê, em seu artigo 3º, que “toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde”. (BRASIL. Ministério da Saúde, 2021).

Diante da análise da regulamentação nacional, o conceito de universalidade da Constituição de 1988 é entendido como universalidade de acesso, sem excluir, porém, a necessidade de se continuar perseguindo a universalidade de cobertura enquanto direito humano. (PIMENTEL, 2017, p. 20).

No Brasil, a universalidade de cobertura é mais comumente denominada integralidade, em virtude da previsão da Constituição desse princípio do Sistema Único, o qual, porém, está sujeito às limitações técnicas e orçamentárias existentes no país, conforme será explicitado no tópico seguinte.

4.2.2. Integralidade

Ronald Dworkin trata da integralidade ao abordar o “princípio do resgate”. Ao procurar a definição de quais prestações de assistência de saúde devem compor o rol de serviços públicos a serem disponibilizados pelo Estado, Dworkin sugere que a adoção desse “princípio do resgate”. (DWORKIN, 2005, p. 431-449).

Nesse princípio, Dworkin adota um raciocínio hipotético segundo o qual uma pessoa teria de escolher um plano de saúde privado em uma sociedade com distribuição justa de riqueza, em que o conhecimento médico seja do domínio de

todos e em que os planos de saúde não tenham informações sobre os riscos de saúde prévios de cada pessoa. O rol de serviços desse plano de saúde hipotético, idealizado, seria aquele que deveria compor os serviços públicos de saúde. (DWORKIN, 2005, p. 431-449).

Fato é que o atendimento a todas as necessidades de saúde de todas as pessoas não é possível em virtude do amplo leque de doenças existentes e das limitações financeiras. Assim sendo, o princípio da integralidade, enquanto direito a acessar o máximo de prestações de saúde possível, deve ser lido com ressalvas, tendo em vista essas limitações.

Assim, grande parte da doutrina nacional aborda a integralidade tendo em vista essas limitações. Para PIMENTEL, a integralidade deveria ser vista em três contextos diversos. Inicialmente, cada pessoa precisaria ser considerada em todas as suas necessidades e como parte de uma comunidade. Além disso, as ações de saúde precisariam ser tratadas como um todo integrado. Por fim, as organizações prestadoras dos serviços de saúde também precisariam ser vistas como componentes de um sistema. (2017, p. 20).

SARLET e FIGUEIREDO entendem que o princípio da integralidade “reflete a ideia de que os serviços de saúde precisam ser vistos como um todo, harmônico e contínuo”, simultaneamente articulados e integrados em seus aspectos individual e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional, em todos os níveis de complexidade do SUS. Ele seria, portanto, ligado aos princípios de prevenção, precaução, eficácia e segurança, havendo prioridade para ações de medicina preventiva, e, em sentido amplo, à vigilância sanitária, ao saneamento básico e à garantia de um ambiente sadio e equilibrado. (2014, p. 123-124).

No que toca ao pacote de serviços oferecido no Brasil, a Constituição traça a diretriz da integralidade do atendimento e o artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080/90, define a integralidade como o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL. Palácio do Planalto, 2021).

Essa previsão, contudo, não pode ser entendida como o direito de acessar todo e qualquer tratamento ou medicamento disponível pela tecnologia. Deve haver a delimitação do pacote de ações e serviços ofertados pelo Sistema Público de Saúde, conforme definido pelo STF no RE 581.488/57, em virtude da necessidade de articulação entre ações e serviços preventivos e curativos,

individuais e coletivos. (MÂNICA, 2019, P. 53-57).

O Decreto 7.508/2011 estabelece que “a integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores”. Esse Decreto prevê também que todas as ações e serviços disponíveis aos usuários devem constar na RENASE – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – e que os medicamentos indicados para atendimentos de doenças no âmbito do SUS constarão da RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. (MÂNICA, 2019, p. 55).

Por conseguinte, o princípio da integralidade, conforme a normatização nacional, é realizado por intermédio da estruturação das regionais de saúde e da edição e atualização das relações de ações, serviços e medicamentos. Os serviços de saúde são previstos no rol do artigo 3º da Lei Complementar 141/2021, que trata do financiamento da saúde pública, e dentro desse rol compete ao Poder Público estabelecer quais desses serviços e ações garantem a integralidade. Quanto à assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, o direito dos usuários é balizado pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas previsto no artigo 19-M e seguintes da Lei 8.080/1990. Nesse aspecto, importante mencionar o papel da CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias, órgão de assessoramento do Ministério da Saúde, que é competente para a inclusão de novos medicamentos e procedimentos no Protocolo Clínico e de Diretriz Terapêutica. (MÂNICA, 2019, p. 55).

Diante da análise acima, verifica-se que, no contexto brasileiro, os princípios da integralidade e universalidade necessitam ser compreendidos de forma a permitir o acesso ao máximo de serviços de saúde possível à máxima quantidade de pessoas. A cobertura do SUS deve ser a mais ampla possível, todavia isso não afasta a existência de limites técnicos.

Igualmente, tendo em vista a baliza do princípio da razoabilidade e eficiência, a integralidade não obriga ao custeio de tratamento cuja eficácia não esteja comprovada ou que acarrete riscos à saúde da coletividade. Portanto, esse acesso se sujeita aos limites financeiros e orçamentários existentes.

Atender a todas as necessidades de saúde de apenas um pequeno grupo de pessoas não garante o atendimento aos princípios da integralidade e universalidade, senão os viola, já que impede que as demais tenham acesso a

serviços mínimos.

Essa compreensão prévia é de extrema importância para analisar a judicialização do direito à saúde e a necessidade de requisitos para a concessão judicial de medicamentos. A utilização em abstrato dos princípios da universalidade e integralidade para justificar a concessão de medicamentos de alto custo a apenas um reduzido número de pessoas deve ser vista com ressalvas, uma vez que pode implicar na violação dos princípios que supostamente busca atender.

Por outro lado, ao não oferecer um pacote mínimo de serviços de saúde razoável, resta violada a integralidade, mormente quando se assiste ao esvaziamento orçamentário do SUS. Nesse sentido, o estabelecimento de requisitos claros para esse tipo de concessão, em precedentes de caráter vinculante pode se apresentar como alternativa para permitir que se resguardem a universalidade e a integralidade, sem obstaculizar o acesso à justiça, o que será analisado no capítulo final da presente dissertação.

4.2.3. Regionalização e Hierarquia

A regionalização impôs a organização em circunscrições territoriais (regiões de saúde), no intuito de promover a distribuição racional da oferta dos serviços no território. (SANT'ANA, 2017, p. 49). Ela obedece às diretrizes da Organização Mundial de Saúde e decorre da necessidade de adaptação da assistência à saúde ao perfil epidemiológico local. Por outro lado, adapta-se à tradição municipalista brasileira, evidenciando a estreita relação do SUS com o princípio federativo e com as formas compartilhadas de planejamento e gestão desses serviços. (SARLET, FIGUEIREDO, 2014, p. 122).

Por sua vez, a hierarquização, no intuito de concretizar o princípio da integralidade, determina que o atendimento ocorra em diferentes níveis de complexidade. Assim, o modelo assistencial passa a ser representado por uma pirâmide. A base dessa pirâmide é constituída pelas instituições que prestam serviços de assistência básica ou primária, que é a porta de entrada da população no sistema de saúde (PIMENTEL, 2017, p. 21). A atenção primária representa a baixa complexidade e responde por 80% da demanda. (SANT'ANA, 2017, p. 49). Ela detém profissionais que prestam cuidados integrais, sendo altamente descentralizada e capilarizada. O objetivo é solucionar a maior parte dos

problemas de saúde da população. (PIMENTEL, 2017, p. 21).

A organização do Sistema de Saúde em torno da atenção primária foi idealizada pelo Movimento de Reforma Sanitária. (PIMENTEL, 2017, p. 16) e encontra respaldo nas diretrizes internacionais de proteção à saúde fixadas desde a Declaração Alma-Ata. (BRASIL. FIOCRUZ, 2018). Trata-se de importante política para enfrentamento das desigualdades econômicas, políticas e sociais no acesso à saúde. Esse foco foi central para a expansão dos sistemas de saúde nos países desenvolvidos, apresentando resultados positivos no que toca à efetividade e equidade. (STARFIELD, 2002; HIXON, 2008; BRASIL. Ministério da Saúde, 2021).

Ainda no que toca à importância da atenção primária, esta é considerada importante no contexto de envelhecimento da população. (PIMENTEL, 2017, p. 21), uma vez que as doenças crônicas associadas ao envelhecimento demandam atenção à saúde integrada, com ênfase no acompanhamento e na prevenção. (REIS; BARBOSA; PIMENTEL, 2016, p. 87-124).

Na parte intermediária da pirâmide, há a atenção secundária, de complexidade intermediária, que representa 15% da demanda. (SANT'ANA, 2017, p. 49) e visa a atender os casos que não foram solucionados pela atenção primária. Esse segundo nível geralmente é associado à utilização de recursos tecnológicos para diagnóstico e ações terapêuticas, a exemplo de procedimentos realizados por especialistas dermatológicos e oftalmológicos, cirurgias ambulatoriais, exames ultrassonográficos ou radiodiagnósticos. (CONASS, 2011).

No topo da pirâmide está a atenção terciária, responsável pelos serviços de alta complexidade e representa 5% da demanda. (SANT'ANA, 2017, p. 49). São os serviços de alta intensidade tecnológicas, a exemplo do atendimento a pacientes oncológicos e renais crônicos, bem como outros procedimentos que envolvam internação e terapia intensiva. São atividades de custos mais elevados que não conseguiram ser solucionadas nos níveis anteriores. (CONASS, 2011).

O acesso aos serviços de saúde ocorre, em regra, pela atenção primária, porém pode se dar pelas atenções secundária a terciária em casos de emergência, atenção psicossocial ou serviços especiais de acesso aberto. Após, o encaminhamento para os diversos níveis de complexidade pode ocorrer de forma crescente (referência) ou decrescente (contrarreferência). A conjugação das diretrizes de regionalização e hierarquização busca garantir a integralidade da assistência à saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 50).

A figura de pirâmide visa a um fluxo ordenado de baixo para cima, a fim de que as necessidades das pessoas sejam tratadas nos espaços adequadas à intensidade de recursos. (CECILIO, 1997, p. 469-478). Porém, há uma visão na literatura que entende que o sistema de saúde seria mais bem descrito como redes de atenção organizadas de forma horizontal (não hierárquico). Nessa rede, o ponto nodal seria atenção primária, que coordenaria os elos com as demais ações de saúde. (MENDES, 2011). A imagem seguinte representa essa ideia.

Quadro 1 – Esquema simplificado das redes de atenção à saúde



Fonte: PIMENTEL, 2017, p. 23.

A par dessa visão divergente da organização no acesso aos serviços de saúde, cumpre salientar, no que toca à regulamentação infraconstitucional da organização, que a Portaria MS 01/2017 prevê, em seu artigo 3º, que o acesso será preferencialmente nos serviços de Atenção Básica, os quais são integrados por centros de saúde, postos de saúde, unidades de saúde da família e unidades básicas de saúde ou similares mais próximos de sua casa. Porém, em caso de emergência, qualquer serviço de saúde deverá receber e cuidar da pessoa, e encaminhá-la a outro serviço no caso de necessidade. O artigo prevê também que, em caso de risco de vida ou lesão grave, deverá ser assegurada a remoção do usuário para um serviço de saúde com capacidade para resolver seu tipo de problema. Por fim, a Portaria prevê que, “quando houver alguma dificuldade temporária para atender as pessoas é da responsabilidade da direção e da equipe

do serviço, acolher, dar informações claras e encaminhá-las sem discriminação e privilégios”. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2021).

4.2.4. Descentralização

A descentralização prevê a direção única em cada esfera de governo para a saúde da região. Segundo a Lei Orgânica da Saúde, que detalha a descentralização, cabe à União definir as diretrizes, coordenar o sistema, fiscalizar, normatizar e organizar os serviços de alta complexidade e o referenciamento entre os níveis de complexidade do Sistema. Já os Estados executam serviços, em especial os de alta complexidade, os quais, porém, podem ser descentralizados aos municípios. Por fim, os municípios são o maior foco da execução e gestão da saúde, com atribuição para a execução de grande parte dos serviços, sendo possível a formação de consórcios entre os municípios de determinada região de saúde. Portanto, a execução dos serviços de saúde divide-se, regra geral, entre Estados e municípios. Apesar da previsão legal, há ainda graves entraves à gestão municipal da saúde em virtude das deficiências da gestão municipal. (SANT'ANA, 2017, p. 51-53).

A execução dos serviços de saúde ocorre por meio da articulação institucional entre as três esferas de gestão, conforme amplos acordos construídos de forma ascendente (de nível local para o nível nacional e de nível municipal para estadual). São foros de negociação e pactuação entre gestores a Comissão Intergestores Tripartite em âmbito nacional, as Comissões Intergestores Bipartites em âmbito estadual (artigo 14-A e 14-B da Lei 8.080) e as Comissões Intergestores Regionais em âmbito regional (Decreto 7.508/2011). A partir da articulação entre as três esferas de gestão nasceram as normas infralegais que preveem as diretrizes de compartilhamento de responsabilidades, gestão, planejamento de recursos, o qual evoluiu até resultar no “Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAP), previsto no Decreto 7.508/2013 e desdobrado na Portaria 2.135/2013 do Ministério da Saúde”. (SANT'ANA, 2017, p. 53-54).

Até chegar ao COAP, porém, há inúmeros instrumentos prévios de gestão. No que toca ao perfil epidemiológico, elabora-se o mapa de saúde. Do ponto de vista orçamentário, existem previsões no Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Programação Anual de Saúde. Quanto ao planejamento, é

elaborado Planejamento Regional Integrado. Ocorrem fiscalizações por meio de Relatórios de Gestão trimestrais e anuais, nos quais constam os resultados alcançados pela Programação Anual de Saúde. A partir desses instrumentos, evolui-se para a Programação Geral de Ações e Serviços de Saúde, na qual “são definidas responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de controle e avaliação de desempenho”. Por fim, a partir dessa ampla programação, o Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (COAP) sela a organização das ações e serviços de saúde entre os entes federativos em âmbito nacional. (SANT'ANA, 2017, p. 53-54).

Os instrumentos de gestão acima previstos se encontram previstos no Decreto 7.508/2011, na Portaria 2.135/2013 e na Resolução 03 de janeiro de 2012 da CIT.

Quadro 2: A diretriz da descentralização e o planejamento do SUS



Fontes: SGEPI/MS/2011 e SANT'ANA, 2017, p. 55.

Todavia, o modelo de COAPs acima descrito ainda não foi implementado em inúmeros Estados da federação, de forma que a maioria das regiões ainda adota o modelo dos Pactos pela Saúde, previsto na Portaria nº 399/GM/MS de 22/02/2006. Apesar dessa dificuldade e das falhas gestão existentes, segundo SANT'ANA, foi alcançada a diretriz de descentralização do SUS, com significativo grau de coordenação entre os entes da federação, razão pela qual o SUS se converteu em modelo de estruturação para outras políticas sociais brasileiras.

(2017, p. 56).

Nessa linha, ocorre a descentralização dos serviços, mediante a prestação de serviços de saúde primordialmente na esfera municipal, o que não exclui, porém, a atuação supletiva de Estados e da própria União, mormente, quanto a esta, quando necessária a harmonização entre eficiência, subsidiariedade e integralidade de atendimento. (SARLET, FIGUEIREDO, 2014, p. 123).

4.2.5. Participação Social

A participação comunitária evidencia a face democrático-participativa do direito à saúde, refletindo o direito à participação na organização e no procedimento, trazendo à tona a ideia de Peter Häberle de *status activus processualis*. (SARLET, FIGUEIREDO, 2014, p. 124).

Segundo Häberle, “o entendimento social e realista dos direitos fundamentais requer uma reestruturação da teoria do status de G. Jellinek. Ela deve ser revertida de sua orientação pautada pelo absolutismo tardio para uma base democrática”. O ponto de partida necessita ser “o *status activus*”. (HÄBERLE, 2014, p. 4-5).

O *status activus processualis* é o “aspecto jurídico-processual da liberdade (due process fundamental, participação processual)”, tendo por consequência “a reserva da prestação como reserva legal jurídico-processual”. Ele é “a materialização de todas as normas e formas que regulam a participação processual daqueles que são lesados de fato ou de Direito em seus direitos fundamentais”. Nesse sentido, “a participação precisa ser estruturada de acordo com os âmbitos e a intensidade da eficácia jurídica. Formas pluralistas prestam-se à garantia da liberdade. Liberdade e participação estão relacionadas entre si, elas devem continuar sendo consequência da livre atualização dos direitos fundamentais”. (HÄBERLE, 2014, p. 4-5).

A participação social é implementada por meio dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, conforme regulamentação da Lei 8.142/90. Os Conselhos de Saúde são organizados nas esferas municipais, estaduais e em âmbito nacional. Sua composição é de 50% de usuários, 25% de trabalhadores e 25% de prestadores de serviços e gestores. As decisões dos Conselhos necessitam de homologação pelo Chefe do Executivo para terem eficácia. (SANT'ANA, 2017, p.

59).

As conferências de saúde têm escopo mais amplo e ocorrem a cada quatro anos. Elas iniciam pela esfera municipal, que fornece as bases de discussões das conferências estaduais e, então, ocorre a Conferência Nacional de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde ocorrem desde 1930 e são eventos de grande importância. A 8ª Conferência foi muito importante, pois suas deliberações foram as bases para a Reforma Sanitária realizada pela Constituição de 1988. No tema da participação social, deve-se ressaltar a importância também da articulação e grupos de pressão e das ouvidorias do SUS, da Defensoria Pública e do Ministério Público. (SANT'ANA, 2017, p. 59).

5. Problemas apontados pela doutrina nas Políticas Públicas de Saúde Brasileiras

5.1. Financiamento da Saúde no Brasil

Alterações na Constituição

A Constituição prevê que o financiamento da saúde será realizado pela União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, além de outras fontes (artigos 195 a 198). Além disso, previu, na redação original do artigo 55 do ADCT, que até a aprovação da LDO, 30% do orçamento da seguridade social, ressalvado o seguro-desemprego, seria destinado à saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 59-60).

Porém, a forma de financiamento pelos entes foi sendo alterada ao longo dos anos por emendas constitucionais. (SANT'ANA, 2017, p. 59-60), de forma a progressivamente desfinanciar o Sistema Único de Saúde. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8). O percentual de 30% jamais foi atingido.

A título de exemplo, o orçamento da seguridade social (OSS) foi de R\$ 750,1 bilhões em 2019. Assim, “30% com destino à saúde, considerando os gastos do governo federal, corresponderiam a R\$225,0 bilhões”. Todavia, “a dotação foi R\$ 122,3 bilhões, com uma diferença de R\$ 102,7 bilhões, correspondendo a apenas 16,5% do OSS”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8).

Sucessivas emendas constitucionais culminaram, em 2000, na Desvinculação de Receitas da União – DRU, permitindo a retirada de 20% da receita vinculada à saúde pela União. Ademais, em 1998, a EC 20 previu a

vinculação de contribuições da seguridade social para gastos com a previdência social. Excluiu, portanto, a saúde. (MÂNICA, 2019, p. 48-49).

A EC 29/2000 definiu que haveria percentuais mínimos a serem aplicados, previstos em Lei Complementar. Em 2012, foi sancionada a Lei Complementar n. 141 (SANT'ANA, 2017, p. 60), segundo a qual os valores mínimos seriam calculados, para a União, com base no valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido, no mínimo, do percentual correspondente à variação nominal do PIB observada no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Para os Estados e o Distrito Federal, deveriam ser aplicados em ações e serviços de saúde no mínimo 12% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios. Por fim, pelos municípios e o Distrito Federal, deveriam ser aplicados no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos de sua competência e dos recursos oriundos da repartição das receitas tributárias. (SANT'ANA, 2017, p. 61).

Em 2015, a EC 86 fixou gasto mínimo da União em 15% da Receita Corrente Líquida, a ser implantado escalonadamente. (MÂNICA, 2019, p. 48-49). Ela modificou a sistemática que dava tratamento diferenciado à União, e passou a determinar que esta, a partir de 2016, passasse a aplicar o percentual mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida, o qual evoluiria progressivamente: 13,2% em 2016; 13,7%, em 2017; 14,1%, em 2018; 14,5%, em 2019; e 15% da RCL em 2020. (SANT'ANA, 2017, p. 61).

Porém, a EC 95/2016 estabeleceu a manutenção por até 20 (vinte) anos dos gastos da União com saúde em 2017, corrigidos pelo IPCA (MÂNICA, 2019, p. 48-49). Assim, novamente o regime de financiamento foi modificado com a alteração do ADCT para desvincular as aplicações mínimas da Receita Corrente Líquida do exercício anterior. Foi instituída nova fórmula de cálculo, que teve por base o mínimo aplicado no ano de 2017, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Somente após 2036, o valor passaria a ser de 15% sobre a Receita Corrente Líquida do ano anterior. Até lá, os valores ficariam congelados, tendo por referência o mínimo aplicado em 2017, que seria corrigido anualmente pelo IPCA. (VOLPE, 2016, p. 20).

A magnitude da perda de recursos decorrente da Emenda Constitucional 95 “correspondeu, desde 2018 até 2020, a R\$ 22,5 bilhões”. (MENDES; CARNUT,

MELO, 2023, p. 8).

Tendo em vista o estado de calamidade pública decretado em 2020 em virtude da Pandemia da COVID-19, houve suspensão da regra do teto de gastos da EC nº 95/2016. Porém, ainda com a suspensão, “o gasto para o enfrentamento da crise sanitária foi baixo, correspondendo a apenas R\$ 39,4 bilhões (valores pagos), ou seja, 31,5% do total do orçamento do MS para 2020”. (CNS, 2021; MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9).

O congelamento da EC 95/2016 foi objeto da ADI 5595, no âmbito da qual houve decisão liminar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski que suspendeu a eficácia dos artigos. Quando se iniciou a redação da presente dissertação, o caso ainda pendia de julgamento. Em abril de 2020, havia votos no plenário virtual. Os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio julgavam procedente o pedido inicial para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, confirmando a liminar anteriormente deferida. A Ministra Cármen Lúcia acompanhava o Relator com ressalvas. Os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, conheciam parcialmente da ação direta mas, no mérito, a julgavam improcedente, prejudicando o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da EC 86/2015. O Ministro Alexandre de Moraes julgou improcedente a ação. Porém, após, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli (então Presidente). Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Portanto, ainda havia indefinição sobre a temática. (BRASIL. STF).

Todavia, em outubro de 2022, o STF concluiu o julgamento e, por maioria, julgou improcedente a ação, declarando a constitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015. Foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio (que votara em assentada anterior) e Rosa Weber, os quais consideraram inconstitucionais os dispositivos. Não participou do julgamento o Ministro André Mendonça, sucessor do Ministro Marco Aurélio. O julgamento ocorreu na sessão virtual de 07.10.2022 a 17.10.2022. (BRASIL. STF).

O congelamento proposto foi, portanto, considerado constitucional pela Suprema Corte. Apesar disso, ele gera a perpetuação do subfinanciamento da saúde brasileira, já que o atual patamar de investimentos seria insuficiente para garantir a universalidade do direito à saúde (SANT'ANA, 2017, p. 63). Por essa razão, conclui-se que o Sistema Único de Saúde nasce com vício de origem, pois

“o sistema institucional avançado delineado na Constituição não foi acompanhado de garantias orçamentárias para seu desenvolvimento na prática”. (SANT'ANA, 2017, p. 75).

O baixo gasto público em saúde faz com que o Sistema de Saúde brasileiro seja reconhecido internacionalmente pela baixa qualidade dos serviços prestados e pela alta participação dos pacientes no financiamento da saúde. (MARTEN, 2014. 2164-2171). Isso faz com que o Brasil esteja entre os poucos países em que o gasto privado com saúde supera o gasto estatal. Levantamento da Organização Mundial de Saúde demonstrou que o percentual de gastos públicos em saúde do Brasil é um dos menores do mundo. (WHO, 2017; MÂNICA, 2019, p. 50).

O financiamento da saúde no Brasil, mesmo após a universalização do direito promovido pela Constituição de 1988, sofreu involução e “fraco desempenho de gasto público consolidado (federal, estadual e municipal) no período em que se inicia a descentralização” (WERNECK VIANNA, 2011, p. 175).

Além do acima exposto, após a Constituição, não foi cumprido o dispositivo do artigo 55 do ADCT, que previa o investimento de 30% do orçamento da seguridade social em saúde. (VIANNA, 1992, p. 49). Estados e municípios ainda não tinham previsão de percentuais mínimos. Após o governo Collor, houve uma drástica redução dos gastos federais em saúde. Em 1993, ocorreu uma reversão no cenário de queda, porém as contribuições previdenciárias deixaram de ser consideradas solidárias no financiamento da saúde. Em 1994, a criação do Fundo Social de Emergência redirecionou partes das receitas destinadas à seguridade. Em virtude dessas circunstâncias, a saúde pública sofreu desorganização e sucateamento, o que acarretou o crescimento do setor privado. (COSTA, 2002, p. 54-55).

A CPMF foi instituída como uma reação à situação emergencial de falta de recursos da saúde enfrentada em 1996. Entre 1997 e 2007, a CPMF correspondeu a 30% do total de recursos obtidos pelo Ministério da Saúde, o que gerou a estabilização das fontes de financiamento, porém não acarretou impacto positivo em virtude da retração de outras fontes. (PIOLA ET AL, 2013, p. 10).

Tendo em vista o caráter provisório da CPMF e da persistência do cenário de subfinanciamento, foi promulgada a EC 29/2020, acima mencionada, que instituiu percentuais mínimos para o financiamento da saúde por Estados e municípios. (SANT'ANA, 2017, p. 77). Contudo, a União diminuiu sua participação

relativa, pois restou obrigada apenas a manter o padrão de investimento com reajuste pela variação nominal do PIB. (SANT'ANA, 2017, p. 77).

Baixos investimentos pela União

Ademais, os gastos com ações e serviços de saúde pela União foram decrescendo com o passar dos anos. Passaram de 75% dos recursos em 1980, para 63% em 1996 (PIOLA ET AL, 2012, p. 9-33) para 60% em 2000, para 49,26% em 2004 e, por fim, 42,59% em 2013, não obstante a União seja “a maior arrecadadora de impostos e contribuições (68,6%) e destinatária da maior parte da receita tributária (57,2%) do país”. (BRASIL. CONASS, 2015, p. 90-91). Entre 2013 e 2015, a União arcou com 43% dos gastos com saúde, Estados 26% e municípios 31%. (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 18).

Os municípios têm, em média, investido valores muito superiores ao piso legal. Em 2013, 47% acima; em 2014, 53%; e em 2015, 55%. Já os Estados têm investido um pouco acima do mínimo: 10% acima em 2013, 13% em 2014 e 13% em 2015. Por seu turno, a União “praticamente adotou o mínimo como teto de gastos”: 0,2% acima em 2013; 0,7% em 2014; e 2,2% em 2015 (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 12). Em 2016, o Conselho Nacional de Saúde rejeitou o Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde em virtude de não aplicação do mínimo constitucional, além de outras irregularidades. (BRASIL. CONASS, 2017).

Quanto ao volume de recursos investidos em saúde, verificou-se que houve um incremento de gastos com saúde entre 2000 e 2011 (de R\$ 378,27, em 2000, para R\$ 717,70, em 2010) (PIOLA ET AL, 2013, p. 14-15), todavia esse incremento, além de insuficiente para dar conta das demandas de saúde, conforme acima exposto, comparativamente aos demais países com Sistemas Nacionais de Saúde, foi bastante inferior (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 140), o que permite entender a insuficiência do padrão de financiamento do SUS.

Ademais, o incremento que ocorreu nos gastos com saúde no Brasil decorreu do aumento de participação de Estados e municípios, que passaram de 28 bilhões para 89 bilhões entre 2000 e 2011, um incremento de mais de 300%. A União, em contrapartida, aumentou apenas 31 milhões, ou seja, um aumento de apenas 75%. Por outro lado, o gasto público com saúde foi elevado em 1 ponto percentual, de 2,89% em 2000 para 3,91% em 2011, nível no qual permaneceu até 2015. Porém, esse avanço também foi decorrente do aumento da participação de Estados e municípios, já que a participação da União, em comparação com o PIB

permaneceu estável no patamar de 1,74%, mesmo nos períodos de expansão econômica (PIOLA ET AL, 2013, p. 14-15). O gasto do Ministério da Saúde “com ações e serviços públicos em saúde permaneceu no patamar de 1,7% do PIB entre 1995 e 2019, não sofrendo alteração nesse período”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8).

Esse percentual é muito inferior do de outros países com sistemas universais, já que Alemanha, Espanha, França, Reino Unido e Suécia gastam cerca de 8% do PIB com saúde. (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 140).

Em virtude dessa baixa participação, o aumento de investimentos pela União no financiamento passou a ser visto com uma alternativa para enfrentar o subfinanciamento. A EC 86/2015 decorreu da pressão existente para esse aumento, todavia o percentual adotado para 2016 (13,2% da Receita Corrente Líquida) intensificaria o subfinanciamento do SUS (MENDES, 2016, p. 2), pois em 2015 a União já aplicava 14,8% da Receita Corrente Líquida em saúde. Por conseguinte, a vigência da emenda acarretaria uma perda de 9,2 milhões em saúde em 2016. (MENDES; FUNCIA, 2016, p. 139-168).

Por outro lado, a vigência da EC 86 foi praticamente suspensa em 2016 pela EC 95, que previu novamente desvinculação do investimento de um percentual fixo da receita em saúde, e passou a prever apenas a atualização com base nos investimentos do ano anterior. Todavia, ao contrário do cenário da EC 29, a atualização passou a ocorrer pelo IPCA (inflação), e não pela variação do PIB. Por conseguinte, deixou de estar vinculada ao crescimento econômico do país, o que, em um cenário de crescimento econômico, significaria significativas perdas no orçamento da saúde. (SANT'ANA, 2017, p 81).

A EC 93/2016 prorrogou para 2023 a desvinculação das receitas da União relativas a contribuições sociais, bem como ampliou essa desvinculação de 20% para 30%. Entre 1995 e 2014, essa desvinculação gerou uma perda de R\$ 704,2 bilhões de reais para a Seguridade Social. (FUNCIA; MENDES, 2016, p. 165).

Irregularidades na execução orçamentária

A par da baixa participação da União nos investimentos, há irregularidades na execução orçamentárias, indicados por Sérgio Piola e Fabíola Vieira em seus estudos, os quais acarretam a não aplicação de recursos inscritos em restos a pagar nos exercícios subsequentes e, portanto, geraram a não aplicação de recursos empenhados pelo Ministério da Saúde na ordem de 3%. (PIOLA; VIEIRA,

2016, p. 42).

Mesmo após o advento da Pandemia da Covid-19, houve lentidão na “execução orçamentária e financeira dos recursos alocados ao longo de 2020. Os recursos foram destinados à saúde de forma mais intensa apenas de julho a agosto, período em que alcançaram R\$ 17,4 bilhões e passaram a R\$ 28,4 bilhões, a despeito do aumento no número de casos e mortes significativo entre abril e junho. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8).

Nos primeiros meses da pandemia, a execução orçamentária e financeira dos valores pagos ficou registrada apenas entre R\$ 5,2 bilhões e R\$ 12,2 bilhões, o que evidencia a resistência do governo Bolsonaro em lidar com a grave crise sanitária naquele momento (CNS, 2021). (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8)

Tendo em vista que por advento da pandemia não fora previsto antes da Lei Orçamentária de 2020 do governo federal, já que ela teve início em março de 2020, foi necessária a abertura de créditos extraordinários no importe de R\$ 60 bilhões para as ações e serviços de saúde. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 8)

Destes recursos, R\$ 20 bilhões foram alocados apenas no final de dezembro para financiar vacinas, a fim de permitir sua execução em 2021. Por outro lado, o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias 2021 foi encaminhado pelo governo Bolsonaro presumindo que a crise sanitária prescindiria de novos recursos, já que retomou o teto de despesas primárias da EC nº 95/2016. Por conseguinte, a proposta orçamentária do Ministério da Saúde para 2021, em plena ascensão da pandemia, “diminuiu em R\$ 40 bilhões quando comparado ao de 2020, não incluindo o último crédito extraordinário aberto de R\$ 20 bilhões para as vacinas nos últimos dias do ano”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9)

O orçamento federal para 2021 foi aprovado no Congresso tardiamente, apenas na última semana de março de 2021, tendo alocado R\$ 125,0 bilhões para o Ministério da Saúde, ou seja, “montante praticamente igual ao de 2020 (R\$ 125,2 bilhões) quando ainda não havia se instalado a pandemia”. O orçamento da saúde federal foi aprovado “com valores equivalentes ao do piso federal do SUS do ano de 2017 (atualizados pela inflação do período)”. Desconsiderou-se, portanto, a intensificação da pandemia, as novas variantes do coronavírus, tendo sido destinados apenas R\$ 1,1 bilhão de reais às ações de enfrentamento. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9).

Posteriormente, foi necessário acréscimo de recursos ao orçamento da

saúde para 2021, por meio de emendas parlamentares, as quais acresceram cerca de R\$ 9,0 bilhões, totalizando R\$ 134 bilhões ao somar-se com os R\$ 125,0 bilhões já previstos. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9).

Comparativo internacional

O financiamento insuficiente da saúde no Brasil resta ainda mais evidente ao se realizar um comparativo internacional com os investimentos em saúde dos demais países do mundo.

Existem diversas formas de realizar a comparação entre os padrões de investimento de saúde dos países. Uma dessas formas é ponderar o gasto com a saúde de cada país, ou seja, calcular o gasto com saúde per capita.

Nesse sentido, ao comparar os países do mundo, verificou-se que o Brasil, não obstante seja considerado um país de renda média-alta pelo Banco Mundial, gastou três vezes e meia a menos que os países de alta renda, em pesquisa realizada entre 1995 e 2014. A despeito dessa disparidade, o crescimento dos gastos com saúde foi semelhante aos países de alta renda e significativamente inferior aos de renda intermediária. (PIMENTEL, 2017, p. 27).

Ao atualizar essa pesquisam em consulta aos relatórios produzidos pelas OPAS/OMS, constatou-se que, entre 2014 e 2020, os países de renda alta gastaram uma média de U\$ 2.816,60 *per capita*. Já no Brasil, gastou-se no período a média de R\$ 820,00.

Quadro 3: Despesas com saúde *per capita* em Dólares Americanos (2014 a 2020).

Região	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	Média
Brasil	700,7	850,4	863,3	937,3	795,9	782,5	1014	820,4266667
Renda média-alta	528,5	518,1	500,1	478,3	441,4	444,9	465,1	421,6466667
Renda Alta	3289	3113	3089	2913	2775	2719	3021	2816,6

Fonte: autoria própria com base em dados do site da OMS. (OMS, 2023).

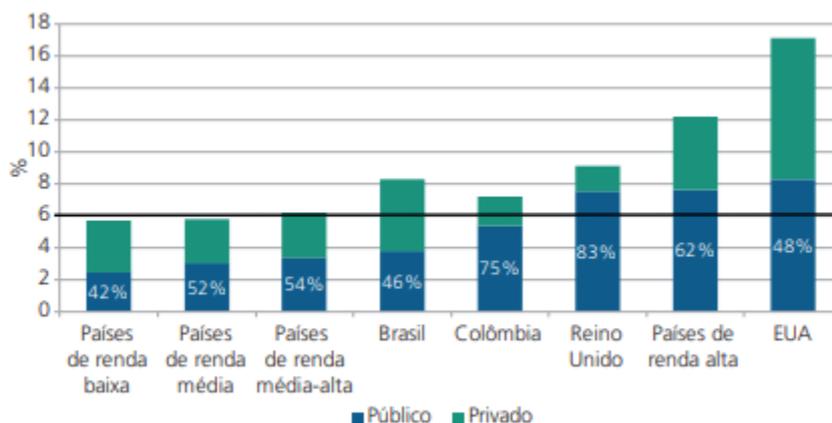
Por outro lado, não obstante os países de renda média-alta tentam apresentado gasto inferior ao brasileiro, verificou-se na análise que houve um aumento progressivo dos valores *per capita* gastos com saúde. Por outro lado, no Brasil, não ocorreu esse aumento. Em 2014, o gasto *per capita* foi de U\$ 1014,00. Em 2016, o gasto foi de U\$ 795,9. Já em 2020, o gasto foi de R\$ 700,7. Deveras, houve oscilações, e, de um ponto de vista, geral, verificou-se que o valor investido em saúde *per capita* no Brasil diminuiu entre 2014 e 2020.

Ou seja, não obstante o Brasil não chegue nem perto de investir em saúde o equivalente aos países de renda alta, os gastos em saúde no Brasil não têm aumentado na proporção necessária, já que a taxa de aumento equivale aos de países que investem muito mais em saúde.

Uma segunda forma de comparar os gastos com saúde é quanto ao valor total de recursos disponíveis e destinados à saúde em cada país (gasto como percentual do PIB). Nesse aspecto, a OMS estabeleceu como referência (benchmark) o percentual de 6% de despesa pública em saúde, os quais deveriam ser alocados prioritariamente na atenção primária à saúde. (PAHO, 2014). Porém, até 2017, apenas os países de renda alta conseguiam superar a referência. No Brasil, as fontes públicas de financiamento investem apenas 4% do PIB, percentual que é “pouco superior aos países de renda baixa e inferior à categoria em que o Brasil se enquadra”. (PIMENTEL, 2017, p. 27).

Em análise realizada por Pimentel acerca da composição total do financiamento à saúde em termos percentuais do PIB, este observou que, em 2014, no Brasil, investia-se ao total aproximadamente 8% do PIB em saúde, sendo que menos de 4% desse total era derivado do setor público (46% do total investido). O restante advinha do setor privado. Por seu turno, verificou que, nos Estados Unidos, investia-se na época mais de 17% do PIB em saúde, sendo que 8% desse total era proveniente do setor público (48%). Isso significava que a composição dos investimentos em saúde no Brasil possuía maior participação do setor privado do que nos Estados Unidos. (PIMENTEL, 2017, p. 28). Nesse sentido, a imagem abaixo demonstra o comparativo entre os países.

Quadro 4: Percentual do PIB destinado à saúde, fontes públicas e privadas, 2014, grupos de países por faixas de renda e alguns países selecionados.

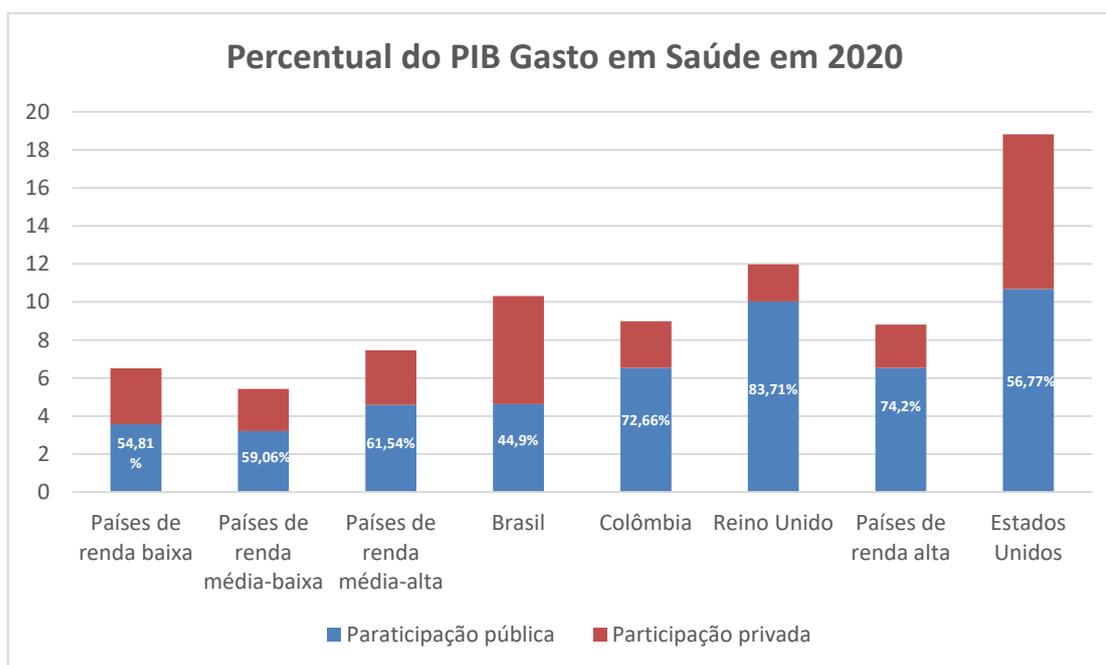


Fontes: PIMENTEL (2017, p. 28) e OMS, 2017.

Não obstante a análise acima, em consulta ao site da OMS, encontrou-se dados diversos para o ano de 2014, no que toca aos percentuais de investimento público em saúde no Brasil. Consoante dados constantes do site da OMS, o percentual de investimento privado em saúde em 2014 no Brasil foi de 55,81%, de forma que o percentual do investimento público foi de 44,19%, ainda inferior ao apontado por Pimentel. De todo modo, a conclusão do autor se mantém válida e amplificada, já que o percentual de investimento público do PIB aplicado em saúde é inferior a 4%.

Atualizando esses dados datas mais recentes, realizou-se pesquisa no site da OMS acerca dos percentuais do PIB investidos em 2020, tendo-se chegado à análise realizada na tabela abaixo.

Quadro 5: Percentual do PIB destinado à saúde, fontes públicas e privadas, 2020, grupos de países por faixas de renda e alguns países seleccionados.



Fonte: autoria própria a partir de dados do site da OMS (OMS, 2023) e da pesquisa de PIMENTEL (2017, p. 28).

Ao realizar uma análise comparativa entre os gráficos, é possível se extrair algumas conclusões.

A primeira e mais importante é de que a participação do setor público aumentou em todos os países estudados, com exceção da Colômbia, sendo que nesta última a participação já era em 2014 de 75%, tendo caído para 72,66%.

A despeito disso, a participação do setor privado no Brasil se manteve em patamar elevado quando comparada aos demais países (55,1% dos valores investidos em saúde, *versus* 44,9% de investimento público).

Nos Estados Unidos, em contrapartida, que se destacava pelo grande investimento em saúde e forte participação do setor privado, o setor público ampliou bastante sua participação, passando de 48% em 2014 para 56,77% em 2020. Ou seja, a segmentação na saúde norte-americana sofreu uma redução significativa entre 2014 e 2020.

A par desses dados, PIMENTEL verificou em sua pesquisa que, no Brasil a saúde tem baixa relevância no montante do orçamento do setor público, uma vez que, segundo dados do Banco Mundial de 2014, apenas 10% das receitas fiscais no Brasil eram destinadas à saúde, enquanto a média mundial é de 15%, superando a marca de 20% em países como Japão e Alemanha (PIMENTEL, 2017, p. 28).

Em pesquisa feita no site da OMS, verificou-se que esse percentual variou pouco ao longo dos anos seguintes, chegando ao máximo de 10,77% em 2020, de forma que se manteve abaixo de.

Quadro 6: Gastos com saúde no Brasil como percentual das despesas gerais (2015 a 2020).

Location	2020	2019	2018	2017	2016	2015
Brazil	10.77	10.48	10.32	10.32	9.96	10.01
Total	10.77	10.48	10.32	10.32	9.96	10.01

Fonte: OMS (2023).

Ao realizar uma pesquisa mais ampla entre diversos países do mundo, restou ainda mais evidente que o investimento em saúde no Brasil não é prioritário em relação aos demais gastos públicos.

Quadro 7: Gastos com saúde como percentual das despesas gerais (2014 a 2020)

Location	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014
Argentina	15.72	16.07	15.31	16.05	13.47	16.5	16.29
Brazil	10.77	10.48	10.32	10.32	9.96	10.01	9.6
Chile	18.84	18.01	18.3	17.97	16.75	16.02	15.69
Colombia	19.47	17.56	15.76	18.6	17.66	17.04	16.18
Cuba	16.43	15.52	14.94	15.51	17.3	18.25	18.02
Ecuador	13.91	13.27	13.09	12.45	11.45	10.87	9.44
Italy	12.86	13.17	13.25	13.12	13.23	13.1	13.15
Japan	20.63	24.28	24.49	24.46	23.18	23.15	22.57
Mexico	11.52	10.32	10.41	10.73	10.41	10.86	10.35
Portugal	13.78	13.62	13.31	12.54	12.9	11.91	11.15
Republic of Korea	13.58	14.31	14.16	13.6	13.13	12.55	12.2
Russian Federation	13.6	10.2	9.76	8.78	8.23	8.82	9.16
South Africa	15.29	15.29	15.29	15.29	15.29	15.24	14.92
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	19.48	19.64	19.14	18.92	19.08	18.7	18.48
United States of America	22.35	22.5	22.51	22.49	22.42	22.31	21.48

Fonte: OMS (2023).

Inseriu-se na pesquisa países da América Latina, países em desenvolvimento como México e Cuba, além de países desenvolvidos com sistemas universais de saúde como Reino Unido, Itália e Japão.

Veja-se que, em 2020, o Brasil foi o país pesquisa que menos investiu em saúde entre todos os países pesquisados.

Por outro lado, em 2019, o Brasil investiu menos do que todos os países pesquisados à exceção do México.

Alguns dos países em desenvolvimento estudados apresentaram um aumento na participação do gasto com saúde nos gastos totais do Poder Público. Encontram-se nessa categoria o Chile (de 15,69% a 18,84%), a Colômbia (de 16,18% a 19,47%), o Equador (9,44% a 13,91%) e a Rússia (9,16% a 13,6%). Em contrapartida, o Brasil, que já tinha baixa participação em 2014, o percentual subiu muito pouco, passando de 9,6% em 2014 para 10,77% em 2020.

Essa conjuntura revela a existência de um desfinanciamento da saúde no Brasil (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 22), a qual constitui peça chave para compreender os problemas existentes no SUS e o aumento da judicialização da saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 82).

É possível, portanto, concluir que os valores destinados à saúde no Brasil estão muito aquém daqueles necessários para o correto funcionamento do Sistema Único de Saúde, razão pela qual se torna preocupante a efetivação desse direito

fundamental em uma perspectiva constitucionalista, em que a Constituição possui força normativa e reconheceu direitos sociais que necessitam ser garantidos e promovidos pelo Estado. (BELUZZO; SANGOI, 2021).

5.2. Participação do Setor Privado e Segmentação da Saúde Brasileira

Não bastasse os valores serem insuficientes, os gastos privados com saúde superaram os gastos públicos com saúde, consoante dados constantes do site da OMS.

Quadro 8: Evolução do gasto com saúde no Brasil entre 2013 e 2020

Ano	Total do gasto em Saúde percentual do PIB	Percentual do gasto público sobre o gasto total	Percentual do gasto privado sobre o gasto total	Gasto per capita em saúde	Gasto público per capita em saúde
2000	8,33%	41,65%	58,35%	U\$ 310,6	U\$ 129,3
2001	8,55%	41,05%	58,94%	U\$ 268,7	U\$ 110,4
2002	8,70%	42,41%	57,58%	U\$ 245,7	U\$ 104,1
2003	8,19%	42,85%	57,14%	U\$ 250,3	U\$ 107,3
2004	8,12%	42,72%	57,26%	U\$ 294,4	U\$ 125,6
2005	8,04%	41,66%	58,33%	U\$ 383,6	U\$ 159,7
2006	8,25%	42,90%	57,09%	U\$ 483,9	U\$ 207,7
2007	8,20%	42,43%	57,56%	U\$ 600,6	U\$ 255,2
2008	8,01%	43,69%	56,30%	U\$ 705,1	U\$ 308,5
2009	8,39%	44,21%	55,78%	U\$ 719,4	U\$ 317,7
2010	7,95%	45,03%	54,96%	U\$ 893,8	U\$ 402,4
2011	7,79%	44,54%	55,45%	U\$ 1028,0	U\$ 457,5
2012	7,74%	43,28%	56,71%	U\$ 953,70	U\$ 413,5
2013	7,98%	44,59%	55,41%	U\$ 977,8	U\$ 435,3
2014	8,40%	44,19%	55,81%	U\$ 1014,0	U\$ 446,5
2015	8,91%	43,34%	56,66%	U\$ 782,5	U\$ 338,5
2016	9,17%	43,14%	56,86%	U\$ 795,9	U\$ 342,8
2017	9,47%	41,80%	58,20%	U\$ 937,3	U\$ 391,2
2018	9,46%	41,18%	58,82%	U\$ 863,3	U\$ 354,7
2019	9,51%	40,89%	59,11%	U\$ 850,4	U\$ 346,5
2020	10,31%	44,90%	55,10%	U\$ 700,7	U\$ 313,6

Fonte: autoria própria a partir de dados do site da OMS (OMS, 2023) e da pesquisa de Sant'ana (2017, p. 85).

Ao analisar os dados extraídos do site da OMS, é possível concluir que o gasto em saúde em termos de percentual do PIB, embora com algumas oscilações entre 2000 e 2013, aumentou entre 2000 e 2020, saindo de 8,33% em 2000 para 10,31% em 2020, sendo que os incrementos mais consistentes nos valores ocorreram a partir de 2013.

Todavia, manteve-se ao longo de todo o período analisado a primazia dos investimentos privados, os quais, durante os 20 (vinte) anos estudados, estiveram acima de 50% dos valores investidos.

Ademais, verificou-se oscilações nos percentuais dos investimentos públicos, os quais passaram de 41,65% em 2000 para 45,03% em 2010, aparentando uma tendência de melhora; todavia, já em 2013, esse investimento caiu para 44,59, passando a 43,14% em 2016, e, após, a 40,89% em 2019, percentual semelhante ao de 2000. Em 2020, o investimento público subiu levemente para 44,9% do total, incremento esse decorrente da Pandemia da COVID-19. Por conseguinte, não se visualizou uma tendência consistente de crescimento no percentual do PIB provenientes de investimentos públicos em saúde.

Por fim, ao analisar os investimentos per capita em saúde, visualizou-se que, apesar de algumas oscilações, ocorreu um aumento significativo de U\$ 310,6, em 2000, para U\$ 1014,0, em 2014. Não obstante, nos anos seguintes, entre 2015 e 2020, os valores caíram novamente para U\$ 782,50 em 2015, e então oscilaram até que, em 2020, chegaram a U\$ 700,70, valor semelhante ao investimento *per capita* em 2008 (que fora de U\$ 705,1). Assim, passados 12 (doze) anos, os valores retornaram ao patamar dos setecentos dólares, em redução significativa, já que em 2011 e 2014 os valores investidos em saúde *per capita* haviam ultrapassados os mil dólares.

Ademais, quando se analisa os valores públicos investidos em saúde *per capita*, estes também apresentaram um aumento constante e significativo de U\$ 129,3, em 2000, para U\$ 457,5, em 2011. Porém, entre 2012 e 2020, esses valores oscilaram até chegar ao patamar de U\$ 313,6 em 2020, valor de investimento público semelhante àquele de 2008 (U\$ 308,5).

Deveras, as conclusões a que se chega são preocupantes na análise de investimentos públicos *versus* privados, pois não apenas não ocorreu um aumento contínuo dos investimentos em saúde *per capita*, como também não ocorreu um aumento nos investimentos públicos em saúde *per capita*, os quais, passados doze

anos, mantiveram-se semelhantes àqueles de 2008.

Em 2020, investiu-se U\$ 700,70 saúde *per capita*, sendo U\$ 313,6 proveniente do setor público. Ou seja, apenas 44,75% dos valores investidos *per capita* provieram de investimentos públicos, sendo 55,25% proveniente do setor privado.

Por conseguinte, a maior parcela de recursos investidos em saúde no Brasil atende a apenas $\frac{1}{4}$ da população, que é a que se utiliza do sistema de saúde suplementar do setor privado. Por outro lado, a menor cota se destina a $\frac{3}{4}$ da população brasileira quanto à oferta integral de bens e serviços de saúde e a 100% da população no que toca à “vigilância em saúde (sanitária e epidemiológica), vacinação e tratamentos de alto custo não cobertos pelos planos de saúde (tratamentos oncológicos, transplante de órgãos”. (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 8-9)

Por outro lado, tem-se verificado aumento nos recursos públicos destinados ao setor privado suplementar e complementar, e não ao fortalecimento dos serviços públicos do SUS. Esse financiamento ocorre mediante extensivas renúncias fiscais garantidas a cidadãos por gastos particulares com saúde. Também ocorre mediante o financiamento de planos e seguros de saúde. “Segundo Lígia Bahia, aproximadamente 20% dos gastos com o financiamento dos planos e seguros de saúde derivam de fontes públicas”. Por fim, também se deve mencionar o “financiamento de serviços exclusivos de saúde para corporações específicas de servidores públicos civis, para servidores militares e para empregados públicos de empresas estatais”. (BAHIA, 2008, p. 1390).

O sistema brasileiro de saúde possui caráter híbrido, pois a Constituição prevê em seus artigos 197 e 199 a possibilidade de o setor privado prestar serviços de saúde. Essa atuação do setor privado pode ocorrer de forma complementar ou de forma suplementar. A atuação complementar ocorre quando o serviço é contratado pelo SUS de instituição privada com ou sem fins lucrativos. A atuação suplementar ocorre quando o cidadão contrata serviços de saúde diretamente de entidade privada. (SANT'ANA, 2017, p. 63).

Esse caráter híbrido decorre da história de evolução do nosso Sistema, que não nasceu com característica estatizante, de forma que a multiplicidade de atores privados influenciou de forma impactante na Reforma Sanitária e na Constituinte. (SANT'ANA, 2017, p. 64). Contudo, as previsões constitucionais deixam claro que a prestação de serviços pelo setor privado ocorre de forma complementar ou

suplementar ao público, ou seja, não se trata de um sistema paralelo e deve seguir as diretrizes do setor público (DALLARI; NUNES, 2010, p. 96), e as instituições privadas devem ter por atribuição apoiar, quando conveniente e necessário, o setor público, já que nossa Constituição prevê os princípios de um Sistema Nacional de Saúde. (SANTOS; SANTOS; BORGES, 2013, p. 78).

Contudo, ao analisar a realidade dos serviços de saúde brasileiros, verifica-se que a realidade não segue essa diretriz constitucional, uma vez que o setor privado possui participação expressiva na prestação dos serviços de saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 64).

Na rede complementar, o SUS contrata grande parte dos serviços de saúde do setor privado, em especial na média e alta complexidade. (SANTOS; SANTOS; BORGES, 2013, p. 89). Mais da metade dos leitos disponibilizados pelo SUS pertencem a estabelecimentos privados. Essa participação do setor privado gera uma simplificação dos serviços do SUS e uma sofisticação da rede privada. (GERSCHMAN, 2008, p. 1446). A baixa-remuneração de serviços da tabela do SUS contrasta com as remunerações mais atrativas do setor privado, quando contratado, o que leva uma onda de expansão dos prestadores privados, impulsionada com dinheiro público. (SANT'ANA, 2017, p. 66).

Por outro lado, na rede suplementar, verifica-se uma ampliação da participação do setor privado no “mercado de serviços de saúde”, na forma de contratação direta de serviços de saúde pelos cidadãos, “cooperativas de profissionais da saúde, empresas médicas de grupo, autogestão ou planos administrativos, seguros privados, próteses, insumos médico-hospitalares”. Com os anos, o setor suplementar acabou conquistando relativa autonomia em um sistema paralelo, o que acarretou a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, destinada a controlar o setor no lugar dos Conselhos de Saúde. (SANT'ANA, 2017, p. 68-71).

Em virtude da progressiva contratação de planos de saúde pela população, com aumento de 60% nos últimos 15 anos, de forma que atualmente $\frac{1}{4}$ da população se beneficia do setor suplementar, valor este que tende a aumentar em virtude da expansão da contratação de seguros privados pelas classes C e D da população. Por fim, ainda existem os serviços de saúde dos servidores públicos, que misturam financiamento público com privado e a contratação direta de serviços por provedores privados autônomos. Tudo isso gera uma segmentação do sistema de saúde brasileiro e um apartheid para os excluídos do processo de expansão dos serviços privados.

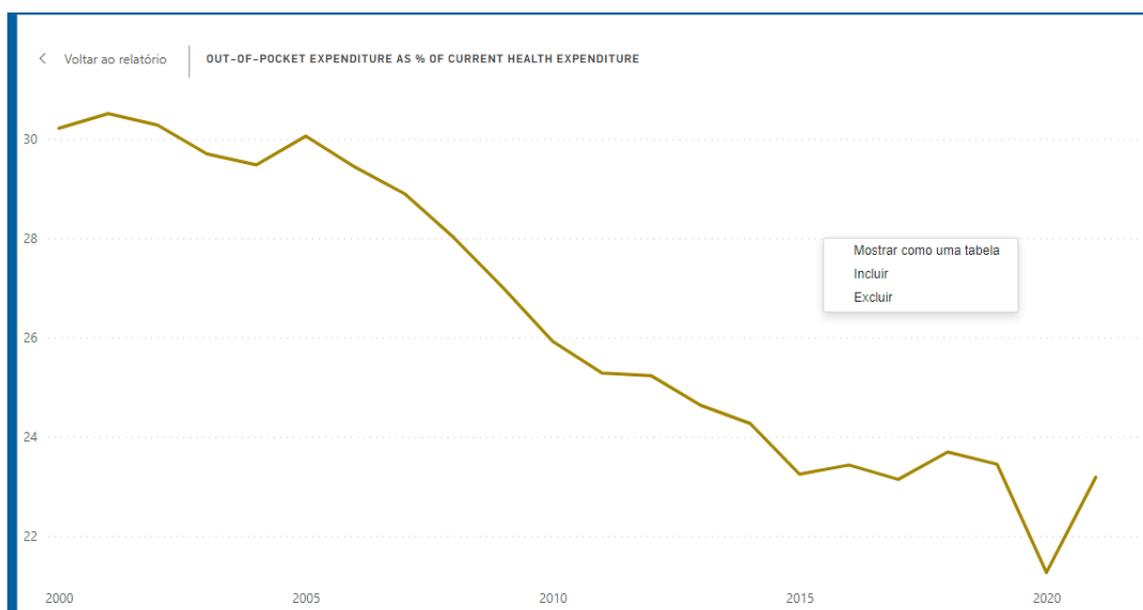
(SANT'ANA, 2017, p. 68-71).

Esse *apartheid* é definido por SANT'ANA como a histórica segmentação entre quem pode e quem não pode pagar o preço de entrada na saúde privada. No Brasil, o sistema privado, adjetivado de complementar na Constituição, na prática é um sistema alternativo, que garante uma cobertura duplicada, já que oferta serviços semelhantes àqueles que o sistema público e permite a opção pelo consumidor com recursos (2017, p. 95). Essa segmentação ocorre em vários países, porém no Brasil constitui “ponto nevrálgico da relação público-privada”. (SANTOS, 2011, p. 2.744).

Em consulta a relatório de estatística constante do portal da OPAS/OMS, encontrou-se dados relativos às denominadas “out-of-pocket expenses”, as quais podem ser definidas com os custos de saúde que os indivíduos arcam do seu próprio bolso, os quais podem ou não ser reembolsados posteriormente. Também é utilizado para indicar as cotas pagas pelo usuário de planos de saúde que não serão reembolsadas posteriormente. (Investopedia, 2023).

Os dados são comparativos aos gastos totais com saúde. Ao inserir o Brasil como país de análise, verifica-se que o percentual de “Out-of-pocket expenses” era de 30,21% em 2000, passando, com variações, a 23,19% em 2021. (OPAS/OMS, 2023).

Quadro 9: Out-of-pocket expenses entre 2000 e 2021.



Fonte: site da OMS (OMS, 2023).

Essa análise permite aferir que, embora tenha reduzido, cerca de $\frac{1}{4}$ dos

investimentos realizados com saúde no Brasil partem de particulares que financiam as prestações de saúde, seja pagando diretamente os serviços, seja financiando cotas de plano de saúde.

No Brasil, aproximadamente 25% da população faz uso de planos privados de saúde (ANSS, 2016). A expansão dessa clientela aumenta a segmentação no acesso à saúde, o que pode vir a ser agravado pela defesa de planos populares, na presunção de que isso desoneraria os sistemas públicos de saúde. (SANTOS, 2011, p. 2.744).

O *apartheid* implica simplificação dos serviços prestados pelo SUS (WERNECK VIANNA, 2011, p. 73), destinadas aos circuitos sociais inferiores, e simultaneamente a ampliação do setor privado, que presta serviços de qualidade e sofisticação a quem pode pagar, ressaltando-se que a face mais perversa da diferenciação ocorre quando aquele que não tem recursos deixa de acessar os recursos de saúde, ou melhor, não é atendido. Segundo pesquisa de Umberto Pessoto, o tempo de atendimento difere conforme a renda, pois os possuidores de planos privados esperavam 32 minutos, em média, até o atendimento, enquanto os não possuidores suportavam espera de cerca de 81 minutos. (PESSOTO, 2007, p. 356). A desigualdade também atinge os serviços de UTI, já que os serviços privados tinham 14% de seus leitos preparados para terapia intensiva, contra apenas 6% do SUS. (PESSOA ET AL, 2016, p. 13). Quanto a equipamentos de diagnóstico, em 2010, os indivíduos com plano privado tinham disponibilidade 10 vezes maior de aparelhos de ressonância magnética do que a população em geral. (SANTOS; SANTOS; BORGES, 2013, p. 110).

Essa relação entre público e privado no sistema de saúde brasileiro e o profundo *apartheid* existente viola os princípios constitucionais do SUS e prejudica o desenvolvimento das políticas públicas de saúde. Os princípios da integralidade e da universalidade não se concretizam. (VIEGAS; PENNA, 2013, p. 186). A escassez dos serviços dos SUS gera a migração de brasileiros para a cobertura privada assim que obtém uma melhora de renda, o que estimula a expansão do setor privado e agrava a segmentação. (COSTA; VAITSMAN, 2014, p. 450). Esse processo gera maiores prejuízos aos cidadãos das classes populares, que assistem à expansão do setor privado e à perda de qualidade do setor público. (ALMEIDA, 2001, p. 38)

Aprofundando ainda mais o *apartheid* existente na saúde brasileira, foi instituído novo modelo de financiamento da APS do SUS, o programa Previne Brasil, instituído pela Portaria MS nº 2.979, em novembro de 2019, cuja execução se iniciou em 2020. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9).

Segundo a nova sistemática, ficou definida a combinação de um conjunto de critérios para a alocação dos recursos federais de saúde aos municípios, “agrupados em três componentes: (1) capitação ponderada; (2) pagamento por desempenho; e (3) incentivos a programas específicos/estratégicos”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9-10).

A reforma acelera “a transformação do sistema de saúde para uma atenção voltada aos pobres (apenas os cadastrados) com poucos recursos, sob os ditames do Banco Mundial, desmontando a atenção primária à saúde e o SUS universal e abrindo espaço para esta ser apropriada pelo capital privado”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 9).

O componente que contempla a maior parte dos recursos transferidos, a capitação ponderada, correspondeu a cerca de 52% da projeção orçamentária para 2020 e reduziu o financiamento da APS em virtude da extinção do Piso de Atenção Básica Fixo (PAB Fixo). O PAB fixo estava em vigor há 22 anos no SUS, e se “constituía numa linha de transferência que destinava de R\$ 23 a R\$ 28 anuais por habitante em repasses de recursos mensais e regulares ao conjunto dos municípios, isto é, para toda a sua população, respeitando o caráter da atenção universal”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 10).

Com a alteração, o financiamento passou a ocorrer a partir das pessoas cadastradas na Unidade de Saúde da Família em razão de sua vulnerabilidade econômica. Passou-se a considerar “a proporção de pessoas cadastradas nas Equipes de Saúde da Família (ESF) e que recebam benefício financeiro do programa Bolsa Família, Benefício de Prestação Continuada ou benefício previdenciário no valor máximo de dois saláriosmínimos”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 10).

O cálculo a partir da “capitação ponderada” ocorre por meio da ponderação. Inicialmente, prioriza-se o cadastramento de pessoas vulneráveis. Após, por meio de um primeiro ajuste demográfico, repasse-se “valores superiores para pessoas cadastradas nas ESF com até 5 anos e acima de 65 anos de idade”. Por fim, é feito “um ajuste de tamanho e distância municipal (tipologia rural-urbana dos municípios do IBGE)”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 10).

Objetiva-se, com a capitação ponderada, valorizar as pessoas cadastradas, identificando aqueles mais pobres no intuito de supostamente alcançar maior “eficiência” nos serviços. Porém, na prática acaba ocorrendo a focalização dos serviços (neofocalização). “Convoca-se uma Cobertura Universal da Saúde (CUS),

denominação associada aos ditames do pensamento neoliberal, restringindo o atendimento a um contingente específico”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 10).

A nova sistemática abre espaço “para a segmentação da clientela das áreas associadas, nas quais apenas uma pequena parcela mais vulnerável é coberta e a maior parte da população é redirecionada ao mercado”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 10).

Paralelamente, foi extinto o “financiamento diretamente relacionado aos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (Nasf)”, não havendo “mais incentivo à implementação de ações interprofissionais, típicas do modelo universal e que expandem a integralidade do cuidado”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 11).

O processo de desfinanciamento produzido pelo novo modelo de APS, burocratizado e dificultoso, volta-se à saúde da população mais vulnerável e, assim, destitui a universalidade do financiamento. A partir dele, o SUS vai “se consolidando em uma organização de saúde que reforça instrumentos administrativos e gerenciais, muito distante do SUS que tem o direito à saúde como central e universal”. O esvaziamento de recursos acaba justificando a privatização por dentro do sistema, utilizando-se do contexto de crise para reordenar “formas de alocação que simulam mais recursos financeiros, porém de difícil operacionalização”. Dessa forma, “a APS vai se desertificando, tornando-se um solo árido de recursos até que se justifique a necessidade de privatizá-la por completo”. (MENDES; CARNUT, MELO, 2023, p. 11).

Muitos defendem que a ampliação do acesso ao setor privado desoneraria o sistema público e contribuiria para a melhora do SUS. Todavia, a experiência de outros países, em especial os Estados Unidos, revelam o contrário.

Os programas governamentais dos Estados Unidos e o amplo mercado privado, apesar do acentuado investimento de recursos, em 2008, deixavam à margem dos serviços de saúde expressiva parcela da população dos EUA. Em 2008, esse sistema deixava mais de um em cada sete norte-americanos sem cobertura de qualquer espécie, ou seja, “16% da população norte-americana ou 50 milhões de pessoas que não dispunham de qualquer tipo de seguro”. (ROSENBAUM, 2015, p. 1).

Isso acarretou pressões que geraram a reforma do OBAMACARE. Porém, mesmo após as reformas promovidas a muito custo, “o atual arranjo ainda sofre com vazios assistenciais, sobretudo em áreas rurais, e mantém um grande contingente de excluídos, de aproximadamente 30 milhões de pessoas, muitas das quais não possuem perspectiva de inclusão no atual modelo de política pública de saúde”.

(BLUMBERG, 2016, p. 1-2).

Além disso, ao contrário do Brasil, os Estados Unidos investiam em 2015 quase 16,4% de seu PIB em saúde. Tratava-se do maior gasto mundial em saúde. (OCDE, 2015, p. 165-166). Em 2015, os Estados Unidos eram responsáveis por ao menos 40% do investimento mundial total em saúde. (WILKINSON; PICKETT, 2015, p. 124). Em 2020, esse percentual chegou a 18,82%, conforme dados constantes do portal da OMS. (OMS, 2023).

Apesar disso, os EUA apresentavam expectativa de vida menor do que a maior parte dos países de alta renda (KONTIS, 2017, p. 1333), bem como padrão inferior a inúmeros países de renda média, como a Grécia, que investia menos da metade em saúde por habitante. (WILKINSON; PICKETT, 2015, p. 124-125). Em estudo sobre expectativa de vida realizado em 35 países industrializados, constatou-se que, até 2030, os norte-americanos teriam “expectativa de vida semelhante aos tchecos, para o caso dos homens, e às mexicanas e croatas, no caso das mulheres”. Isso pode ser explicado, entre outros motivos, pela oferta insuficiente e desigual dos serviços de saúde entre a população norte-americana. (KONTIS, 2017, p. 1333).

Quanto ao Brasil, por seu turno, a situação se revela ainda mais grave, pois aqui o investimento em saúde é inferior aos Estados Unidos. No que toca a percentual do PIB, em 2020 se gastou no Brasil 10,31% do PIB em saúde; por outro lado, nos Estados Unidos gastou-se 18,82%. (OMS, 2023).

Por conseguinte, para reverter a precariedade da saúde brasileira, além de aumento dos investimentos, seria necessário reavaliar a sistemática do nosso sistema de saúde, o qual desnatura o modelo de saúde previsto na Constituição de 1988, de caráter público e universal, ao subfinanciar as políticas públicas e subsidiar as escolhas privadas. (SANT’ANA, 2017, p. 199).

“O resultado é que o “sistema” de saúde pouco a pouco deixa de ser sistêmico, uma vez que segmentado em vários padrões e formas de acesso aos serviços de saúde. Tal segmentação, tanto no Brasil quanto nos EUA, reserva aos mais pobres serviços deficientes e limitados ou até mesmo a mais pura exclusão, que, no Brasil, se apresenta ainda mais pernicioso, pois impacta de forma contundente exatamente os mais pobres e mais vulneráveis”. (SANT’ANA, 2017, p. 199).

6. A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde brasileiras

Analisado o histórico, as características, o financiamento e a segmentação existentes nas políticas de saúde brasileiras, é possível compreender o contexto em que se insere a judicialização do direito à saúde no Brasil.

O Sistema Único de Saúde possui matriz universal, buscando garantir a saúde de todos os habitantes do território nacional. Nesse sentido, ele atende à meta 3.8 da ODS 3 da Agenda 2030 e está consentâneo ao cenário internacional do direito à saúde. Porém, quando se analisa a história da saúde no Brasil, verifica-se que o SUS foi criado de forma recente. Além disso, ele é subfinanciado, bem como preterido em termos políticos e orçamentários em virtude da participação intensa da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde no Brasil.

Por conseguinte, surge um cenário em que existem previsões constitucionais e legais que garantem o acesso a serviços de saúde a todos, porém muitos não conseguem obter um pacote mínimo de serviços de saúde, o que gera a inevitável judicialização das políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, segundo BARROSO, são três as principais causas da progressiva judicialização da saúde: a) a redemocratização do país e promulgação da Constituição Federal de 1988; b) a grande abrangência da Constituição na previsão de direitos; e c) a previsão de um sistema de controle de constitucionalidade amplo, que congrega aspectos dos sistemas americano e europeu. A Constituição de 1988 trouxe em seu texto matérias que antes eram deixadas ao processo político majoritário. Estando um direito disposto em norma constitucional, ele se reveste de uma pretensão jurídica que pode ser reivindicada no Poder Judiciário, o que traz a matéria a debate no âmbito deste Poder. Em virtude dessas circunstâncias, o controle jurisdicional dessas políticas acaba por transferir poder para juízes e tribunais, o que gera alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2001, p. 276).

O controle pode ser entendido como uma correção de rota. Seria uma “espécie de painel destinado a registrar alterações no ambiente e funcionamento da administração e a de indicar as providências para alcançar os objetivos pré-estabelecidos”. Assim, o controle jurisdicional de políticas públicas nada mais é do que “um controle em relação aos fins estatais prioritários”. (BARROSO, 2006, p. 153).

Para Seabra Fagundes, “o controle jurisdicional se exerce por uma intervenção

do Poder Judiciário no processo de realização do direito. Os fenômenos executórios saem da alçada do Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional. É o que Goodnow denomina 'execução da vontade do Estado por via judiciária'". (FAGUNDES, 2005, p. 125-126).

BENEDETTI assevera que, nesse contexto, o Poder Judiciário perde parcela de sua identidade. Passa-se a exigir do juiz um comportamento cada vez mais político na implementação de direitos que antes não se encontravam definidos, os direitos coletivos. Assim, o Poder Judiciário, que antes se colocava de maneira imparcial frente a dois polos, vê-se obrigado a decidir questões da esfera política. (BENEDETTI, 2011, p. 10-11).

Porém, na política, o procedimento seria diverso, já que marcado pela busca de uma solução possível, orientado pelo princípio da maioria e por orçamentos que balizam a formulação de políticas públicas. Constitui-se, assim, um dos maiores desafios da filosofia constitucional: "dada a evidência de que a atuação do Judiciário se expande em direção à política, como justificar, delimitar e enquadrar o comportamento dos magistrados na sociedade complexa em que hoje se vive?" (BENEDETTI, 2011, p. 10-11).

A judicialização termina atingindo setores que exigem planejamento de médio e longo prazo, como as políticas públicas de saúde. Quais os efeitos da judicialização sobre essas políticas? Trata-se de temática que tem sido imensamente debatida na doutrina nacional, em virtude do aumento progressivo de ações judiciais com relação a essas políticas. Existem inúmeros estudos com o objeto de analisar as consequências positivas e negativas que a judicialização das políticas públicas de saúde pode acarretar para o Sistema Único de Saúde. Nesse campo, o material bibliográfico é bastante vasto.

Todavia, no que toca às pesquisas existentes, SANT'ANA argumenta em sua dissertação que estas focam demasiadamente nas demandas relativas à concessão de medicamentos (2017, p. 324), ignorando outras demandas importantes como a dificuldade e demora em obter atendimento. Baseia suas conclusões em pesquisas de opinião do IPEA, feita no Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), segundo as quais a satisfação com a qualidade do serviço de assistência farmacêutica seria mais alta que aquela relativa a serviços prestados em unidades básicas de saúde e o atendimento de urgência ou emergência dos hospitais. Ademais, os usuários do SUS teriam apontado como "dois principais problemas do sistema a falta de médicos

(58,1% das respostas) e o excessivo tempo de espera para atendimento (nesse ponto, 35,4% reclamaram da demora em postos de saúde e hospitais, e 33,8% da indicaram a demora em conseguir consulta com especialistas)". Com fulcro nessas conclusões, o autor conclui que "problemas de acesso a medicamentos não estão entre os principais obstáculos aos usuários do SUS, mas sim a dificuldade e a demora em obter atendimento". (SANT'ANA, 2017, p. 328).

Por conta disso, o autor considera que se está tomando "o todo pela parte, ou seja, toma-se o fenômeno amplo da judicialização da saúde pelo resultado específico das demandas judiciais que postulam medicamentos não padronizados ou sem registro na ANVISA". Considera, porém, que a "judicialização é um fenômeno amplo que envolve uma rica interface entre o direito e suas instituições e a saúde e o seu sistema", e "o debate acadêmico tem se limitado à questão da assistência farmacêutica, com especial atenção aos medicamentos não padronizados". (SANT'ANA, 2017, p. 324).

Não obstante a verossimilhança de alguns desses argumentos, considera-se que a análise das pesquisas existentes acerca da concessão judicial de medicamentos é de suma importância para compreender a problemática da judicialização da saúde no Brasil, pois possibilita examinar os efeitos positivos e negativos que ela pode gerar para essas políticas, no intuito de melhor compreender os limites que devem pautar os julgamentos do Poder Judiciário.

Deve-se considerar que as ações que demandam medicamentos representam uma parte significativa das ações judiciais ajuizadas referentes à judicialização de políticas públicas de saúde. Isso inclusive foi parcialmente reconhecido por SANT'ANA em sua dissertação, ao mencionar estudo do TCU que concluiu pela tendência de aumento das ações individuais com foco em medicamentos e tratamento médico-hospitalar (BRASIL. TCU, 2017). Assim, "a existência de toda essa extensão de pesquisa acadêmica, por certo, representa uma resposta a um problema real, pois, de fato, muitas das ações judiciais relacionadas à saúde dizem respeito ao fornecimento de medicamentos. (SANT'ANA, 2017, p. 327).

Outrossim, conforme BORGES, deve-se considerar que 34,5% dos custos em saúde são "constituídos pelos gastos diretos das famílias na compra de bens e serviços de saúde". Desses valores, "a despesa com medicamentos representa nada menos que 82% do custo direto em saúde efetuado pelo decil mais pobre da população brasileira", sendo o mais importante "item de gasto privado direto da nossa

sociedade. O problema do acesso gratuito aos medicamentos constitui-se, portanto, em uma das principais questões pendentes no SUS". (2010, p. 66).

Por outro lado, o objeto dessas ações é relativamente simples e homogêneo, o que facilita o deslinde das ações, em conclusões que podem ser estendidas às demais políticas públicas de saúde, já que não há fator que diferencie umas ações das outras. A urgência das demandas, o risco de desorganização do sistema, os impactos orçamentários são temáticas comuns a todas as ações relativas a políticas públicas de saúde.. Assim, a grande quantidade de pesquisas realizadas no que toca às ações acerca de medicamentos é rico repertório para essa análise.

Diante disso, passar-se-á nos itens seguintes ao exame dos principais argumentos doutrinários favoráveis e contrários à judicialização de políticas públicas de saúde, tendo em especial conta a concessão de medicamentos, justamente em virtude da quantidade expressiva de estudos existentes sobre essas demandas na doutrina nacional, que permitirá um melhor aprofundamento dos possíveis efeitos positivos e negativos da judicialização.

Essa análise será de importância para poder analisar, no capítulo seguinte, os impactos da aplicação de precedentes vinculantes nas políticas públicas de saúde brasileiras.

6.1. Argumentos doutrinários contrários à judicialização de medicamentos

Conforme visto, as deficiências existentes no Sistema Único de Saúde têm gerado ampliação na quantidade de demandas que chegam ao Judiciário. As demandas relativas a medicamentos correspondem a uma parte grande dessas ações.

Diante desse crescimento, surgiram variados argumentos doutrinários contrários à excessiva judicialização, a exemplo do suposto caráter antidemocrático da apreciação judicial dessas políticas públicas; do possível gasto orçamentário excessivo com poucas demandas em benefícios de pessoas mais bem favorecidas que conseguem o acesso judicial (regressividade); e do caráter assistemático das inúmeras decisões judiciais individuais, gerando desorganização na gestão do sistema.

Um dos argumentos mais recorrentes e persuasivos contrários à concessão judicial de medicamentos é de que esta feriria a equidade do sistema, ao beneficiar

poucas pessoas, as quais não necessariamente se encontram no substrato inferior do poder aquisitivo nacional.

Sobre a possível regressividade existente na concessão judicial de medicamentos, estudo promovido por CHIEFFI e BARATA analisou dados extraídos do Sistema de Controle Jurídico (SCJ), o qual foi construído pela SES-SP para acompanhar o cumprimento das determinações judiciais no Estado. (2009, p. 1840).

O estudo englobou como universo da pesquisa “as ações judiciais cadastradas de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006, movidas por pacientes que, no processo judicial, informaram residir na cidade de São Paulo e receberam medicamentos por meio de processos contra a SES-SP”. Como dados, foram analisados: “número do processo judicial; advogado; médico prescritor; medicamento solicitado; nome do paciente; endereço de residência do paciente informado no processo; e origem da receita médica”. (CHIEFFI; BARATA 2009, p. 1840).

O estudo concluiu que, analisada a distribuição de processos por extrato e classificação de residência dos solicitantes, consoante o do IPVS (Índice Paulista de Vulnerabilidade Social), bem como o tipo de medicamento solicitado, restou reforçada a “hipótese de que a interferência do Poder Judiciário na política de saúde rompe o princípio da equidade ao favorecer as demandas dos que menos necessitam, em detrimento daqueles que só podem contar com o sistema público de saúde, ampliando a inequidade já existente”. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1847).

Também concluiu que a maioria dos medicamentos solicitados nessas demandas não pertencia aos “programas de medicamentos preconizados pelo SUS”, isto é, não eram “padronizados pelos protocolos do sistema público de saúde”, de forma que as ações judiciais ignoraram “o que a política de assistência farmacêutica normalizou”. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1847).

Em outra pesquisa sobre o assunto, FERRAZ realizou um levantamento de estudos realizados sobre a regressividade. Ao analisar alguns estudos acerca do perfil das demandas judiciais ajuizadas, o autor concluiu que a maior parte das ações demandando medicamentos eram movidas por pessoas do extrato intermediário da sociedade, e não do extrato inferior. Ele menciona em seu artigo quatro estudos, realizados a partir dos indicadores indiretos da representação legal por advocacia privada ou pública e a utilização de prescrições advindas de médicos públicos, realizados por F. VIEIRA e P. ZUCCHI; A. CHIEFFI e R. BARATA; J. PEREIRA et al.; bem como A. MESSEDER, C. OSÓRIO-DE-CASTRO e V. LUIZA. (FERRAZ, 2009, p.

38-39)

Com exceção de estudo realizado no Rio de Janeiro, os demais estudos apontaram que a maior parte das causas foi movida por pessoas com representação de advogados privados. Quanto às prescrições advindas do sistema público, o autor pondera que o fato de algumas prescrições serem oriundas do sistema público não significa necessariamente a pessoa que utilizou a prescrição pertença aos estratos econômicos inferiores da sociedade. (FERRAZ, 2009, p. 39).

Outrossim, citou o caso de F. TERRAZAS que confirmou que, em uma amostra de 160 demandas de sucesso no Estado de São Paulo, 70% dos demandantes disseram residir em suas próprias casas de bairros de classe alta, média ou média-baixa e mais de 58% afirmou ganhar mais de um salário-mínimo. Por outro lado, 23,75% asseveraram ganhar de dois e cinco salários-mínimos e 11,8% afirmou ganhar acima de cinco salários-mínimos. Por fim, 80% afirmaram que completaram o ensino médio ou superior, não obstante na época apenas 39,2% da população de São Paulo completara esse nível de educação. (FERRAZ, 2009, p. 39-40).

Com base nesses estudos, o autor concluiu que a evidência emergente seria de que significativa parte das demandas não advém dos estratos mais socioeconomicamente desfavorecidos da sociedade, beneficiando predominantemente indivíduos de classe média. (FERRAZ, 2009, p. 39-40).

Isso, segundo o autor, pioraria a equidade do sistema, ao desviar recursos de programas que poderiam beneficiar parcelas maiores e mais desfavorecidas da sociedade, que não consegue acessar a justiça para proteger seus direitos. Mencionou, por fim, que em 2008 o Estado de São Paulo gastou 400 milhões de reais para atender ordens judiciais para a aquisição de medicamentos caros, beneficiando apenas 35.000 demandantes. Esse valor, segundo autor, teria sido aproximadamente o mesmo gasto pelo Ministério da Saúde para realizar programa de vacinação contra bactéria pneumocócica, para cobrir todas as 3,2 milhões de crianças nascidas a cada ano no Brasil, programa esse que não foi implementado integralmente até 2020 em virtude da limitação dos recursos. (FERRAZ, 2009, p. 40-41).

Finalizou seu estudo argumentando que não seria suficiente um esforço para que as parcelas mais economicamente vulneráveis da sociedade tivessem acesso aos tribunais, uma vez que o problema principal reside na interpretação dominante dos tribunais de que o direito à saúde é um direito subjetivo individual de todas as necessidades de saúde de cada indivíduo com o tratamento mais avançado possível.

Essa interpretação apenas poderia ser sustentada às custas da universalidade, já que apenas uma minoria teria condições de acessar essa visão expansiva e cara do direito à saúde, dadas as limitações orçamentárias existentes. Assim, garantir que as classes mais baixas tivessem acesso a esse direito ilimitado apenas tornaria o problema ainda mais severo. Seria importante, portanto, que o direito à saúde fosse interpretado como o direito a ter igual acesso às ações e serviços de saúde que possam ser proporcionados com os recursos disponíveis. (FERRAZ, 2009, p. 40-41).

Outra pesquisa acerca da regressividade foi conduzida por SILVA, ALMEIDA e PESSOA, que analisaram os medicamentos não padronizados adquiridos em razão de compra específica por via judicial pelo SUS-DF no período de setembro/2014 a agosto/2016. Foram encontrados 244 medicamentos em 24 meses. O valor total gasto na aquisição desses medicamentos foi de R\$ 43.700.727,04 durante o período analisado. (SILVA; ALMEIDA; PESSOA, 2017, p. 5).

Das inúmeras conclusões do estudo, cumpre mencionar aquela relativa ao medicamento de maior gasto, o concentrado de fator IX recombinante 1000 UI., indicado para tratamento de hemofilia B. Foram gastos R\$ 4.873.323,40 (Tabela 1) com esse medicamento. “Somando-se a apresentação de 500 UI, que isolada representou um gasto de R\$ 2.286.284,38, e a apresentação de 250 UI, que contribuiu com um gasto de R\$ 1.652.914,29, houve um gasto total aproximado de 8,8 milhões de reais com esse único fármaco”, o qual correspondeu a 22,53% do gasto total. (SILVA; ALMEIDA; PESSOA, 2017, p. 9).

Consoante o estudo, dados do Ministério da Saúde indicaram que, em 2014, havia 59 casos de hemofilia B no Distrito Federal, com uma prevalência de 1,5 casos/35.000 homens. “Assumindo que o tratamento de todos os pacientes tenha sido judicializado e considerando que em 2015 foram gastos cerca de R\$ 4 milhões com a aquisição judicial desses medicamentos, a razão de gasto anual por paciente seria da ordem de R\$ 68 mil”. (SILVA; ALMEIDA; PESSOA, 2017, p. 9).

A análise desse estudo é impactante, pois, embora direcionado a determinada localidade e período, demonstra como a judicialização pode gerar impactos na equidade do sistema, ao permitir que valores elevados do sistema sejam gastos com poucos pacientes que sofrem de apenas uma doença.

Também no que toca às possíveis distorções à equidade causadas pela judicialização nas políticas públicas de saúde, MACHADO realizou “estudo descritivo sobre 827 processos judiciais com 1.777 pedidos de medicamentos de 2005 a 2006

no Estado de Minas Gerais”. Nesse estudo, a autora avaliou “os tipos de atendimento no sistema de saúde e a representação dos autores junto ao Poder Judiciário. Os medicamentos foram descritos segundo registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, essencialidade, inclusão programática no Sistema Único de Saúde e evidências de eficácia”. (MACHADO, 2011, p. 590).

No que toca à representação e origem do atendimento médico, MACHADO concluiu que grande parte dos pacientes foi atendida no sistema privado de saúde e procurou serviços particulares de advocacia, o que pode indicar melhores condições socioeconômicas, já essas pessoas puderam “arcar com as despesas processuais” e demonstraram “maior conhecimento de seus direitos”. (MACHADO, 2011, p. 594).

Além disso, concluiu que uma “pequena quantidade de advogados e médicos da rede particular predominou em muitas ações, principalmente de pedidos de etanercepte e adalimumabe, medicamentos registrados no Brasil em 2003”, os quais somaram “205 solicitações (24,8% dos 827 processos) e passaram a ser contemplados no PMAC (protocolo da artrite reumatoide) a partir de outubro de 2006, ou seja, após o período em que foram demandados”. Segundo a autora, essa concentração de médicos e de advogados pode sugerir “a existência de interesses além da proteção e recuperação da saúde do paciente e a conquista de seu direito ao tratamento”, uma vez que “as ações podem representar interesses daqueles que comercializam medicamentos novos e financeiramente inacessíveis à população em geral”. Assim, o SUS se tornaria “um grande mercado consumidor para os novos lançamentos da indústria farmacêutica, que nem sempre atendem às necessidades sanitárias da população”. (MACHADO, 2011, p. 594).

Quanto ao ponto, a autora assevera que a “judicialização transformou-se em pressão para a incorporação de medicamentos pelo setor público. Argumenta que “Messeder et al identificaram relação entre o aumento de ações judiciais que requisitam medicamentos e sua incorporação pelo SUS”. Afirma que isso ocorreu com os medicamentos para a AIDS, com a insulina glargina, incorporada pela SES/MG em outubro de 2005, com o adalimumabe e com etanercepte, incluídos no PMAC em outubro de 2006, bem como com os medicamentos bosentana e sildenafil, contemplados em programas da SES/MG em outubro de 2009. Defende que esse “mecanismo de pressão pode gerar efeitos positivos, uma vez que induz a atualização dos programas/protocolos que precisam acompanhar o desenvolvimento de novos conhecimentos sobre as práticas terapêuticas”. Todavia, a incorporação sob pressão

gera o risco de desatenção “a critérios como eficácia, segurança e prioridades sanitárias da população”. (MACHADO, 2011, p. 596).

Por fim, a autora concluiu que “aproximadamente 56% dos medicamentos não estavam incluídos em programas do SUS”, e a maioria não era “classificada como medicamento essencial”. Por outro lado, “entre os medicamentos não disponíveis em programas da SES/MG, aproximadamente 80% possuíam alternativa terapêutica na rede pública, valor próximo ao encontrado em pesquisa na cidade de São Paulo, em que 73% possuíam substitutos na relação municipal de medicamentos essenciais e em programas do SUS”. Conclui que essa “disponibilidade de alternativas terapêuticas mostra que a gestão do SUS não é omissa na efetivação do acesso a medicamentos, cujas políticas públicas são abrangentes a várias áreas da saúde”. Outrossim, assevera que a “baixa frequência da essencialidade dos medicamentos requisitados sugere que a judicialização contraria as prioridades em saúde pública do Brasil”. (MACHADO, 2011, p. 595-597)

Ao concluir seu estudo, MACHADO argumenta que “medicamentos essenciais são selecionados com base em critérios de eficácia, segurança e relevância pública de forma a satisfazer as principais necessidades sanitárias da população, e a RENAME deve orientar a prescrição e o abastecimento de medicamentos no SUS.” “Desse modo, o perfil de medicamentos requeridos parece não corresponder às necessidades coletivas na forma com que são contempladas pelas políticas públicas de saúde, ou seja, o que é predominantemente demandado na Justiça é fruto de necessidades individuais”. Assim, “mesmo que a judicialização indique, em certas circunstâncias, falhas a serem sanadas no sistema de saúde, ela tende a se constituir predominantemente em um estímulo à medicalização e em um obstáculo para o uso racional de medicamentos”, o que “prejudica a consolidação das premissas da PNM e leva a uma desarticulação nas ações e serviços de Assistência Farmacêutica”. (MACHADO, 2011, p. 597). Portanto, a judicialização da saúde pode agravar a iniquidade “no acesso à saúde de um sistema já marcado por desigualdades socioeconômicas”.

Um estudo mais amplo acerca das características das ações judiciais foi realizado por CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, os quais fizeram uma “revisão com busca sistemática dos estudos de natureza empírica, publicados entre 1988 e 2014, sobre a judicialização do acesso a medicamentos no Brasil”. Ao total, foram revisados 53 estudos. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1335)

O estudo analisou as seguintes variáveis:

Renda mensal familiar e ocupação do autor da ação judicial; proporção de concessão de liminar e exigência judicial de documentos além da prescrição médica; proporção de prescrições pelo nome genérico, razão de gasto com medicamentos demandados judicialmente e existência de alternativa terapêutica no Sistema Único de Saúde; registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, proporção de medicamentos por componente da Política de Assistência Farmacêutica e proporção de ações judiciais que demandam ao menos um medicamento que esteja fora dos componentes da Política de Assistência Farmacêutica. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1341)

Das conclusões extraídas pelos autores em seus levantamentos, cumpre mencionar as seguintes:

1) o resultado do levantamento nas pesquisas revisadas não demonstrou se as demandas judiciais estariam comprometendo o orçamento do SUS, porém mostrou que os valores gastos com ações judiciais são altos e nem sempre se destinam a garantir o acesso a medicamentos de segurança e eficácia comprovadas. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1346).

2) quatro estudos revisados constataram que a maior parte dos demandantes solicitou medicamentos que apresentavam alternativas terapêuticas no SUS. Assim, “em que pese o número reduzido de estudos, a quantidade de medicamentos avaliados permite afirmar que a disponibilidade de alternativas terapêuticas mostra que a gestão do SUS não é completamente omissa”. Portanto, “ações judiciais poderiam ser evitadas se os prescritores observassem as listas de medicamentos do SUS ou se os juízes consultassem os gestores da saúde, antes de tomarem uma decisão”. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1346).

3) 14 estudos revisados identificaram que 90,4% dos medicamentos demandados judicialmente possuíam registro na ANVISA. Sendo assim, “são poucos os casos de demandas judiciais de medicamentos não registrados oficialmente no Brasil”. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1347).

4) quanto ao pertencimento dos medicamentos solicitados à assistência farmacêutica do SUS, embora os medicamentos pertencentes aos componentes da assistência farmacêutica do SUS estejam presentes de modo significativo nas ações judiciais, há um predomínio de medicamentos que não fazem parte das listas oficiais. Dois estudos encontram, respectivamente taxas de 80,6% e 81,5% fora das listas oficiais (PEPE et al., 2010b; SANT’ANA, 2009). Em outros quatro, os percentuais ficaram entre 37,7% e 48%, em um total de 418 medicamentos (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; DELDUQUE; MARQUES, 2011; BORGES; UGÁ, 2010;

PAULA, 2010). Por fim, em outros dez, “a proporção variou de 55% a 77,5%, perfazendo um total de 21.567 medicamentos que não integravam as listas do SUS (FIGUEREDO, 2010; RONSEIN, 2010; PROVIN, 2011; CHIEFFI; BARATA, 2009; MENICUCCI; MACHADO, 2010; MACHADO et al., 2011; LEITE et al., 2009; PEREIRA et al., 2010; MACEDO et al., 2011; SILVA; CORTE, 2011). (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1347-1349).

Observa-se entre os argumentos doutrinários contrários à judicialização uma preocupação intensa com o prejuízo à saúde da coletiva em benefício da saúde de uma minoria que teria êxito nas demandas judiciais e com os critérios adotados pelos magistrados em seus julgamentos, que terminam gerando concessões amplas e pouco técnicas de qualquer medicamento solicitado.

Nesse sentido, CHIEFFI e BARATA ponderaram em seus estudos que o processo judicial “é um espaço limitado e inadequado para considerar decisões a respeito dos direitos sociais, pois elas são complexas e abordam questões coletivas e não individuais como a maioria das demandas judiciais. Além do mais, o processo força o deslocamento de recursos públicos das políticas de saúde para o atendimento das demandas individualizadas.” Observaram igualmente que falta “conhecimento técnico aos juízes para tomarem decisões referentes aos direitos sociais. Apesar de o Judiciário solicitar informações relevantes em relação às demandas judiciais antes de dar um veredicto, caso elas não estejam no processo, o problema é de que forma elas chegam e são interpretadas”. (CHIEFFI; BARATA, 2009, p. 1847).

Também na mesma direção, BORGES menciona a necessidade de haver limites para a judicialização. Cita como limite a observância da regulamentação farmacêutica no âmbito do SUS, incluindo “a RENAME, Portarias e programas de assistência farmacêutica”, pois o “Poder Executivo ao promover a seleção de medicamentos utiliza variados critérios, tais como custo/benefício, dose/efetividade, risco/benefício e efetividade/ eficácia”. (2010, p. 67)

Quanto a medicamentos não previstos nas políticas públicas governamentais, BORGES sugere que deve ser observada: a) a indispensabilidade do medicamento para a manutenção da vida do indivíduo; b) preferência pelo “medicamento nacional, e, ainda, se possível, a opção pelo medicamento genérico, de menor custo e eficácia comprovada”; e c) se o médico prescritor e o receituário constante pertencem ao SUS, “de maneira a não se

inverter a lógica do sistema, privilegiando-se a compra de medicamentos a pacientes que não utilizaram as portas de entrada do SUS.” (2010, p. 67).

Realça que “há evidências de que o gasto público decorrente das demandas judiciais por medicamentos é altamente regressivo, uma vez que favorece os segmentos de mais alta renda da população, pois grande parte das prescrições nos processos judiciais é proveniente dos serviços privados de saúde”, em virtude também da “forte pressão exercida pela indústria farmacêutica sobre os médicos, principalmente sobre aqueles que trabalham em consultórios, por receberem com frequência propagandas de medicamentos distribuídas pelos visitantes de indústrias farmacêuticas”. (BORGES, 2010, p. 67).

No que toca à demanda por medicamentos não padronizados no âmbito do SUS, ALMEIDA ressaltou em sua obra que deveria ser adotado padrão de julgamento que protegesse de forma suficiente o direito à saúde, consoante a norma de proporcionalidade. Ao utilizar esse princípio, o autor conclui que tratamentos experimentais devem ser proibidos, por falha no subteste da idoneidade. Quanto aos tratamentos não incorporados ao SUS, deveria ser considerada a gravidade da moléstia e as alternidades existentes no SUS. Em caso de enfermidades de baixa ou média gravidade, com alternativa no SUS, sem diferença de custo-efetividade, seria proporcional a negativa estatal. Por outro lado, em caso de doenças de seriedade aguda e desamparadas de política estatal, a negativa do Estado em fornecer tratamento poderia constituir proteção insuficiente ao direito à saúde. Nesse caso, a negativa seria desproporcional sempre que não houvesse margem de proteção prevista nas políticas sanitárias existentes ou, mesmo que existisse, o custo-efetividade do tratamento fosse muito superior àquele disponibilizado na rede pública, de forma a gerar sérios riscos à saúde o seu não oferecimento. (ALMEIDA, 2019, p. 208-225).

6.2. Argumentos doutrinários favoráveis à judicialização de medicamentos

No que toca aos argumentos doutrinários favoráveis à judicialização da saúde, segundo Sônia Fleury, a judicialização seria hoje a maior aliada do SUS e deveria ser reavaliada a visão de que a judicialização da saúde comprometeria a democracia. Defende que, na etapa atual da democratização brasileira, a “pluralidade de pontos de vista e a circularidade entre os poderes introduziram

novos canais de comunicação e negociação (NEVES, 2012)". Por outro lado, há "exigência de condições substantivas de exercício dos direitos a essência da democracia." Assim, a autora conclui que a judicialização "decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã". (FLEURY, 2012, p. 159-160).

BORGES destaca quanto ao tópico dois importantes pontos. Primeiro, o crescimento das demandas judiciais para obter medicamentos "indica uma difusão e absorção dos direitos e princípios constitucionais pela sociedade e uma facilitação do acesso à justiça no país". Segundo, "as demandas judiciais podem operar um efeito indutor no processo político, não só alterando as políticas públicas já em curso, mas indicando como devem ser pensadas as políticas para o futuro, e neste caso serve o Poder Judiciário também como veículo a ampliar a dimensão dos conflitos sociais em curso." (BORGES, 2010, p. 67).

O autor defende que, "ao invés de combater a judicialização", deveria se evitar que ela virasse fonte adicional de iniquidade, em virtude do acesso diferencial à justiça que macula a universalidade da saúde e "impede a racionalização das práticas administrativas". Assim, seriam necessários limites para que não ocorresse a violação ao princípio da separação de poderes, "já que decisões sobre o fornecimento de medicamentos são verdadeiras decisões sobre alocação de recursos, com teor nitidamente discricionário e político e, portanto, tocam originalmente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo". (BORGES, 2010, p. 62).

Sobre a concessão judicial de medicamentos, CORREA, DO AMARAL e MARQUESI defendem que, tendo em vista a universalidade do Direito à saúde, o Estado possuiria um amplo dever de fornecer fármacos a quem deles necessita, independentemente do custo, pois negar tal direito seria mitigar o direito à vida e à saúde da pessoa que requer o medicamento. (2021, p. 53-54).

No que toca à possível regressividade decorrente dessas concessões, MEDEIROS, DINIZ e SCHWARTZ realizaram estudo especificamente relativo aos medicamentos para mucopolissacaridose que refutaram as conclusões de possível regressividade. Foram analisados nacionalmente os processos judiciais que determinaram a provisão gratuita de três medicamentos para MPS (laronidase, indursulfase e galsulfase) pelo Ministério da Saúde (MS), entre fevereiro de 2006

e dezembro de 2010. Na pesquisa, foram analisadas as demandas de 195 indivíduos. Não foram consultados dados sobre ações judiciais propostas contra outros entes da Federação em que a União não constasse como corré. (2013, p. 1091) As conclusões do estudo foram de que não seria seguro afirmar que a judicialização no que toca aos medicamentos acima referidos ocorre majoritariamente pelas “elites”. (MEDEIROS; DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1096)

Os autores consideram que o fato de muitas ações terem sido patrocinadas pela advocacia privada não seria um bom indicador de posição de classe, pois os custos poderiam estar sendo financiados por entidades interessadas (empresas distribuidoras de medicamentos, por exemplo). Além disso, consideraram que os custos da advocacia privada, no caso da saúde poderiam “ser barreira pra pessoas muito pobres, mas não necessariamente para a grande massa da população”. (2013, p. 1096)

Ademais, entenderam que o local de residência dos pacientes não seria um bom indicador de classe, uma vez que muito comum a migração em busca de tratamento médico, de forma que a posição do indivíduo na cidade não necessariamente pode ter relação apenas com fatores econômicos. (MEDEIROS; DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1096)

Por fim, quanto ao uso de estabelecimentos públicos ou privados de saúde, também não consideraram este um bom critério para aferir da condição econômica dos demandantes, já que muitos serviços relacionados à medicina especializada são prestados por “serviços públicos de saúde dedicados à pesquisa científica e à inovação tecnológica, como os hospitais universitários. Neste caso, mesmo os indivíduos mais ricos teriam razões para preferir serviços públicos.”. (MEDEIROS; DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1096)

Por conseguinte, os autores concluíram que, “usando as metodologias de outros estudos e os dados até o momento disponíveis sobre a judicialização de medicamentos para a MPS, não seria possível refutar nem corroborar a tese da judicialização pelas elites. Não haveria como dizer que a judicialização é uma questão de classe”, destacando que “indicadores de natureza profissional dos advogados, local de residência e uso de serviços médicos públicos ou privados não são indicadores sólidos para sustentar teses definitivas sobre os padrões distributivos de renda do público que judicializa medicamentos no Brasil”. (MEDEIROS; DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1096)

Por outro lado, consideram que, tendo em vista que a motivação para esses estudos é a possível “ameaça da judicialização ao igualitarismo em saúde”, as conclusões deveriam ir além da avaliação dessa tese. Os autores afirmam, portanto, que, “se há um problema distributivo relevante no debate sobre judicialização, ele não parece estar na origem de classe dos usuários que recorrem ao Judiciário”. Entenderam que o problema se encontraria em três pontos: a) na influência dos “interesses de laboratórios e empresas distribuidoras de medicamentos de alto custo cuja eficácia clínica ainda está sob avaliação”; b) na demora de o Estado incorporar novas tecnologias e dar transparência e publicidade aos seus atos no que toca à política farmacêutica; e c) “nas dificuldades do Estado em administrar uma política farmacêutica quando instrumentos típicos de administração – planejamento, compras em escala, controle de estoques, chamadas de preços”. (MEDEIROS; DINIZ, SCHWARTZ, 2013, p. 1096)

No mesmo sentido, CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA ao realizarem levantamento de 53 pesquisas realizadas acerca da judicialização de medicamentos, concluíram, no que toca à regressividade, que “embora vários estudos indiquem que a judicialização favorece indivíduos com boas condições socioeconômicas, há resultados contraditórios, que estão a exigir estudos mais abrangentes”. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1349)

Quanto ao argumento de que a judicialização geraria efeitos desestruturantes nas políticas públicas de saúde, SANT’ANA argui que “dados parciais obtidos pelo TCU permitiram concluir pela ‘ocorrência significativa de judicialização de itens que, por estarem incorporados ao SUS, deveriam ser fornecidos regularmente, sem a necessidade de intervenção judicial’, com fulcro no “alto índice de demandas judiciais por medicamentos padronizados no estado de São Paulo e a proeminência, no Distrito Federal, das demandas judiciais por internações para terapia intensiva”. Menciona que, no acórdão da STA 175, mencionou-se que: “o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”. Dessa forma, não seria “correto caracterizar as ações individuais como um elemento desestruturante do sistema”, pois, “em muitas situações, as demandas individuais agem exatamente para exigir que as normas previstas sejam colocadas em prática, logo, o sistema de justiça está longe de representar um risco à gestão ou ao caráter universal do SUS”. O risco real à universalidade do SUS se

encontraria “na crescente segmentação do sistema de saúde com diversas iniciativas de desregulação do setor privado e expansão do mercado dos planos de saúde ao tempo em que são precarizados os serviços ofertados pelo SUS”. (2017, p. 323)

Por fim, cumpre analisar a interessante pesquisa formulada por DE MORAIS e DO NASCIMENTO, que abordaram a questão da judicialização na perspectiva do constitucionalismo. Trataram, em sua análise da judicialização, das fases do constitucionalismo, enquanto normas que limitam o poder estatal e reconhecem direitos humanos. (2007, p. 253)

Segundo os autores, no século XIX, houve a fase do constitucionalismo liberal, no qual foram reconhecidos direitos de liberdade. Após, no século XX, o Constitucionalismo Social veio como resposta para enfrentar os dilemas de escassez existentes na sociedade. Trouxe consigo, portanto, direitos sociais, econômicos e culturais, diferenciados no sentido de exigirem de forma mais intensa políticas públicas prestacionais para a sua satisfação. Não bastava mais legislar, era necessário assegurar a fruição desses direitos. (2007, p. 253)

Em virtude dessas transformações, a efetividade e implementação dos direitos passaram a ser questões importantes, levando a mudanças funcionais no Estado: do Legislativo e Executivo para o Judiciário, quando as promessas constitucionais não são realizadas. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 253-254)

O Estado Social, marca da segunda fase do constitucionalismo, passou por duas fases: a primeira marcada pelo seu surgimento e alargamento dos direitos sociais; a segunda marcada pelo esgotamento das suas estratégias em virtude da crise da matriz energética, do desenvolvimento tecnológico e das transformações da economia capitalista. Nessa segunda fase, os sucessos do estado social já não são mais marcantes, e o projeto social se vê envolto em tensões que fazem transitar a sua realização do âmbito político (Poder Executivo) para o Jurisdicional, em virtude da judicialização. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, 254)

Segundo os autores, o constitucionalismo social revelou a obsolescência da doutrina constitucional edificada no constitucionalismo moderno e voltara ao liberalismo clássico. Por outro lado, a experiência pós-1988 revelou o déficit e as dificuldades de concretizar uma Constituição dirigente em um contexto de transformações políticas regressivas, baseadas em propostas neoliberais, planos

de reforma do Estado e sugestões de flexibilização de direitos sociais. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 254)

O Estado social surgiu no contexto do pós-segunda Guerra Mundial, e emergiu dele um constitucionalismo que veio acompanhado de novos sistemas para se fazer efetivo, com instrumentos processuais que visavam justamente a dar conta da não realização dos direitos sociais, já prevento que inevitavelmente ocorreria a irrealização desses direitos ante o as fórmulas jurídicas e normatividade modernas. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 254)

Assim, os direitos sociais vieram acompanhados por novos instrumentos processuais, como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ADPF, ou seja, por um reforço dos sistemas de controle de constitucionalidade, bem como por novos atores, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, associações e sindicatos. Esse acompanhamento dos direitos sociais pelos instrumentos processuais é, portanto, um desenho do Estado Social pós-segunda guerra. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 254)

Porém, a experiência pós 1988 revelou de forma clara que somente as previsões contidas na Constituição não teriam a capacidade de solucionar os problemas sociais. Conforme Gilberto Bercovici, há um vácuo profundo, um vazio imenso entre o ter constituição e o estar em constituição. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 255)

Portanto, a judicialização das políticas públicas de saúde, a exemplo da concessão de medicamentos, seria decorrência inescapável de um Estado que se apresenta de bem-estar, mas se executa como de mal-estar. As garantias constitucionais não são satisfeitas e a conflituosidade desaagua na Jurisdição, que se torna o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade. (DE MORAIS; DO NASCIMENTO, 2007, p. 255)

Realizando a síntese desses argumentos favoráveis à judicialização, observa-se que a doutrina menciona em especial a força normativa da constituição e a eficácia do direito fundamental à saúde como fundamento para as concessões. Aponta também que a progressiva judicialização indicaria a difusão e absorção dos direitos e princípios constitucionais pela sociedade e uma facilitação do acesso à justiça no país.

No que toca às possíveis distorções causadas por elas, há estudos que

contra-argumentam a regressividade e os efeitos desestruturantes da judicialização, por considerar que as evidências produzidas em outros estudos seriam insuficientes para se demonstrar que esses efeitos nocivos existam.

Diante disso, pode-se concluir pela inevitabilidade do controle judicial de políticas públicas de saúde em um contexto do neoconstitucionalismo, em que a Constituição possui força normativa e consagra inúmeros direitos subjetivos aos cidadãos, entre os quais o direito à vida e à saúde.

7. A Judicialização da Saúde e a Necessidade de Uniformização e Estabilidade nos julgamentos sobre a temática

Quando se analisa o contexto atual do direito à saúde no Brasil, considerados a evolução histórica, as características, o financiamento e a segmentação, é possível compreender as deficiências que geram o sucessivo acionamento do Poder Judiciário no que toca à concessão de medicamentos, entre outras demandas relativas à saúde.

No que toca aos possíveis efeitos nocivos dessa judicialização, em especial a possível regressividade e desorganização do Sistema decorrente das demandas individuais, a análise realizada por diversos autores nacionais permite afirmar que, a despeito de haver estudos em sentido contrário, a regressividade e a desorganização são fenômenos possíveis, já que não é possível limitar ou restringir quem ajuizará as ações e quais medicamentos serão solicitados.

Ao analisar os estudos existentes acerca dos possíveis efeitos negativos da judicialização à equidade do sistema, verifica-se que, em sua maioria, as pesquisas são delimitadas a determinados medicamentos, localidades e períodos, já que um estudo macro em um país de grandes proporções como o Brasil seria extremamente dificultoso. SANT'ANA utiliza isso como argumento para desconsiderar esses dados em sua dissertação. (2017, 314-320). Também argumenta que, em um Sistema subfinanciado, os recursos destinados às ações judiciais não seriam o maior problema (2017, 320-330). Igualmente, CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA concluíram que, no que toca à regressividade, “embora vários estudos indiquem que a judicialização favorece indivíduos com boas condições socioeconômicas, há resultados contraditórios, que estão a exigir estudos mais abrangentes”. (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016, p. 1349).

Não obstante esses argumentos, não podem ser simplesmente ignoradas as conclusões das pesquisas que revelam regressividade no alocamento de recursos da saúde em virtude da judicialização. Essas conclusões, embora parciais, demonstram a possibilidade de haver problemas na distribuição de recursos destinados ao Sistema Único de Saúde, em virtude de decisões judiciais variadas proferidas nos diferentes graus de jurisdição.

Havendo recursos limitados, qualquer violação à equidade, ainda que relativa a apenas uma parcela do orçamento destinado à saúde, necessita ser bem examinada e fundamentada. Igualmente, mesmo que haja outras distorções nas políticas públicas de saúde, como subfinanciamento e a segmentação expostos neste capítulo, isso não retira a importância de se analisar as demais distorções porventura geradas à equidade no Sistema de Saúde brasileiro, que é (ou deveria ser) de matriz universal. Todos os valores destinadas à saúde precisam, em regra, ser distribuídos de maneira equitativa. Alocações maiores para determinadas doenças e pessoas são assuntos que demandam análise detida, sob pena de prejudicarem o funcionamento do sistema.

Nesse ponto, inegável que a análise dos gastos realizados com saúde é dificultada quando ações individuais se multiplicam e decisões judiciais variadas são proferidas, sem a adoção de requisitos e critérios uniformes. Ao planejar uma política pública, o administrador consegue determinar quanto deve ser gasto com determinada doença por paciente. Porém, essa análise não é realizada quando o gasto decorre de decisões judiciais prolatadas por juízes diferentes.

Por outro lado, quanto à interferência no processo democrático, as demandas podem ser um influxo positivo de transformações nas políticas públicas de saúde, trazendo ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo questões e problemas existentes enfrentados pelos usuários do SUS, os quais de outra forma não seriam objeto de apreciação célere.

O Poder Judiciário, embora não eleito, recebe influxos das problemáticas vividas pela população no acesso aos serviços de saúde, as quais necessitam ser decididas de forma concreta. Quando se parte à coletividade, esse conjunto de demandas traz impactos nos três Poderes, impactos estes que podem ser considerados positivos sob o ponto de vista democrático, por refletirem a insatisfação da população que precisa usar o Sistema Único de Saúde.

Diante do acima exposto, considera-se que o repúdio total à judicialização

não é o caminho para a solucionar os eventuais impactos negativos desta. A um porque não é possível impedir que os cidadãos acionem o Poder Judiciário para buscar direitos que lhes foram assegurados constitucionalmente. A dois porque não é desejável que se feche esse canal de diálogo entre a população e os poderes constituídos, já que o Poder Judiciário serve de espaço para que as insatisfações e problemas nas políticas públicas de saúde sejam trazidas à luz.

Contudo, cumpre mencionar que, apesar de avanços em termos de “aprendizagem institucional” pelo Poder Judiciário, que decorreram da realização de audiência pública e debates na esfera doutrinária e judicial, o número de ações judiciais apenas aumentou desde então, não tendo se obtido avanços significativos no que toca à “ineficácia do direito fundamental à saúde”, pois “a fragilidade da sua garantia ordinária no ciclo da política pública somente se agravou”. A saturação da via judicial chegou em 2019 “a um ponto de inflexão dramático”. (PINTO, 2019; HENRIQUETA, 2022).

Consoante relatório analítico do CNJ, “de 2008 a 2017 as demandas de saúde tiveram aumento significativo de 130%, num contexto de total das demais demandas em 50% de crescimento”. No que toca à ações relativas a medicamentos, ocorreu deferimento no total de “74,05% do total das decisões”. Por outro lado, em 2017, o Tribunal de Contas da União (TCU) destacou “aumento nos gastos públicos com cumprimento de decisões judiciais em 14 vezes, nos oito anos que a precederam, e que entre 2010 a 2015, os gastos se aproximaram de R\$ 3 bilhões por ano” (PINTO, 2019; HENRIQUETA, 2022).

Além do aumento expressivo no número de casos, “a variabilidade de decisões judiciais para casos similares gera desconfiância no sistema de justiça”. Ambos esses aspectos podem ser minimizados com a fixação de teses em precedentes, desde que estes sejam devidamente observados pelos magistrados e tribunais, em consonância com o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

Deveras, é importante a imposição de requisitos objetivos e uniformes para as concessões judiciais, previstos em precedentes sólidos e observados pelos Juízes e Tribunais. Não se trata de barrar ou limitar a apreciação judicial, mas sim permitir que as demandas cheguem livremente, mas que se construam em nível superior precedentes com requisitos claros os quais impeçam a concessão desordenada de medicamentos que prejudica a gestão orçamentária do Sistema

Único de Saúde em benefício da coletividade.

A estabilidade e uniformidade impostos pelo Sistema de Precedentes introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 são os critérios que devem nortear os julgamentos por parte dos Tribunais. A observância dos precedentes construídos sobre o acesso a medicamentos é a única forma de permitir que o direito individual à saúde seja buscado junto ao Poder Judiciário, mas não comprometa a sistematicidade na alocação dos recursos destinados à saúde em âmbito nacional.

A análise sobre a importância do Sistema de Precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 para a garantia do direito à saúde será realizada de forma mais detida no último capítulo da presente dissertação. Neste será estudado o processo de formação dos precedentes relativos à concessão judicial de medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase especial ao julgamento dos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959, bem como analisada a observância desses precedentes pelo TRF3 e pelo TJSP.

Antes, porém, no próximo capítulo, será estudado com maior profundidade o Sistema de Precedentes introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como o histórico da importância dada às decisões anteriores e à estabilidade, uniformidade e segurança jurídica no Brasil. Esse aprofundamento é necessário para que se possa entender de que forma a adoção de um sistema de precedentes poderá impactar o funcionamento das políticas públicas de saúde no Brasil.

CAPÍTULO 2 - O SISTEMA DE PRECEDENTES NA ÉGIDE DO CPC DE 2015

1. Análise das Tradições Jurídicas do Civil Law e do Common Law

Para compreender a evolução do ordenamento jurídico brasileiro rumo à adoção do sistema de precedentes, cumpre inicialmente examinar o histórico do direito e do poder político que deram ensejo às tradições jurídicas do *Common Law* e do *Civil Law*.

Conforme a filiação de um país à família *Common Law* ou do *Civil Law*, diversa se apresenta “a etiologia do Direito”. No *Common Law*, a referência fundamental é o precedente, “radicado no *equity* (treating like case alike)”. Já no *Civil Law*, a norma legal é o paradigma fundamental, sendo a lei a referência valorativa das condutas comissivas e omissivas. (MANCUSO, 2019, p. 54).

Embora “não se desconheça a existência de outros sistemas no direito contemporâneo”, serão estudados principalmente esses dois sistemas em razão de sua “influência mais direta no sistema pátrio”. No *Civil Law* se encontram “as bases do ordenamento jurídico brasileiro”. Por outro lado, do *Common Law*, foram extraídas “influências significativas que, com temperamentos próprios das adaptações por influência cultural e histórica” permearam o Direito pátrio. (HENRIQUETA, 2022, p. 133-134).

Por conseguinte, no presente tópico, após breve introdução da herança romano-germânica, será analisada em maior detalhe a tradição do *Civil Law*. Após, será examinada a tradição do *Common Law* inglês e norte-americano. Por fim, se desembocará na análise da aproximação entre os dois sistemas no direito brasileiro.

1.1. Herança Romano-Germânica

Nas origens gregas, a norma servia de alicerce para o controle do poder político. Em Atenas, as normas garantiam a isonomia entre os cidadãos e nenhum cidadão estava acima delas. Na época clássica da democracia ateniense, o governo ocorria diretamente pelos cidadãos na assembleia, os quais votavam as leis (*nómos*), que deveriam garantir a isonomia entre todos. Mesmo no domínio judiciário, a Assembleia tomava as decisões importantes. Porém, o direito das cidades gregas não foi formulado sob a forma de textos legislativos, ou de comentários de juristas, sendo

derivado mais de uma noção de justiça que “estaria difusa na consciência coletiva”. (GILLISEN, 1995, p. 74-75).

No Direito Romano, contudo, a ideia de vinculação entre direito e política se enfraqueceu. O direito público era afeto à seara política, já o direito privado regido por critérios jurídicos. Por isso, o direito romano do período clássico, denominado direito dos juristas, era o direito privado, época em que predominaram entre as fontes do direito os éditos dos magistrados, a jurisprudência e os escritos dos jurisconsultos. (KASER, 2011, p. 35-47).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o direito romano, embora fortemente influenciado pela casuística, não se confunde com o *Common Law* contemporâneo, o qual irá se desenvolver mais tarde nos países anglo-saxões. Isso porque as decisões da época romana não apresentavam a eficácia vinculativa, a qual passou a ocorrer com a doutrina do *stare decisis*, nos últimos duzentos anos do sistema do *Common Law*. (KASER, 2011, p. 35-47).

Apesar disso, a lógica na aplicação do direito romano era bastante similar à do *Common Law*, pois ambos os sistemas valorizavam os *remedies*, enquanto possibilidades de acionar o reconhecimento de direitos em juízo, não partindo necessariamente de direitos subjetivos. No *Common Law*, os remédios (*remedies*) precedem os direitos, de forma que as fontes do direito “seriam constantemente retroalimentadas pela indução a partir dos casos (*case-law*)”. Da mesma forma, o direito romano do período clássico era “um direito principalmente dos juízes”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

No período pós-clássico do direito romano, ocorre a aproximação entre o direito civil (privado) e o direito público. O denominado *cognitio extra ordinem* inaugura essa fase, ocasião em que imperador passa a exercer jurisdição extraordinária, apropriando-se da função de distribuir justiça. Com a derrocada do Império Romano e sua subdivisão em Oriente e Ocidente, inicia a concentração das fontes do direito no legislador ou soberano, o qual passa a deter o poder de legislar sobre determinado território. (GILLISEN, 1995, p. 91-92).

O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, surgido entre 482/565 d.C. é o exemplo dessa tentativa de estabilização e dominação do direito. A elaboração da codificação decorreu de reação de Justiniano ao processo de vulgarização do direito que ocorreu em virtude da influência dos povos bárbaros. Para isso, foi necessário proibir a referência ao trabalho anterior dos jurisconsultos romanos e também a elaboração de

comentários. Buscava-se, assim, a manutenção de um sentido unívoco à codificação. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 26).

A antiguidade terminou com a queda do império romano e o florescimento do Império Romano do Oriente. Nesse momento, o direito romano se fragmentava pela influência das leis e costumes bárbaros, surgindo paralelamente o direito canônico, “que irá ser manter até o século XX”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

No período seguinte, da Alta Idade Médica (séculos VI a XII), vigoraram concomitantemente o sistema jurídico do direito romano no Sudeste, o direito bizantino, o Direito Canônico, os Direitos dos povos germânicos sedentários (visigodos, francos, lombardos, anglos, saxões e normandos), bem como os Direitos eslavos, o Direito do império Carolíngio (séculos VIII a IX) e o Direito feudal (GILLISEN, 1995, p. 129).

Na Baixa Idade Média (fim do século IX a século XII), “o direito feudal domina a Europa Ocidental”, tendo desaparecido definitivamente apenas no fim do século XVIII na França e na Bélgica, e no século XIX na Alemanha (GILLISEN, 1995, p. 128), no período em que ocorreu o renascimento do direito romano, “com a descoberta no ocidente dos livros do *Corpus Iuris Civilis*, ou seja, a partir do trabalho que Justiniano havia desenvolvido mais de quinhentos anos antes”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

O “direito civil romano e as obras dos glosadores e comentaristas se converteriam na base de um direito comum da Europa, o que agora é chamado de *jus commune* pelos historiadores do direito”. (MERRYMAN, 2007, p. 30) Aqui nasce a doutrina jurídica enquanto nova forma de expressão do direito. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

O direito que ressurgiu era emancipador, pois buscava melhorar as condições da burguesia frente aos donos do poder feudal. Pretendia-se superar o estado fragmentário, as cidades-estados e o poder feudal, por meio de unidade jurídica. Surgia o direito dos professores. Esse modelo teve duração longa, com flutuação de relevância e entre doutrina e direito local, bem como o crescimento da importância dos Tribunais (Rotas) que tinham a função de dar unidade ao direito. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

Foi apenas com o surgimento do Estado-nação e o crescimento do conceito de supremacia nacional que teve início a era do direito nacional positivado, conforme será analisado no tópico seguinte. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

1.2. O Civil Law

O *Civil Law* possui suas raízes na França. No período anterior à Revolução Francesa, o Poder Judiciário francês era composto por classe aristocrática, que mantinha laços estreitos com a aristocracia feudal, em nome da qual atuava. Não tinha, portanto, compromisso com os valores idealizados pela revolução de igualdade, fraternidade e liberdade. Os magistrados se negavam a aplicar a legislação contrária aos interesses da nobreza, bem como interpretavam as leis de modo a manter o status quo. (MARINONI, 2019)

Foi esse o contexto, portanto, em que Montesquieu elaborou “a tese de que não poderia haver liberdade caso o ‘poder de julgar’ não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo”. Montesquieu nasceu em “*Charles-Louis de Secondat* em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no Parlamento de Bordeaux, como o nome ‘Montesquieu’”. Porém, ele renunciara ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes. (CAPELLETTI, p. 269)

Havia, portanto, uma preocupação na Revolução Francesa com o desenvolvimento de um direito novo, que rompesse com a ordem anterior em que a nobreza predominava. Isso permitiu que fossem admitidos os argumentos de Montesquieu, acerca da separação dos poderes e da distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário. Havia uma necessidade de “limitar a atividade do Judiciário, subordinando-a de forma rígida ao Parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo”. (GROTE, 2009, p. 3).

Segundo Montesquieu, a atividade judicante deveria ser puramente intelectual e cognitiva, jamais produzindo novos direitos. Ela seria limitada pela legislação e pela atividade executiva. Os juízes deveriam apenas afirmar o que o Poder Legislativo já havia dito. O julgamento precisaria ser um “texto exato da lei”. O juiz era a “boca da lei”. Nesse sentido, o poder do juiz era de certo modo um “poder nulo”. (SECONDAT, 1973).

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. (SECONDAT, 1973, p. 192)

Essa visão da atividade judicial implicava como consequência uma visão

utópica da legislação. Esta necessitava ser clara e capaz de regular todas as situações conflituosas que porventura pudessem surgir. “Além disso, o racionalismo exacerbado, típico da época, fazia acreditar que a tarefa judicial poderia ser a de apenas identificar a norma aplicável para a solução do litígio”. (MARINONI, 2019).

Uma distinção importante entre o *Common Law* e o *Civil Law* é o papel que se atribuía ao juiz ao considerar legislação, e não a existência de códigos ou a tentativa de completude da legislação. No *Common Law* também há produção de códigos e intensa produção legislativa, porém estes “não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar”. Não existe no *Common Law* uma pretensão de que as leis sejam capazes de solucionar *a priori* todos os casos conflituosos que venham a surgir. Jamais se cogitou de impedir que o juiz interpretasse as leis. (MARINONI, 2019).

Essa diferença se justifica em virtude dos contextos históricos diversos da França e da Inglaterra nesses períodos. Na Inglaterra, os juízes eram uma força progressista preocupada em colocar freios aos abusos governamentais, tendo desempenhado importante papel na superação do feudalismo e centralização do poder. Lá a “unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas”. Os juízes colaboraram no processo afirmando o “direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado”. (PÉREZ-PERDOMO, 2007).

Por outro lado, na França, houve o objetivo claro de rompimento com as tradições passadas, o direito francês antigo e a negação da autoridade do direito da *ius commune*, o qual precisava ser substituído pelo direito nacional. Assim, era necessário que o direito novo criado fosse claro, completo, e não havia espaço para outras fontes de direito, tampouco para interferência judicial. (MARINONI, 2019)

Na égide do Código de Napoleão, a teoria do direito seguia a Escola da Exegese, segundo a qual a legislação e o direito eram idênticos. Os costumes, a jurisprudência, e o direito natural tinham importância secundária. O “fetichismo da lei escrita” eliminava o recurso ao direito natural ou aos “princípios gerais do direito”. O “direito claro” não requeria comentário e a “lei devia ser aplicada mesmo quando não parecesse conformar-se aos princípios gerais do direito ou da equidade”. (VAN CAENEGEM, 2000, 211-212).

Portanto, houve na França a rejeição do direito comum, a instituição de um direito novo e a subordinação do juiz ao parlamento. Tudo isso em decorrência das

diferentes histórias de poder no *Common Law* e no *Civil Law*. (MARINONI, 2019).

1.3. O *Common Law*

O *Common Law*, enquanto direito pautado nos costumes da nação, necessita ser compreendido a partir de uma análise histórica do país em que inicialmente adotado, a Inglaterra. Em 1688, com a Revolução Gloriosa, surgiu a doutrina da supremacia do parlamento, a qual objetivou o controle dos atos das colônias do Reino Inglês. Estas foram proibidas de editar atos que contrariassem o direito inglês, por cartas que impediam a “a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes”. (MARINONI, 2019)

Essa foi a semente do *judicial review*, uma vez que a supremacia do parlamento inglês implicou o controle judicial dos atos da colônia. Ironicamente, a supremacia do Parlamento acabou sendo a semente da futura supremacia judicial dos Estados Unidos. (MARINONI, 2019)

Nesse ponto, deve-se destacar que há marcante diferença entre os efeitos da Revolução Gloriosa e aqueles da Revolução Francesa quando se fala em supremacia do parlamento e as consequências para os poderes dos juízes. (MARINONI, 2019)

A supremacia do parlamento, na Inglaterra, objetivou afastar os abusos do absolutismo monárquico, mas no contexto inglês os juízes “sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar”. Portanto, a prevalência da lei não objetivava subjugar os magistrados. Na verdade, ela se destinava a impor “a força do direito comum diante do poder real”. (MARINONI, 2019)

A revolução gloriosa “não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *Common Law* contra o rei”. Dessa forma, as normas elaboradas pelo poder legislativo estavam inseridas “dentro do *Common Law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei.” Assim, não houve a “pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito”. (MARINONI, 2019).

No *Common Law*, ao contrário do *Civil Law*, o direito era proveniente da história e tradições do povo inglês e a observância dessas tradições buscava conter o poder do rei. Nesse contexto, a ideia de supremacia do parlamento significava a submissão do poder real ao direito inglês como um todo, e não apenas às normas produzidas

pelo legislativo. O direito comum, não só submetia o monarca, mas também determinava o conteúdo das leis emanadas do parlamento, as quais não poderiam deixar de observar o *Common Law*. (MARINONI, 2019).

Portanto, o princípio da supremacia do parlamento inglês, não buscou submeter o juiz ao Parlamento e muito menos significava a “onipotência da lei” ou o “absolutismo do Parlamento”. O controle judicial da legitimidade das leis coloniais ocorria a partir do *Common Law*, ao qual o Parlamento também estava submetido. (MARINONI, 2019)

O próprio termo “*Common Law* significa o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Wetminster” (BARBOZA, 2014, p. 41). Na verdade, o *Common Law* possui sua origem distante do Direito Romano, uma vez que o direito comum da Inglaterra possui sua gênese histórica proveniente do “intercâmbio cultural e comercial entre os normandos, os anglo-saxões e os bárbaros na região da Inglaterra, a partir da retirada dos romanos da ilha britânica por força da invasão bárbara no Império Romano, por volta de 1066” (GONZALES, 2009, p. 724).

As principais características do *Common Law* se devem à importância das decisões judiciais no sistema, e à pouca influência do direito romano. A jurisprudência é a principal fonte do direito. O direito processual prevalece ao material. Outrossim, rejeita-se “a categorização do direito entre público e privado e dos conceitos próprios do Direito Romano, além de ser o juiz administrador da justiça”. (HENRIQUETA, 2022, p. 135-136).

Distingui-se do *Civil Law*, por ser um direito histórico, sem rupturas. Além disso, é um *judge made law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico, um direito judiciário, que em sua origem não é codificado (BARBOZA, 2014, p. 44). Inicialmente, eram aplicados os costumes locais pelas cortes e o direito comum pelo reino “quando o interesse fosse geral”. Porém, a partir do século XV, houve “aumento significativo das demandas à corte real por busca direta por particulares sem passar pelo crivo das cortes locais”. Nesse momento, “o *common law* passa a transcender matérias envolvendo o rei para ser aplicado em qualquer caso”. (HENRIQUETA, 2022, p. 135-136).

Nesse contexto, as regras do direito material eram “construídas a partir dos julgamentos no caso concreto” (HENRIQUETA, 2022, p. 136; DAVID, 2014). Contudo, o “caráter vinculante das decisões anteriores às subseqüentes só se deu no início do século XIX, com a construção do *stare decisis*, que se distinguia do *dictum* por esse

se referir tão somente aos argumentos dispensáveis e não vinculantes”. (STRECK; ABOUD, 2014, p. 41; HENRIQUETA, 2022, p. 136).

Deveras, o precedente inglês passou por três fases: a fase da ilustração, a fase da persuasão e fase da vinculação. Todas essas fases decorreram dos acontecimentos históricos da Inglaterra. (MITIDIEIRO, 2017, p. 27; HENRIQUETA, 2022, p. 136-137).

A fase ilustrativa ocorreu no período medieval. Nela, os julgadores invocavam os julgados anteriores para facilitar a compreensão do caso que estavam julgando. Criava-se o direito no caso concreto, porém não ocorria qualquer vinculação com o precedente citado. Os precedentes não funcionavam como “normas, mas sim como elementos oriundos da experiência judicial capazes de refletir o *Common Law*” (MITIDIEIRO, 2017, p. 27; HENRIQUETA, 2022, p. 136-137).

Após o final da Idade Média, os precedentes passaram a ter caráter persuasivo. Eles eram critérios para a tomada das decisões. Posteriormente, “eram registrados nos livros que compilavam as decisões da Case Law, chamados Law Reports”. (MITIDIEIRO, 2017, p. 27; HENRIQUETA, 2022, p. 136-137).

Por fim, o estágio final da doutrina dos precedentes ocorreu “a partir do século XVIII, com a obra de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, publicada em 1765”. Nela, os precedentes passaram a ter caráter vinculativo, “só havendo espaço a não observância aos precedentes se claramente injustos ou absurdos. É a essência do *Common Law* moderno, onde a jurisprudência é a principal fonte do Direito”. (MITIDIEIRO, 2017, p. 27; HENRIQUETA, 2022, p. 137).

Por outro lado, no *Common Law* dos Estados Unidos a evolução ocorreu de forma um pouco diferente. Lá, a Autoridade Suprema não estava no Parlamento, mas na Constituição, a qual “representava a vontade soberano do povo”. Falava-se, no *Common Law* americano, na “supremacia do Direito sobre as leis, sobre o Parlamento” (MARINONI, 2010, p. 47). O Parlamento tinha “seus poderes limitados pelos princípios contidos na Constituição”. (HENRIQUETA, 2022, p. 137).

Admitia-se nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade das leis. Sendo a Constituição a lei básica, cabia “aos juízes interpretar-lhe seus dispositivos do mesmo modo que as leis provenientes do Legislativo. Em caso de colisão entre elas, deveria o juiz aplicar a lei de maior hierarquia [...]” (BARBOZA, 2014, p. 60; HENRIQUETA, 2022, p. 138).

Essa compreensão histórica da evolução dos precedentes no *Common Law* é

imprescindível para compreender as nuances do instituto no sistema jurídico brasileiro. (MITIDIEIRO, 2017, p. 27; HENRIQUETA, 2022, p. 135).

2. Evolução do Sistema Jurídico Brasileiro rumo ao Sistema de Precedentes

2.1. Histórico Legislativo

Deveras, a instituição do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 não decorreu de uma mudança brusca do sistema jurídico brasileiro rumo ao sistema de *Common Law*. (DIDDER JUNIOR; SOUZA, 2015, p. 119).

A busca por uma maior uniformidade nas decisões judiciais já era um caminho que estava em curso desde o Brasil Colonial (TUCCI, 2004, p. 135), com a criação dos assentos do direito português pelas ordenações Manuelinas de 1513 (PANUTTO, 2017, p. 33).

Os assentos eram representações gerais e abstratas que tinham por finalidade resolver questões jurídicas apreciadas no julgamento de causas de competência da Casa de Suplicação de Lisboa. (MARCATO, 2008, p. 158) Era obrigatório aos juízes o cumprimento deles sob pena de suspensão. (PANUTTO, 2017, p. 34).

A Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, deu eficácia *erga omnes* aos assentos (PANUTTO, 2017, p. 34). Porém, em 1822 ocorreu a extinção da Casa de Suplicação, razão pela qual os assentos ficaram sem tribunal com competência para editá-los (PANUTTO, 2017, p. 35). Essa competência passou ao Supremo Tribunal de Justiça, com a previsão dos artigos 768 e 769 do Código de Processo Civil Português de 1939 (NUNES, 2010, p. 116). Em 1966, o Código Civil Português de 1966 ampliou o instituto dos assentos, permitindo a todos os tribunais portugueses editá-los (PANUTTO, 2017, p. 35).

Em Portugal, os assentos chegaram a ter sua constitucionalidade questionada, mas o Tribunal Constitucional português afastou a tese, por considerar que o “aflorescimento constitucional do valor da uniformização jurisprudencial” haveria “de ser entendido” de forma a “justificar a subordinação de todos os tribunais judiciais à ‘jurisprudência qualificada’ do Supremo Tribunal de Justiça sem que, de tal subordinação”, resultasse comprometida sua independência decisória. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional, 1993).

Mesmo após a Proclamação da Independência no Brasil, os assentos continuaram a firmar critérios unitários para a Jurisprudência por aqui. Durante a Monarquia, o Decreto 2.684/1875 “acolheu os assentos editados em Portugal após 1805” e “conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça o poder para editar outros” (NUNES, 2010, p. 117). O Decreto 6.142/1876 estabeleceu “que competia ao Supremo Tribunal tomar assento para a inteligência das leis, quando na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes de um mesmo tribunal, das relações e dos juízes de primeira instância nos casos de sua alçada”. (STRECK, 1998, p. 80).

Com a Consolidação das Leis do Processo Civil brasileiro, de 28 de dezembro de 1876, restou estabelecido que competia ao Tribunal “tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas” ocorressem “dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo tribunal” (MANCUSO, 2010, p. 224).

Consoante o Decreto 6.142/1876, o procedimento para editar assentos poderia ser indicado por qualquer dos ministros do Supremo Tribunal de Justiça, proposto por uma das relações do Império ou qualquer juiz de primeira instância, bem como requerido pelo Instituto da Ordem dos Advogados (PANUTTO, 2017, p. 38). A iniciativa deveria vir acompanhada de “um relatório circunstanciado dos julgamentos divergentes”, das dúvidas ocorridas sobre a interpretação da lei e de certidão da íntegra dos julgamentos divergentes (art. 5º, incisos I e II). As dúvidas suscitadas deveriam ser oriundas de “processos findos, depois de esgotados os recursos ordinários facultados por lei”, e ter por objeto o direito em tese, e não a variedade na aplicação proveniente da variedade dos factos (art. 2º, parágrafo único). (DIDIER JUNIOR; SOUZA, 2013).

Ocorre que a Constituição de 1891 extinguiu o instituto dos assentos e instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal para resolver questões relacionadas à autoridade e aplicação uniforme da Constituição e da legislação federal em seu artigo 59. Nesse momento, não foram criados instrumentos hábeis para manter a funcionalidade da Suprema Corte, como o precedente judicial obrigatório ou a possibilidade de escolher casos para julgamento. (MARCATO, 2008, p; 164-165).

A uniformização antes realizada pelos assentos passou a ser efetivada no Brasil pelo Recurso Extraordinário, “admissível contra o julgado, proferido em única ou última instância, que deu à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha

sido dada por outro tribunal ou o próprio STF” (artigo 60, § 1º, alínea “c”, 48 da Constituição Federal de 1891, após reforma constitucional de 1926), e pelo Recurso de Revista, o qual objetivava a correção de divergência entre órgãos fracionários do mesmo tribunal (previsto no Código de Processo Civil de 1939). (PANUTTO, 2017, p. 40).

Em 3 de agosto de 1964, foram oficialmente instituídas, pelo Supremo Tribunal Federal, as súmulas da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, por meio de emenda ao regimento interno (PANUTTO, 2017, p. 43). A ideia surgiu a partir de trabalho de sistematização promovido pelo Ministro Victor Nunes Leal, idealizado para sua consulta imediata durante as sessões de julgamento (LEAL, 2014). Os demais ministros aprovaram a ideia e o regimento da Suprema Corte terminou sendo alterado para prever as súmulas, as quais atualmente estão previstas nos artigos 102 e 103 do Regimento do STF.

Art. 102: A jurisprudência assentada pelo tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º – A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

§ 2º – Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

§ 3º – Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça.

§ 4º – A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido.

Art. 103: Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

Deveras, as súmulas foram inicialmente concebidas como um “método de trabalho” e “objetivavam colaborar na tarefa de identificação de como o tribunal interpretava determinada norma para permitir o controle da interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias”. (MITIDIERO, 2021). Por conseguinte, elas eram um “horizonte da jurisprudência” do Supremo Tribunal Federal para a orientação dos seus próprios Ministros. (REALE, 2014, p. 175).

Tanto recursos quanto súmulas possuem o traço repressivo, uma vez que visam a “compôr divergências ou a controlar a equivocada aplicação do direito”. Durante essa fase, a decisão judicial posterior era “vista como uma declaração de uma norma preexistente” que visava “à correta solução da causa”. Nessa linha, o sistema repressivo promoveria a uniformidade do direito. Os comportamentos sociais teriam a sua tônica na legislação, a qual seria apenas declarada pelo órgão judicial para a solução do caso concreto. (MITIDIERO, 2021, e-book)

Durante a vigência do Código de 1973, foram mantidas as técnicas repressivas para a uniformidade do direito, porém igualmente instituídas técnicas preventivas. Quanto a estas, cumpre mencionar o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476), destinado ao “pronunciamento prévio” sobre a interpretação de determinada questão, no intuito de evitar “uma interpretação inadequada da questão pelo órgão encarregado de seu julgamento”. (MITIDIÉRO, 2021, e-book). O anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 buscou retomar o instituto dos assentos ao prever força de lei às decisões tomadas pela maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal. Todavia, essa proposta fora abandonada por se entender que feriria a autonomia do Poder Legislativo, sendo reputada inconstitucional (MOREIRA, 1976, p. 16). Invés disso, foi criado no artigo 476 do Código o mecanismo da uniformização de jurisprudência, para a hipótese de divergência interpretativa entre órgãos colegiados de tribunal. (NERY, 2014, p. 944-945)

Em virtude da criação do incidente de uniformização, a edição das súmulas deixou de ser exclusividade do Supremo Tribunal Federal, ficando facultado a qualquer tribunal editar súmulas quando do reconhecimento da divergência. (PANUTTO, 2017, p. 45).

Art. 479: O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único: Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Com o tempo, foram inseridos outros dispositivos no Código de Processo Civil que atribuíram efeitos processuais às súmulas. Ocorreu o aumento de poderes dos relatores, permitindo-lhes julgar monocraticamente recursos. O art. 557 do Código de Processo Civil anterior permitiu ao relator julgar monocraticamente recursos em geral, quando a decisão recorrida estivesse fundada ou contrariasse súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. (PANUTTO, 2017, p. 46).

Também foram permitidos “julgamentos liminares de improcedência (art. 285-A)” bem como o “não recebimento de recursos de apelação” nos casos em que a sentença recorrida fosse fundada em súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de tribunal local, as quais passaram a ser denominadas de súmulas impeditivas de recursos, consoante o art. 518, § 1.º. (MITIDIÉRO, 2021).

Durante a vigência do Código de 1973, foram criadas as súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45, de 2004 (art. 103-A, CF), de forma que as súmulas passaram a ter a função de “determinação do conteúdo das decisões

judiciais”, passando a veicular normas para todo o Poder Judiciário e a Administração Pública. Adquiriram, portanto, uma feição preventiva, de “evitar julgamentos desconformes à jurisprudência assentada”. (MITIDIERO, 2021).

Em virtude dessas alterações legislativas, a jurisprudência “passou a ser conhecida também como jurisprudência dominante”, e adquiriu funções preventivas. Outrossim, “passaram a conviver na nossa ordem jurídica súmulas, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes”, as quais também adquiriram funções preventivas. Ocorreu, portanto, a evolução da teoria da interpretação no Brasil, uma vez que, ao admitir que o intérprete deveria extrair uma das soluções possíveis da norma em busca da decisão justa, restou implicitamente reconhecido que “decidir não era apenas um ato lógico, mas também um ato que” implicava “valorações axiológicas”. Todavia, “a tônica na legislação como guia dos comportamentos sociais” (...) “permaneceu, tendo em conta que o intérprete apenas extrairia o conteúdo das normas preexistentes – daí a proeminência das técnicas repressivas em detrimento das preventivas”. (MITIDIERO, 2021).

Por conseguinte, o Brasil já vinha sofrendo um processo de valorização da jurisprudência, sumulada ou não, quando ocorreu a adoção do sistema de precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015. (PANUTTO, 2017, p. 53).

Deve-se distinguir, porém, o processo de valorização da Jurisprudência da adoção do sistema de precedentes no Brasil. Deveras, o termo jurisprudência, como empregado no Brasil, possui origem francesa. Já as súmulas se destinaram a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, e possuem semelhança com os assentos portugueses e as máximas italianas. Tanto Jurisprudência quanto súmulas provêm, portanto, de uma tradição romano-canônica. (MITIDIERO, 2021)

Após uma progressiva valorização da jurisprudência e das súmulas no processo civil brasileiro, a doutrina brasileira passou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios vinculantes no direito brasileiro. “A partir daí o direito brasileiro começou a recair igualmente sob a área de influência do *Common Law*, na medida em que procurou naquela tradição os elementos capazes de colaborar nessa adaptação”. (MITIDIERO, 2021)

Por conseguinte, Jurisprudência, súmulas e precedentes foram dois caminhos distintos trilhados pelo direito brasileiro em busca de uma solução para o problema da

vinculação ao direito, os quais, embora fossem oriundos de diferentes tradições, foram entrelaçados pelo Código de Processo Civil de 2015, no intuito de garantir a tutela dos direitos, o que pressupõe a adequada leitura e reconstrução dogmática destes. (MITIDIERO, 2021)

2.2. A aproximação dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* no mundo e no Brasil

Analisado o histórico legislativo brasileiro rumo à adoção do Sistema de Precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível visualizar de forma clara uma aproximação entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*.

Inicialmente, cumpre mencionar que, embora a origem sistemas do *Civil Law* e do *Common Law* tenha sido diversa, ambos terminaram se aproximando em inúmeros aspectos, em virtude superação do positivismo e da força normativa das Constituições (constitucionalismo).

A aplicação da lei pura e simplesmente, tal qual idealizada no positivismo, relevou-se insuficiente para a garantia da dignidade do ser humano. Assim, a elaboração de textos constitucionais com força normativa terminou por modificar a forma de julgar. Não era mais suficiente que os juízes aplicassem a legislação pura e simplesmente. Eles precisavam analisar essa legislação sob a égide dos direitos fundamentais previstos nas Constituições.

A noção de norma geral, abstrata e coerente “não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Após a segunda guerra mundial, restou muito claro que a lei poderia ser criada “de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça”. Por isso, buscou-se resgatar a substância na lei, tendo sido infiltrados princípios nas Constituições, as quais passaram a ser rígidas, ou seja, impassíveis de modificação. As constituições passaram a ser dotadas, portanto, de supremacia sobre a legislação. “A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais”. (MARINONI, 2019).

Ferrajoli aborda esse momento como uma segunda revolução. Na revolução francesa, afirmou-se a onipotência do legislador. Já nesta segunda revolução, houve uma alteração de paradigma, substituindo-se o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial. (FERRAJOLI, 2001, p. 53). A subordinação da lei à Constituição “acarretou uma transformação que afetou as próprias concepções de

direito e de jurisdição”. (ZAGREBELSKY, 2005).

A análise de compatibilidade constitucional modificou completamente o papel do Poder Judiciário, que não mais poderia ser considerado “a boca da lei” como idealizado por Montesquieu. Os juízes, ao julgar, promoviam uma análise da compatibilidade das leis com a Constituição. Essa análise gerava um papel criativo muito grande por parte dos magistrados. Assim, a diversidade de decisões judiciais e o papel criativo do Poder Judiciário passou a ser evidente. Não era mais possível negar que o Poder Judiciário, ao julgar, também criava direito, um direito Jurisprudencial. Mas quais seriam os limites para essa criação?

A proliferação de decisões judiciais muito diversas sobre o mesmo assunto demonstrou que forma clara que a segurança jurídica não conseguiria ser alcançada caso não houvesse uma forma de uniformizar os julgamentos e de impedir que cada juiz prolatasse decisões muito diversas sobre um mesmo assunto.

A segurança jurídica é pilar tanto no sistema do *Civil Law* quanto no Sistema do *Common Law*. Porém, no *Civil Law* entendia-se que a segurança jurídica seria alcançada pela aplicação da lei pelo magistrado. Tendo em vista que, para o *Civil Law*, não havia, em tese, espaço para o juiz interpretar a lei, o resultado da subsunção do caso concreto à legislação geraria a inevitável segurança jurídica nos resultados e não haveria espaço para decisões diferentes sobre uma mesma questão. (SIMPSON, 1973, p. 77).

Em contrapartida, no *Common Law*, jamais se teve a ilusão de que seria possível evitar as múltiplas interpretações e a diversidade das decisões judiciais sobre as mesmas temáticas. Por esse motivo, foi concebido o *stare decisis* como mecanismo para assegurar a segurança jurídica. (MARINONI, 2019, e-book).

Dessa forma, no *Common Law* vislumbrou-se que “a igualdade e previsibilidade apenas poderiam ser alcançadas mediante o *stare decisis*”. Em contrapartida, no *Civil Law*, não se obteve mecanismo semelhante, razão pela qual a variação das decisões terminou gerando problemas e perda de credibilidade da população na racionalidade do sistema judicial para a resolução dos conflitos. (MARINONI, 2019).

Foi esse o contexto em que o *Civil Law* passou pela transformação nas concepções de direito e jurisdição. O direito, não estando mais na lei, e sim na Constituição, significava que a jurisdição não mais se destinaria a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a legislação ao texto constitucional. (PICARDI, 2004). Além disso, “o juiz do *Civil Law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é

inconcebível diante dos princípios da tradição do *Civil Law* e tão criativo quanto o do seu colega do *Common Law*. “O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei”. (MARINONI, 2019).

Esse novo papel do Judiciário do *Civil Law* tornou evidente o papel criativo do magistrado e, por consequência, a possibilidade de serem proferidas decisões diferentes sobre a mesma temática. Surge, portanto, no *Civil Law*, também a necessidade de mecanismos que assegurem a uniformidade nos julgamentos e a segurança jurídica, já que superada a ideia de que a aplicação da lei levaria necessariamente a essa consequência. (MARINONI, 2019).

Houve, portanto, clara mudança axiológica na teoria da interpretação do direito, passando-se a compreender que a decisão judicial não é a simples “declaração de uma norma preexistente ou mesmo extração do seu conteúdo normativo”. Passa-se à “adoção de uma perspectiva adscritivista da interpretação”, de forma a se entender que existe uma dupla indeterminação do direito. Nesse sentido, a jurisdição colaboraria com a legislação a fim de que o significado desta fosse “densificado, precisado e devidamente comunicado aos seus destinatários”. A interpretação como atividade adscritiva de sentido acarreta a necessidade de que o direito “seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição. A “orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição”. (MITIDIÉRO, 2021).

No controle de constitucionalidade brasileiro, o papel do magistrado é ainda mais proeminente do que o dos juízes de países europeus da tradição do *Civil Law*, uma vez que aqui o controle judicial de constitucionalidade pode ser feito por qualquer magistrado, e não apenas por Tribunais.

Assim, o sistema judicial brasileiro possui grande particularidade, já que os juízes de primeiro grau, ao decidirem casos concretos, podem negar cumprimento à lei que esteja em desconformidade à Constituição. Esse poder é bastante amplo e “em nada se assemelha” aos poderes do “magistrado da tradição do *Civil Law*” dos países europeus que adotam o sistema. (MARINONI, 2019).

O “sistema judicial brasileiro está mais perto do estadunidense”, pois aqui o controle de constitucionalidade não é reservado apenas ao Tribunal Constitucional, como em muitos países Europeus de tradição do *Civil Law*. Assim, não há lógica em permitir que o juiz negue o significado atribuído à Constituição pela Suprema Corte do

país. Mormente porque aqui que vigora um sistema misto de controle da constitucionalidade, em que a Supremo Tribunal possui a função de “dar a última palavra sobre a questão constitucional no caso concreto”, bem como “a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei”. (MARINONI, 2019).

Nesse contexto, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil é imprescindível em sistemas de controle difuso de constitucionalidade. Analisando-se a história do sistema norte-americano, lá rapidamente se entendeu que caberia ao juiz de primeiro grau analisar a compatibilidade da lei com a Constituição no caso concreto. Porém, “a doutrina precisou de tempo - quase um século - para desenvolver uma teoria capaz de esclarecer as relações entre as diferentes espécies de precedentes”, com uma compreensão clara do papel dos precedentes constitucionais. Todavia, “o *stare decisis* também se impôs diante dos precedentes constitucionais”. (MARINONI, 2019).

Segundo Cappelletti, o método americano de controle de constitucionalidade permite que uma lei não seja aplicada por alguns juízes e tribunais que a consideram inconstitucional, porém, no mesmo instante e época, seja “aplicada por outros juízes e tribunais” que a consideram constitucional. Assim, “da adoção de um sistema de controle difuso destituído de precedentes obrigatórios” pode “admirar uma grave situação de incerteza jurídica e de conflito entre órgãos do Judiciário”. (CAPPELLETTI, 1968, p. 66).

Por conseguinte, ao analisar o sistema brasileiro, verifica-se que o controle difuso de constitucionalidade apenas pode ser adotado em conjunto com um sistema de precedentes vinculantes, sob pena de grave insegurança jurídica. A ‘natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental”. (MENDES, 2004, p. 164)

Diante do acima exposto, tendo em vista a amplitude dos poderes criativos da magistratura ordinária brasileira, surgiu a necessidade de adoção de um mecanismo que assegurasse a uniformidade e segurança jurídica dos julgamentos, tal qual o *Stare Decisis* no *Common Law*. Portanto, “a necessidade de um sistema de precedentes se tornou evidente no direito brasileiro, já que está em jogo a afirmação judicial do significado da Constituição”. (MARINONI, 2019).

2.3. Os reflexos da Constituição de 1988 no Processo Civil brasileiro

Dentro dessa contexto pós-positivista, de inserção valorativa nas Constituições e de força normativa destas, a norma deixa de ser sinônimo de regras. Os princípios, mormente os Constitucionais, passaram a ser elementos importantes do direito, apesar do seu caráter aberto. O reconhecimento da força normativa dos princípios trouxe mudança “paradigmática na interpretação da norma e no próprio conceito de legalidade. Há o rompimento do ‘fetichismo da lei’”. (HENRIQUETA, 2022, p. 153).

O pós-positivismo consistiu na “declarada intenção de trazer de volta para o campo do Direito a sua dimensão valorativa”. Passa-se a “considerar os princípios (constitucionais e legais), como verdadeiras normas jurídicas positivadoras daqueles valores [...] e em colocá-los no centro do sistema [...] tornando, desse modo, todo o conteúdo da Constituição verdadeiras normas jurídicas” (PIMENTA, 2015, p. 39).

A legalidade, portanto, “passa pela constitucionalização do Direito”, de forma que devem ser observadas “não apenas a lei em sentido formal, mas também os outros atos normativos do Direito, tendo em vista que a primeira é um elemento do segundo”. (HENRIQUETA, 2022, p. 153).

A Constituição de 1988 foi editada nesse contexto pós-positivista. De matriz dirigente, ela trouxe em seu texto inúmeros dispositivos que regularam as mais diversas searas da sociedade. O Processo Civil brasileiro foi amplamente atingido pela nova Constituição. Nesse contexto pós-positivista, não era mais possível visualizar o Processo Civil dissociado da efetivação dos direitos fundamentais previstos na magna carta. O processo civil passa, portanto, a ser visto “enquanto instrumento de concretização dos anseios constitucionais”. (ZANETI JUNIOR; PEREIRA, 2016, p. 360).

Por outro lado, a Constituição do processo ocorre com inúmeras previsões constitucionais que, em seu conjunto, criam a verdadeira cláusula geral do “processo justo”, qual seja:

[...] prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), no qual as partes atuam com igualdade e paridade de armas (art. 5º, I, da Constituição Federal), em contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal), com ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), perante o juiz natural (art. 5º, XXVII e LIII, da Constituição Federal), no qual as decisões são fundamentadas (art. 93, IX, da Constituição Federal), com publicidade (art. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal), em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), se for o caso, com assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal), cujas decisões são acobertadas pela coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição

Federal) (MARINONI et al., 2017, p. 154).

Por conseguinte, o processo não pode ser visto “como um fim em si mesmo”. Ele se destina à implementação de direitos, e, deve, portanto, “ser interpretado como instrumento para implementação de direitos e garantias constitucionais” (SOARES et al., 2015, p. 316).

Nesse contexto é que ocorre a edição do Código de Processo Civil de 2015, que instituiu no Brasil um sistema de precedentes em busca de um processo justo que garanta os direitos e garantias fundamentais, em consonância com os princípios constitucionais.

A duração razoável do processo, a isonomia e a segurança jurídica surgem como pilares axiológicos fundamentais na edição do Código de Processo Civil de 2015 e na instituição do Sistema de Precedentes no Brasil.

Conforme emblemática frase de Ruy Barbosa, de “Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”. Conforme Calmon de Passos (2000), o processo necessita ser efetivo, tempestivo e adequado. Todavia, deve-se “ponderar que a tempestividade do processo judicial não pode ser entendida como uma resposta rápida ou célere, mas sim como uma resposta em um prazo condizente com o direito material supostamente violado”. (HENRIQUETA, 2022, p. 158). Consiste, portanto, no “direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo”. (MARINONI et al., 2017, p. 159).

Por outro lado, o princípio constitucional da igualdade restou expressamente previsto no art. 7º do CPC, sendo, portanto, “inadmissível que pessoas em mesmas condições sejam tratadas desigualmente e que situações jurídicas iguais tenham descortinos distintos”. (HENRIQUETA, 2022, p. 158). Aqui se revela com clareza a importância da observância do Sistema de Precedentes. Consoante Leonardo da Cunha Carneiro a “[...] isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descuidar das garantias processuais constitucionais tendo como meta inafastável um resultado necessariamente justo”. (CARNEIRO, 2016, p. 73)

Por conseguinte, o processo civil brasileiro e as normas que o regem devem gerar a efetividade das garantias constitucionais e tornar “segura a vida dos jurisdicionados”. “A dispersão excessiva da jurisprudência produz inquietude social e descrédito do Poder Judiciário”. Portanto, “proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade

brasileira, o princípio constitucional da isonomia”. (HENRIQUETA, 2022, p. 159).

3. Análise do Sistema de Precedentes na égide do Código de Processo Civil de 2015

3.1. Princípios, regras e objetivos do Código de Processo Civil de 2015 e do Sistema de Precedentes

O Código de Processo Civil de 2015 foi editado no intuito de adequar a legislação aos anseios constitucionais de um processo justo.

Nesse sentido, o artigo 8º do diploma já prevê como nortes interpretativos a dignidade da pessoa humana e o bem comum, ao trazer o dever de observância à razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, legalidade e eficiência. Essa previsão é essencial à compreensão da instituição do sistema de precedentes no Brasil. (HENRIQUETA, 2022, p. 156).

Deveras, a edição do Código de Processo Civil de 2015 decorreu da conclusão de que a lentidão processual e o tratamento de casos iguais de maneira radicalmente diversa pelos inúmeros magistrados brasileiros violavam de forma frontal a Constituição e não poderia mais subsistir.

Assim, tendo em vista os possíveis abusos decorrentes de julgamentos principiológicos, o Código de Processo Civil de 2015 impôs ao juiz observar “a legalidade, a proporcionalidade e a razoabilidade (art. 8º)”. Além disso, determinou que, quando houvesse colisão entre normas, os órgãos jurisdicionais deveriam “justificar objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão’ (art.489, § 2º)”. (THEODORO JUNIOR et al., 2015, p. 67; HENRIQUETA, 2022, p. 156-157).

Em busca da garantia do princípio da isonomia, o Código de Processo Civil de 2015 buscou incentivar a criação de padrões decisórios pelo Poder Judiciário. Os precedentes judiciais passaram a ocupar no direito pátrio um *locus* destinado a restringir “a moldura interpretativa do julgador”, “criando verdadeiros óbices a sua superação”, no intuito de garantir o princípio da isonomia. (HENRIQUETA, 2022, p. 161)

Nesse processo, é essencial o dever de fundamentação e a lógica da

coparticipação, que também são princípios norte do diploma processual. O dever de fundamentação e de publicidade das decisões previsto no art. 11 do CPC “se insere dentro da lógica de respeito à pessoa da parte em sua dignidade”. Da mesma forma, o princípio do contraditório (art. 9º, CPC), “que detém dupla função: a de efetiva participação (com possibilidade de influência na formação do resultado) e a de não surpresa”. (CAMARA, 2015, p. 8; HENRIQUETA, 2022, p. 162).

Busca-se com a instituição do sistema de precedentes e com os deveres e regras instituídos no Código de Processo Civil de 2015 “evitar dispersão jurisprudencial”, as “decisões lotéricas”, o “ativismo negativo”, em busca de racionalidade no sistema jurídico. (HENRIQUETA, 2022, p. 164).

Ao tratar da fundamentação de decisões judiciais na esfera das Cortes, Humberto Theodoro trata da denominada “pseudocolegialidade”, na qual, em razão do grande número de processos, o Colegiado não discute e amadurece o tema ao decidir. O relator decide monocraticamente e os demais se limitam a se manifestar “de acordo”. (THEODORO JUNIOR et al., 2015, p. 128-129; HENRIQUETA, 2022, p. 164).

Nesse sentido, o art. 926, o CPC, traz os requisitos da jurisprudência formadora de precedentes, de forma a corroborar a aposta do Código de Processo de 2015 na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível. Nesse contexto, os Tribunais precisam dar “o exemplo”, uma vez as suas decisões destes “servirão de moldura tanto verticalmente (aos juízes de órgãos hierarquicamente abaixo), como horizontalmente (do próprio Tribunal a que está vinculado), sendo verdadeiro “desserviço” o julgador decidir disforme se não houver motivo razoável para tanto”. (NEVES, 2016, p. 486; HENRIQUETA, 2022, p. 163).

Assim, busca-se evitar a falta de uniformidade na jurisprudência, a denominada “jurisprudência *banana boat*”, em termo cunhado no voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no AGRg no Recurso Especial nº 382.736-SC, datado de 25/02/2004. Destacou o ministro no seu julgado:

[...] dissemos sempre que a sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária, etc. porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás [...]. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da

bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão no mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados (BRASIL, 2004, p. 20).

Deveras, as chamadas “decisões lotéricas” e “pulverização de julgados” impedem a padronização decisória. Nesse contexto, a fundamentação das decisões, mesmo aquelas que deixam de aplicar os precedentes, é essencial para a compreensão do caso e da *ratio decidendi*, donde se extrairá o núcleo do precedente. (HENRIQUETA, 2022, p. 164)

Ocorre, contudo, que no Brasil “a estabilização da jurisprudência ainda carece de amadurecimento” (MELLO, 2008). Muitos entendimentos são “sedimentados e sem que haja razões para tanto se alteram ao sabor da vontade política dos representantes das Cortes de Vértice”. (HENRIQUETA, 2022, p. 169)

Assim, o Código de Processo Civil de 2015, a par de buscar instituir um sistema de vinculação a precedentes, objetiva que “a fundamentação dos acórdãos, sobretudo daqueles emblemáticos, ditos precedentes fortes, seja convincente e que a redação das ementas, assim como dos enunciados das súmulas se faça com precisão e clareza”. Busca-se assim a “sumarização dos ritos, agilização dos julgamentos e tratamento igualitário aos casos análogos”. (MANCUSO, 2019, p. 705).

Nesse sentido, ao estudar a instituição do sistema de precedentes, é necessário “aprofundar a compreensão do sistema no direito brasileiro e as mazelas que o permeiam”. Dessa forma, da mesma maneira que “situações juridicamente idênticas não podem ser julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal”, igualmente a “simples adoção do precedente e principalmente a abrupta mudança da orientação jurisprudencial” são capazes de “causar grave insegurança jurídica” (DONIZETTI, 2014, p. 5).

Portanto, o sistema dos precedentes judiciais no Brasil necessita ser estudado tendo em vista o contexto social em que foi criado e as finalidades a geraram o instituto no Direito brasileiro. (HENRIQUETA, 2022, p. 171)

3.2. Deveres consectários do Sistema de Precedentes

O artigo 926 prevê que os Tribunais possuem o dever de uniformizar sua Jurisprudência, no intuito de mantê-la “estável, íntegra e coerente”. Por conseguinte, a partir da nova redação do Código de Processo Civil de 2015, os Tribunais possuem alguns deveres ao julgarem os casos a ele submetidos, os quais serão examinados em detalhe nesse tópico.

3.2.1. Dever de Uniformização da Jurisprudência

O dever de uniformização da Jurisprudência do Tribunal significa que este não poderá se omitir quando houver divergência entre seus órgãos fracionários acerca da mesma questão jurídica. Havendo decisões díspares, haverá necessidade de análise pela composição completa da Corte acerca de qual o precedente a prevalecer. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 3-4)

Além disso, surge o dever consectário de sintetizar a Jurisprudência dominante em súmulas, nos termos do artigo 926, §1º, do Código de Processo Civil, sempre se atendo às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 3-4)

O dever de editar os enunciados sumulares “pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída”. Essa previsão busca evitar o problema histórico dos enunciados que foram criados de forma abstrata sem correlação clara com os precedentes que motivaram sua edição. (ZANETTI JUNIOR, 2014, p. 380)

3.2.2. Dever de manter a Jurisprudência Estável

O dever de manter a jurisprudência estável significa que a mudança de posicionamento (*overruling*) precisa ser devidamente motivada. Além disso, é preciso modular a eficácia do precedente novo no intuito de resguardar a segurança jurídica, conforme o artigo 927, §4º do Código de Processo Civil. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 4)

Trata-se do princípio da inércia argumentativa, segundo o qual, para a superação de um precedente, há necessidade de forte carga argumentativa para

afastar o precedente anterior. A fundamentação precisa ser qualificada para justificar o *overruling* ou o *distinguishing*. Em contrapartida, para seguir o precedente não é necessária fundamentação tão extensa. (ATAÍDE JUNIOR, 2014, p. 392-393)

A inércia argumentativa está consagrada implicitamente no texto constitucional, no artigo 5º, caput, que prevê o direito à igualdade, e no 93, inciso IX, que prevê o dever de motivação das decisões judiciais. (ATAÍDE JUNIOR, 2014, p. 392-393)

Por fim, deve-se ressaltar que a estabilidade significa também que há dever de observância dos próprios precedentes pelo Tribunal e por seus órgãos fracionários. (ATAÍDE JUNIOR, 2014, p. 392-393)

3.2.3. Dever de coerência e integridade

O artigo 926 do Código de Processo Civil menciona a necessidade de observância à integridade e à coerência nas decisões judiciais. Tais termos remetem a estudos da teoria do direito, em especial o termo integridade é bastante abordado na obra de Ronald Dworkin.

Embora nem todos os autores concordem em atribuir à legislação o sentido exposto por Dworkin ao termo integridade em sua obra, considera-se importante a exposição sintética do estudo de Dworkin, por sua qualidade filosófica e teórica, que pode servir de suporte útil para a interpretação da legislação brasileira, embora não seja, evidentemente, a única fonte teórica para a extração do conteúdo normativo do artigo 926, caput, do Código.

No que toca ao processo de definição de direitos pelos juízes, em sua obra *Império do Direito*, Dworkin defende que não existe total liberdade criativa dos magistrados, tampouco há uma coerção mecânica do texto em relação ao juiz. Segundo ele, a interpretação tem por objetivo revelar em sua melhor luz o objeto interpretado. Assim, ela deve considerar as decisões anteriores tomadas sobre aquele objeto, bem como a forma com que essas decisões foram tomadas. (DWORKIN, 1999, p. 292).

Ao contrário de Kelsen e Hart, Dworkin entende que, para compreender a atividade interpretativa, dever-se-ia adotar a analogia com a prática de “cortesia”. O que importa é perceber que “o critério é construído argumentativamente, por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada (por exemplo,

pressupondo coerência, ausência de contradição entre os argumentos, clareza, economicidade, simplicidade etc) para os melhores argumentos. (MACEDO JR, 2013, p. 202-206). Por conseguinte, a teoria de Dworkin revela “o caráter hermenêutico da ciência jurídica e a necessidade de essa possuir uma atitude interpretativa”. (STRAPASSON, 2022, p. 564).

Analisado o caráter argumentativo do processo decisório, Dworkin introduz o conceito de integridade. Segundo esse conceito, o magistrado necessita avaliar como a interpretação do caso concreto se adequaria à história institucional da prática jurídica em questão (adequação). Além disso, ele precisa procurar a interpretação que melhore a prática jurídica (justificação). Para o autor, é necessário que se analise a integridade na legislação, “a qual solicita aos legisladores que mantenham o direito coerente em relação aos princípios”, e a integridade do julgamento, “segundo o qual os juízes devem conceber o corpo do direito como um todo, não como uma série de decisões diferentes que são livres para tomar”. (STRAPASSON, 2022, p. 564).

Portanto, o direito como integridade é o produto da interpretação abrangente da prática jurídica e sua fonte de inspiração. Nos casos difíceis, cabe, então, aos juízes continuarem a interpretar o mesmo material, o qual se oferece como a continuidade e origem das “interpretações mais detalhadas que recomenda”. (STRAPASSON, 2022, p. 580).

A compreensão de Dworkin envolve aspectos cruciais do papel das Cortes na definição de direitos e contra-argumenta inúmeras críticas formuladas a essa revisão. Centra-se na imparcialidade e equidistância dos magistrados, elementos considerados necessários para que a definição do direito ocorra fora da seara dos embates políticos e seja centrada na discussão argumentativa. Por outro lado, introduz o conceito de integridade como elemento importante para que as decisões judiciais sejam tomadas de forma adequada.

Dworkin defende também que o papel dos juízes na definição e proteção de tais direitos não decorreria de discricionariedade. O juiz deveria, isto sim, desvendar quais direitos competem moralmente a cada parte no conflito. Ele não inventa tais direitos, mas apenas descobre quais direitos e deveres já existem. Nesse ponto, Dworkin compreende o direito sob o viés argumentativo (metáfora da cortesia) e sob a ótica da integridade. O papel do magistrado no caso concreto seria escolher a melhor interpretação à luz dos argumentos trazidos, sempre tendo em conta que o direito é uma continuidade. “Os juízes devem conceber o corpo do direito como um

todo, não como uma série de decisões diferentes que são livres para tomar”. (DWORKIN, 1999, p. 203).

Dworkin assevera em sua obra que a construção judicial do Direito é um romance em cadeia. Nesse romance, o julgador do caso concreto escreve um capítulo. Porém, esse capítulo precisa dialogar com o capítulo anterior a fim de que a história possa ser coerente. (DWORKIN, 2003, p. 275-277).

Assim, ao mencionar a integridade e a coerência, o texto do Código de Processo Civil de 2015 inevitavelmente leva a doutrina a rememorar os ensinamentos de Ronald Dworkin acerca dos deveres das Cortes ao analisar os casos que lhes são submetidos. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 5).

Todavia, deve-se ter em conta que “se está diante de um enunciado normativo, e não de um enunciado doutrinário”. Por conseguinte, é “preciso dar sentido normativo ao que dispõe a parte final do art. 926 do CPC”. Dessa forma, embora a doutrina de Dworkin possa ser utilizada para compreender os termos utilizados pelo Código de Processo Civil de 2015, “o conteúdo normativo desses textos” não precisa “corresponder exatamente a determinada orientação filosófica”. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 5).

Alguns autores defendem que a coerência já está contida na noção de integridade. Todavia, considerando que a lei previu os dois conceitos, compete à doutrina buscar extrair o máximo de eficácia dos termos referidos. Portanto, “não se trata mais apenas de uma querela filosófica”, mas de um problema dogmático “da interpretação do que se entende por “coerência” e por “integridade”. Por outro lado, “o uso de dois termos pelo legislador indica claramente a existência de dois deveres. Há o dever de coerência e há o dever de integridade”. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 6).

Para Zanetti, seria “melhor compreender integridade, do CPC/2015, em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de integridade em Dworkin”. Dessa forma, a convergência da coerência e da integridade se limitaria “a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios jurídicos e a possibilidade de se dar um sentido de conjunto às normas jurídicas (“hanging together” e “making sense”), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito”. (ZANETTI, 2021).

Afasta, assim, “a admissão da teoria da única resposta correta (Dworkin)”, por considerar que essa “opção teórica é incompatível, por exemplo, com a ponderação e

a proporcionalidade igualmente previstas no CPC (art. 489, § 2º e art. 8º)". (ZANETTI, 2021).

Por conseguinte, a "interpretação do atual CPC deve preservar a unidade do texto, a unidade da Constituição e a tradição jurídica, dando um sentido às palavras que garanta a consistência interna à nova lei". Zanetti entende, portanto, que integridade e coerência deveriam "ser considerados como pares conceituais". Defende, por isso, "a convergência – sem identidade absoluta – entre as teorias de Dworkin e MacCormick, entre os termos integridade e coerência em sentido amplo, convergência já admitida pela doutrina brasileira e internacional". (ZANETTI, 2021).

No mesmo sentido, para Didier, embora sejam dois os deveres, eles formam um sistema, de forma que não é possível compreender um sem o outro. Dessa forma, "a necessária distinção dogmática entre esses deveres não impede que uma determinada conduta devida pelo tribunal possa decorrer de ambos os textos normativos". A esse amálgama entre a coerência e a integridade "pode-se dar o nome de consistência". Assim, "o dever de coerência e o dever de integridade servem ao atingimento de um fim: a jurisprudência há de ser consistente". (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 6)

Assim, para que a Jurisprudência possa ser considerada íntegra e coerente, ela deve estar lastreada em precedentes bem fundamentados. Ademais, a integridade e a coerência também se revelam no enfrentamento dos argumentos suscitados na formação da tese jurídica do precedente. Quanto mais argumentos suportarem a tese jurídica do precedente, mais consistente ele é. (PECZENIK, 2014, p. 133).

Por fim, é necessário que os precedentes sejam construídos de forma racional e não autoritária, bem como que eles sejam universalizáveis. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 7)

A coerência reforça o "caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto". É imposto, portanto, o dever de autorreferência, que implica "o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o *distinguishing*". (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 9-10).

Conforme Zanetti, o artigo 926, caput, do Código de Processo Civil, procura constranger o intérprete, ao vinculá-lo: a) à sua própria interpretação nos casos

precedentes; b) a um teste de não-contradição “decorrente da conferência entre o conteúdo da decisão atual e o das decisões anteriores”; e c) a um teste de universalização, que verifica a racionalidade e unidade do direito, conferindo se a decisão está adequada à tradição jurídica e a Constituição, “podendo ser aplicada no caso e a partir de então ser repetida nos casos análogos ou similares (coerência em sentido amplo, teste de universalização das razões”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

3.3. Precedentes e Jurisprudência – distinções dentro do sistema brasileiro

A definição etimológica de precedente, enquanto adjetivo, é de algo “prévio, anterior”. Já enquanto “substantivo masculino”, precedente é um modelo ou referência para situação parecida. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 34).

Para Daniel Neves, precedente seria qualquer julgamento utilizado como fundamento de outro julgamento posteriormente proferido. Por conseguinte, haveria um precedente sempre que um órgão jurisdicional se valesse de “decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento”. (NEVES, 2016, p. 2.328).

Porém, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente. A existência de um precedente pressupõe que haja uma decisão com a potencialidade de firmar um paradigma de orientação para jurisdicionados e magistrados. (MARINONI, 2019, p. 215).

A decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa”. Por outro lado, também não será a precedente a decisão que citar uma decisão anterior sem fazer especificação nova ao caso, de forma que “a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual”. Configura, portanto, precedente “a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros. Não será precedente a decisão que simplesmente aplicar um caso-precedente já existente, ou a decisão que não tiver conteúdo de enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico).

Por conseguinte, uma decisão judicial pode “não ter os caracteres necessários à configuração de precedente”, seja por “não tratar de questão de direito”, seja por “se

limitar a afirmar a letra da lei”, seja por “estar apenas reafirmando o precedente”. Dessa forma “é possível dizer que um precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-lhe cristalina”. (MARINONI, 2019, p. 216).

A vinculação a precedentes surgiu no sistema normativo brasileiro a partir do sincretismo jurídico decorrente de constitucionalização das leis, que gerou a edição do Código de Processo Civil de 2015. A necessidade de proporcionar maior eficiência ao sistema processual acarretou a necessidade de observância a um sistema de vinculação a precedentes, principalmente nos casos de causas repetitivas, no intuito de resguardar a razoável duração do processo. (CÂMARA, 2015, p. 6)

Algumas previsões do Código de Processo Civil de 2015 trouxeram as linhas da vinculação aos precedentes no nosso sistema normativo.

O Código de Processo Civil de 2015 elencou no seu artigo 489 entre os elementos obrigatórios para as decisões judiciais a necessidade de demonstrar a distinção entre o caso concreto e o precedente invocado. Assim, o legislador tornou expressa a necessidade de as decisões judiciais respeitarem os precedentes firmados.

O artigo 927 do Código de Processo Civil, por seu turno, elencou o rol de precedentes dotados de eficácia normativa, cujo descumprimento pode dar ensejo ao manejo do instrumento da reclamação previsto no artigo 988 do Código.

Ademais, nos requisitos de admissibilidade da petição inicial, passou a constar a não violação a precedentes, de forma que poderá ocorrer o indeferimento liminar do pedido em caso de conflito com os precedentes vigentes.

O Código também previu que, para a demonstração da repercussão geral que possibilita a interposição de Recurso Extraordinário, configura óbice a existência de precedente já firmado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da temática, “salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão”. (MORAES, 2016, p. 907) Nesse caso, a existência do precedente não se destina à análise do mérito do caso, mas barra a própria admissibilidade recursal. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 34).

Cumprir mencionar que, em virtude da previsão do artigo 926 do Código, mesmo as decisões sem vinculação obrigatória espelham efeitos sobre as demais decisões, enquanto modelo para situações similares, pois o sistema de precedentes fortaleceu as noções de coerência, integridade e unidade no sistema processual. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 36).

Para PAZARINI e PITTA, os denominados “precedentes com efeito persuasivo” não possuem efetividade normativa, porém necessitam ser observados nas fundamentações judiciais, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 adotou o *stare decisis* de forma esparsa e inequívoca em inúmeros dispositivos, no intuito de garantir segurança jurídica e tratamento isonômico aos jurisdicionados. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 37)

Todavia, para ZANETTI, não se poderia falar em precedentes meramente persuasivos, pois a ausência de conteúdo normativo causaria “confusão em uma teoria ou doutrina dos precedentes voltada à racionalização do uso normativo destes”. Precedentes são apenas as decisões normativamente vinculantes”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico)

A Jurisprudência, segundo o artigo 926 do CPC, precisa ser estável, íntegra e coerente. Objetiva-se, assim, garantir a segurança jurídica e a efetividade do sistema, no intuito de assegurar a segurança jurídica e efetividade. Nesse sentido, tendo em vista o dever de fundamentação elencado no artigo 93, inciso IX, da Constituição, e no artigo 11 do Código de Processo Civil, surge com clareza a necessidade de juízes e tribunais motivarem suas decisões com base no conjunto de precedentes existentes sobre o assunto em julgamento. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 36).

Assim, juízes e tribunais possuem o dever de colocar a decisão, que se prolata na particularidade, “no campo mais amplo da cadeia das decisões tomadas anteriormente (pode-se dizer, com algum cuidado, precedentes)”. Portanto, “essa (re)composição da cadeia de decisões precedentes deve respeitar uma coerência interna, não em um sentido simplesmente lógico (aplicação do princípio da não contradição), mas respeitando, também, uma dimensão de equanimidade (*fairness*) nos termos defendidos por Ronald Dworkin”. (MENDES, 2017, p. 864).

Todavia, cumpre mencionar que a simples menção aos precedentes existentes na fundamentação não é suficiente para que a decisão seja devidamente fundamentada, uma vez que o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil previu que a decisão que apenas invoque o precedente sem explicitar de que maneira aquele precedente se vincula ao caso concreto não é considerada devidamente fundamentada. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 37).

Deve-se destacar que a vinculação a precedentes não se confunde com o termo Jurisprudência. O direito jurisprudencial é utilizado habitualmente nos países de *Civil Law*, tratando-se do uso reiterado de decisões judiciais. A Jurisprudência indica

a linha de entendimento dos Tribunais. Em países de *Civil Law* a Jurisprudência é “fonte indireta, secundária” e material do direito, não tendo, porém, a força vinculante de fonte formal e primária. “Essa força vinculante, comumente, é atribuída apenas às normas legais (Constituição, leis, decretos etc.), as quais, pela sua origem (pedigree) a partir de órgãos com atribuição de produção normativa, são reconhecidas como vigentes, válidas e vinculantes”. (ZANETTI, 2021).

Há marcantes distinções entre precedentes e Jurisprudência. No aspecto quantitativo, para formar um precedente é necessária apenas uma decisão. Por outro lado, a Jurisprudência se refere a uma série de decisões. (ZANETTI, 2021).

Já no aspecto qualitativo, a jurisprudência é compreendida a partir de fórmulas abstratas de direito. Os enunciados de jurisprudência são, sabe-se, “formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas”. São, portanto, formulados como “enunciações gerais e de conteúdo normativo”. Por seu turno, os precedentes são compreendidos a partir da relação entre fatos e direito, como regras concretas decorrentes da análise comparativa dos fatos da causa. Aplica-se ou não o precedente ao caso concreto a depender dessa análise entre fatos e direito. (TARUFFO, 2014, p. 4-5).

Portanto, os precedentes judiciais são “o resultado da densificação das normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”. No momento da aplicação do caso-precedente, analisado no caso-atual, extrai-se “a ratio decidendi ou holding como o core do precedente”. (ZANETTI, 2021)

Ademais, os precedentes obrigam o próprio tribunal que decidiu, tornando-o “responsável, tanto quanto as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade”. Os precedentes são tratados como norma, fontes primárias do direito. Por outro lado, a jurisprudência tem por característica “atuar apenas de forma ‘persuasiva’”. (ZANETTI, 2021).

Por conseguinte, precedentes são “regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização”. Trata-se de “vinculação normativa institucional aos precedentes, quer pela autoridade hierárquica da corte que exarou a decisão, quer pela inexistência de razões suficientes para afastar o ônus argumentativo estabelecido pela presunção a favor dos precedentes”. (ZANETTI, 2021).

3.4. *Ratio decidendi* e *Obter Dictum* – a importância da fundamentação das decisões para a identificação e aplicação de precedentes

Ratio decidendi ou *holding* são os fundamentos que motivaram a fundamentação do julgamento. São, portanto, as razões determinantes para o precedente. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 38), ou seja, as “razões necessárias e suficientes para a solução da causa ou de qualquer questão julgada pelo tribunal” (MARINONI, 2019, p. 239-241).

Segundo Barroso, “a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria”. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 27)

Deve-se ressaltar, porém, que a *ratio decidendi* ou o *holding* não são fundamento em si da decisão, mas sim a descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão adotada, a qual servirá de base para a compreensão futura na aplicação do precedente. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 27)

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, no artigo 489, §1º, inciso V, que a *ratio decidendi* é estabelecida “a partir da identificação dos fundamentos determinantes, os quais são compreendidos como os “fatos relevantes e a solução de direito estabelecidos pelo caso-precedente”. (ZANETTI, 2021)

A previsão acima acarreta a necessidade de análise dos fundamentos decisórios dos precedentes que deram ensejo à edição de súmulas, as quais só serão adequadamente compreendidas a partir da leitura dos fundamentos determinantes das decisões que deram origem ao precedente e à edição da súmula. Dessa forma, as súmulas são um espaço no qual ocorre a externalização da *ratio decidendi* já identificada no precedente. (MARINO, 1995, p. 223-224) Elas permitem aos julgadores externalizarem o que eles entenderam como fundamentos determinantes do caso julgado. A denominada técnica do *announcement* consigna que a força normativa do precedente decorre da norma por ele estabelecida explicitamente, que é considerada relevante para a solução das questões postas no caso atual. (EISENBERG, p. 54-56)

No que toca à identificação da *ratio decidendi* do julgado, “embora não haja fórmula mágica e os debates doutrinários ainda sejam densos, o ideal seria o relator

já apontar qual a *ratio decidendi* ou holding”. (HENRIQUETA, 2022, p. 184) Neil MacCornick assinala sobre esse ponto que: “o fundamento da decisão é a deliberação explícita ou implícita (...) que seja suficiente para determinar um ponto do direito posto em questão pelos argumentos das partes num caso”. (MACCORMICK, 2006, p. 281).

Destaca-se que a identificação “da *ratio decidendi* é essencial à compreensão do precedente, já que a tese, comumente, é por demais resumida, não constando todos aspectos de relevo à sinalização dos Tribunais quanto a outros temas, inclusive, o voto vencido”. (HENRIQUETA, 2022, p. 185) Ao julgar o Tema 6, por exemplo, o STF fixou a tese de que é “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possua condições financeiras para comprá-lo”. (BRASIL, 2020). Não constou da tese, portanto, o critério para considerar que não há condições financeiras para a aquisição, ponto que ainda pende para conclusão do julgamento.

Em assim sendo, “se as decisões judiciais não deixam claro qual o argumento central, com menções genéricas ou insuficientes, a qualidade do precedente restará comprometida e, logo, também, a racionalidade sistêmica”. (HENRIQUETA, p. 2022, p. 183)

Nesse contexto, o dever de fundamentação é um dos mais importantes dentro da lógica de instituição do Sistema de Precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, pois é esse dever que permitirá interpretar a *ratio decidendi* dos precedentes e garantirá que o novo sistema se ordene de forma justa em busca do ideal de isonomia, celeridade e estabilidade. Não haverá processo justo sem que os precedentes aplicados estejam devidamente fundamentados.

A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal. O juiz precisa analisar as questões postas, exteriorizando a base fundamental de suas decisões. (NERY JUNIOR, 2009, p. 286). Dessa forma, não se pode admitir que o “resultado do processo seja fruto do “solipsismo do juiz”, ou seja, do julgador decidir de acordo com sua convicção íntima” (STRECK, 2009). Para a formação de precedentes sólidos, deve haver fundamentação das decisões “com qualidade e cautela”. (HENRIQUETA, 2022, p. 162)

A decisão judicial precisa ser instrumento de estabilização, padrão decisório à fundamentação coerente, consentânea com os elementos de prova apresentados e inserta “na lógica dos valores que permeiam todo o ordenamento jurídico”. (HENRIQUETA, 2022, p. 163).

No que toca à importância na identificação da *ratio decidendi*, leciona Glezer que: “sem um entendimento teórico dos precedentes e de conceitos-chave como o de *ratio decidendi*, não podemos de fato implementar nenhuma doutrina jurídica do precedente”. (MACCORMICK, 2008, p. 194 apud GLEZER, 2017).

Essa realidade “exige uma mudança na forma do colegiado, que atualmente se dá por adesão à conclusão e que deve passar a ser realizado por adesão à fundamentação” (NEVES, 2016, p. 506). Deveras, é “imprescindível a mudança cultural dos operadores do direito para adequadamente construir, identificar e aplicar a *ratio decidendi*, uma vez que, em muitos julgamentos colegiados, há votos que “se limitam a acompanhar o voto do relator, ainda que contrário ao seu próprio voto noutras várias oportunidades”. (HENRIQUETA, 2022, p. 184).

Já *obiter dictum*, em latim, significa “dito de passagem”. Na teoria de precedentes, são os trechos da fundamentação decisória que não tiveram relevância para o julgamento do caso concreto. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 39). *Obiter dictum* são os argumentos “prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico). “Embora integre a fundamentação da decisão, refere-se à parte não essencial, não integrante do precedente e tem a função de ilustrar, reforçar o argumento da *ratio decidendi*”. (CRAMER, 2016, p. 107; HENRIQUETA, 2022, p. 185).

Assim, uma vez identificados os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), o que não foi essencial para a decisão será *obiter dictum*, e, portanto, não terá efeito vinculante. (ZANETTI, 2021).

Trata-se de conceito importante para delimitar a tese adotada no precedente judicial, ou seja, para que o precedente seja aplicado apenas no que toca à tese jurídica que foi objeto do caso concreto decidido. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 39).

Deve-se ressaltar que, embora os trechos *obiter dictum* não sejam relevantes para o precedente daquele caso concreto, eles podem trazer argumentações que no futuro gerarão novos precedentes ou superação de precedentes. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 27-29). Além disso, eles “detêm a importante função de indicar como os Tribunais Superiores pensam sobre dado tema”, a função de sinalização”. (CRAMER, 2016, p. 107).

Sob o ponto de vista da colegialidade, serão considerados fundamentos determinantes os pontos “debatidos ou incorporados pelo voto majoritário dos julgadores em decisão colegiada”. Portanto, aqueles fundamentos que não foram

“adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão” serão *obiter dictum*. (ZANETTI, 2021)

No sistema de precedentes, deve ser comparado o caso concreto com os fundamentos determinantes da decisão paradigma, a *ratio decidendi* do precedente. Caso haja similitude, a decisão paradigma precisa ser aplicada. Caso contrário, fundamenta-se a distinção ou *distinguishing* “que nada mais é do que o método de confrontar a tese firmada com o caso sub judice e se se vai aplicar ou não” (TUCCI, 2004, p. 174).

3.5. A não aplicação de precedentes - *Distinguishing* e *Overruling*

A tradução literal do termo *distinguishing* é distinção. Na teoria de precedentes, o *distinguishing* é justamente o processo de distinguir o caso concreto daquele que gerou o precedente, justificando a não aplicação deste. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 38)

Logicamente, a aplicação do precedente se justifica pela semelhança de circunstâncias entre o caso concreto e aquele do precedente. Havendo, contudo, algum elemento que torne o caso concreto distinto do caso do precedente, deve-se negar a aplicação deste com base nessa distinção. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 27).

O Código de Processo Civil de 2015 prevê o afastamento do precedente, ou seja a distinção entre o caso atual e o caso precedente, por qualquer juiz ou tribunal, tendo em vista novas circunstâncias fáticas e particularidades do caso concreto. (ZANETTI, 2021).

Por outro lado, o artigo 489, § 1º, inciso VI, prevê que “não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento”. Portanto, caso demonstrada a distinção, não será “obrigatória a observância do precedente”. (ZANETTI, 2021).

Trata-se de previsão importante no julgamento dos casos repetitivos, em que o CPC “determina a verificação pelo tribunal de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica discutida (art. 984, § 2º, CPC)”. (ZANETTI, 2021).

“Aqui se exige do julgador grande esforço argumentativo por imperar a presunção de aplicação.” (HENRIQUETA, 2022, 186) Nesse ponto, Patrícia Mello e Luís Roberto Barroso citam quatro elementos para o *distinguishing* pelo magistrado: “I. Os fatos relevantes de cada qual; II. Os valores e normas que incidem sobre cada

conjunto de fatos; III. A questão de direito que suscitam; IV. Os fundamentos que justificam a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso” (MELLO; BARROSO, 2016; HENRIQUETA, 2022, p. 186).

No caso, em respeito à segurança jurídica, há alto ônus argumentativo para o julgador (HENRIQUETA, 2022, p. 187) Todavia, conforme Donizetti, o julgador deve distinguir o “caso que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito” (DONIZETTI, 2014, p. 10), já que a aplicação de precedentes não é ato mecânico. Deveras, a” atividade interpretativa do magistrado não é estanque e anacrônica, sob pena de ser injusta, de modo que ao buscar solucionar o caso concreto o contexto social, econômico e político inserto deve ser considerado e sopesado à tomada da decisão”. (HENRIQUETA, 2022, p. 187).

Por seu turno, o termo *overruling* significa a superação do precedente. Quando uma decisão posterior torna o precedente inconsistente, a tese jurídica firmada no precedente se tornar impraticável ou o raciocínio que conduz a ela se revelar inadequado, ocorre a sua superação, em fenômeno que se chama *overruling*. (PEZARINI; PITTA, 2020, p. 39)

Donizetti assevera que “o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação”. (DONIZETTI, 2014, p. 11).

Nos casos em que os valores da sociedade determinaram razões relevantes para a superação do precedente, o *overrruling* torna-se a resposta jurídica à inadequação do precedente que não mais corresponde axiologicamente ao sistema social em vigor que gerou a criação do precedente judicial. (MITIDIERO, 2021, p. 102-103)

Por conseguinte, os precedentes “não são imutáveis”, podendo ser “modificados, alterados, superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior”, consoante a dicção dos artigos 489, § 1º, inciso VI, e 927, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Civil. Todavia, deve-se ressaltar que, de acordo com o artigo 941, §3º, o tribunal ou juiz sem hierarquia para superar o precedente deverá aplicá-lo com a ressalva de seu entendimento pessoal, consoante o artigo 941, § 3º, do Código. (ZANETTI, 2021).

Patrícia Perrone Campos Mello aponta como possíveis causas que ensejam a superação do precedente: a) quando ele se desponha contraditório; b) quando o precedente se torna ultrapassado; c) quando ocorre obsolescência em virtude de

mutações jurídicas; ou, ainda, d) quando o precedente está equivocadamente. Resume que essas causas podem ser resumidas em duas razões: incongruência social ou inconsistência sistêmica. A incongruência social seria gerada pela “incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais”. Deveras, a “preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do Direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum” (MELLO, 2008, p. 237).

Todavia, deve-se atentar que a superação deve ser medida excepcional. O órgão criador do precedente necessita ser cauteloso, “sob pena de graves riscos à segurança jurídica”, já que “a mudança jurisprudencial provoca um déficit de confiabilidade e calculabilidade”, abalando “os ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico”. “A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito” (ÁVILA, 2014, p. 479-480).

3.6. A Regra da Universalização

A racionalidade do sistema de precedentes se deve à regra da universalização, segundo a qual os tribunais e juízes devem atender à premissa de que as decisões sejam universalizáveis para casos futuros análogos, de forma que as decisões não devem ser formadas para a solução do caso concreto, mas de todos os casos análogos. (ZANETTI, 2021).

A regra da universalização é mais ampla do que a igualdade, pois abrange esta e ainda exige que os juízes tenham na apreciação dos casos um “pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização no caso-precedente “afastando a presunção a favor do precedente somente se e quando o caso deva ser julgado de forma diferente por serem diversas as circunstâncias fáticas ou por ser reconhecido o erro ou a superação do caso-precedente”. (ZANETTI, 2021)

Dessa forma, o precedente somente deixa de ser aplicado quando superado (*ovverruling*) ou por diferenciação que o torna inaplicável ao caso concreto (*distinguishing*). (ZANETTI, 2021)

A regra da universalização tem suas raízes em Kant, no imperativo categórico, segundo o qual: “(...) there is only one categorical imperative and it is this: Act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become

a universal law”. (KANT, 1993, p. 50)

“A doutrina liga a noção de universalização à pretensão de correção e à consistência e coerência do discurso jurídico”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico) O fundamento do uso dos precedentes e do princípio da universalidade é a exigência subjacente à concepção de justiça de que sejam tratadas de forma igual situações iguais. (ALEXY, 2007, p. 262-265)

Por conseguinte, chega-se a duas regras: “(a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso dever ser feito”; e (b) quando se quiser afastar a incidência do precedente existe um ônus argumentativo de demonstrar a superação, o erro ou a não aplicação do precedente ao caso concreto (pretensão de correção e ônus argumentativo). (ZANETTI, 2021)

3.7. Vinculação normativa

O sistema de precedentes estabelece vinculação normativa nos julgamentos, o que significa que os precedentes não poderão ser, em regra, descumpridos. (ZANETTI, 2021)

A vinculação normativa horizontal significa que os precedentes vinculam os tribunais que os editaram (self-precedents), os quais passam a ter “um ônus argumentativo agravado em caso de modificação ou superação” deles. Nesse sentido, o artigo 927, §4º, previu a “necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, para a alteração ou superação de um precedente”. (ZANETTI, 2021)

O artigo 927, §2º, determina por conta disso a possibilidade de “realização de audiências públicas e da participação de órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. (ZANETTI, 2021, livro eletrônico)

Trata-se de decorrência do dever de unidade e manutenção da estabilidade, integridade e coerência previsto no art. 926, caput, do Código, bem como do *stare decisis*. “Não ocorrendo *stare decisis* não há precedente vinculante, pois se o próprio tribunal não respeita suas decisões não há como exigir que os tribunais inferiores as respeitem”. (ZANETTI, 2021)

Ademais, deve-se ressaltar que todos os órgãos do Tribunal estão vinculados ao precedente, tanto julgadores monocráticos, quanto órgãos fracionários. A não observância do precedente pode dar ensejo à interposição do recurso de embargos

de divergência no caso dos órgãos fracionários do STJ e do STF (art. 1.043, CPC). (ZANETTI, 2021).

A vinculação também ocorre no âmbito vertical (de jure), pois o Código de Processo Civil de 2015 estabelece hierarquia na Justiça brasileira. O Supremo Tribunal Federal está no ápice em matéria constitucional e o Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. As demais cortes estão no meio e os juízes a elas vinculados na base. Os juízes e tribunais são vinculados à orientação do plenário ou órgão especial ao qual vinculados (artigo 927, inciso V). (ZANETTI, 2021)

Por conseguinte, a vinculação normativa formal implica reconhecer que não podem os órgãos de hierarquia inferior desrespeitar os casos-precedentes. Assim, é cabível a interposição de recurso contra a decisão que descumpra o precedente, “inclusive por omissão de fundamentação adequada (v.g., embargos de declaração, art. 1.022, par. ún., I e II), quer por aplicar o precedente indevidamente (art. 489, § 1º, V), quer por não aplicar o precedente sem utilizar a adequada distinção ou superação (art. 489, § 1º, VI)”. (ZANETTI, 2021).

Ademais, em hipóteses especialmente previstas na lei, será cabível a impugnação direta aos órgãos superiores, como no caso da ação de reclamação no caso de desrespeito a súmulas vinculantes. Nesses casos, fala-se “em precedentes fortemente vinculantes, tanto na aplicação indevida, quanto na não aplicação do precedente. Isso não significa uma diferença de força no sentido próprio, mas uma diferença de tratamento quanto às modalidades de impugnação”. (ZANETTI, 2021).

3.8. Quais precedentes são vinculantes no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema em que “precedentes proferidos em certas e determinadas situações” serão tidos de antemão como precedentes vinculantes. “De acordo com a sistemática do CPC/2015, há decisões que já nascem como precedentes obrigatórios e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e às vezes semelhantes”. (ALVIM, 2019)

Isso implicou uma ruptura com o funcionamento anterior do sistema processual brasileiro, que seguia a tradição do Civil Law. Sempre houve aqui decisões que se tornaram, “naturalmente, precedentes a posteriori”, ou seja, por serem “densas, convincentes, com excelentes fundamentos”, passaram “a ser respeitadas em casos posteriores, idênticos ou semelhantes”. (ALVIM, 2019).

Deveras, os países de civil law possuem “a tradição de respeitar jurisprudência iterativa e firme de quaisquer órgãos de 2.^a instância e decisões de Tribunais Superiores”, em virtude do reconhecimento da “função paradigmática de Tribunais Superiores, que têm, via de regra, jurisprudência estável, ou seja, eles próprios não alteram com frequência suas posições”. (ALVIM, 2019).

O Novo CPC, porém, modificou a tradição ao estabelecer precedentes vinculantes *a priori*, em virtude de previsão legal. Essa nova sistemática traz uma guinada no sistema em direção ao *Common Law*. (ALVIM, 2019)

No que toca a quais seriam os precedentes obrigatórios do CPC de 2015, há controvérsia doutrinária sobre o assunto. O art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que os juízes e tribunais “observarão”:

- a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de concentrado de constitucionalidade;
- b) os enunciados de súmula vinculante;
- c) os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR);
- d) os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (REsp's repetitivos);
- e) os enunciados da súmula do Supremo em matéria constitucional e da súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- f) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (a vinculação, neste caso, aplica-se somente aos magistrados que integrem o respectivo tribunal, e não a juízes ligados a tribunais diversos, ainda que hierarquicamente inferiores).

Murilo Strätz traz breve digressão sobre o trajeto que o Projeto de Código percorreu até chegar à redação final do referido art. 927. Consoante esse autor, o anteprojeto partiu do Senado, com a previsão, no art. 847, IV, de que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores” deveriam “nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. (STRÄTZ, 2017).

Como se vê, não se falava “os juízes e tribunais observarão” a jurisprudência superior, mas apenas que esta deveria servir de “norte” às suas decisões. Por um lado, essa previsão era mais ampla, por prever todas as decisões do STF e Tribunais Superiores, mas, por outro, mais restritiva, pois previa que as decisões referidas seriam “norte”, não prevendo que necessariamente elas precisariam ser observadas.

Com a aprovação do Projeto pelo Senado, esse art. 847 foi renumerado como art. 882, tendo sido mantida a mesma redação do inciso IV. Porém, houve alteração no caput do dispositivo, para incluir a expressão “em princípio”, que passou a ter a seguinte redação: “Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela

estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte”. Logo, houve modificação substancial, já que a expressão “em princípio” retirou o caráter absoluto da vinculação antes operada pela jurisprudência dos tribunais superiores.” (STRÄTZ, 2017).

Posteriormente, ocorreu modificação maior na Câmara dos Deputados, casa revisora, que criou um segmento intitulado “Do precedente judicial” (Capítulo XV do Título I do Livro I da Parte Especial). Nesse segmento, previu no art. 521, IV, que, “não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais” seguiriam “os precedentes: a) do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional”. (STRÄTZ, 2017).

Por outro lado, o inciso V estabelecia que, “não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal” seguiriam “os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nessa ordem”. Já o inciso VI previa que “os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguiriam, “em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nessa ordem”. (STRÄTZ, 2017).

Essa previsão era, portanto, bastante ampla e tinha clareza em sua redação para gerar a vinculação dos Juízes e Tribunais inferiores a todas as decisões emandas do STF e do STJ.

Todavia, essa modificação foi eliminada pelo Senado quando o Projeto retornou à Casa iniciadora, a qual aboliu aquele Capítulo intitulado “Do precedente judicial” e conferiu a atual redação que prevaleceu no art. 927. (STRÄTZ, 2017).

Deveras, ao analisar essas modificações, surgem dúvidas doutrinárias acerca de quais precedentes são hoje considerados vinculantes e até mesmo sobre a intenção do artigo 927 de gerar obrigatoriedade nos precedentes ali previstos. (STRÄTZ, 2017).

Lênio Streck sustenta que o verbo “observarão” não significaria “estarão obrigados a seguir”, pois o art. 927 não fez constar a palavra “vinculação”. (STRECK, 2016) Por outro lado, Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR., 2016, p. 359-372), Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO e LOPES, 2016, p. 43-44), Fredie Didier Jr. (DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA; 2015, p. 455) e Hermes Zaneti Jr. (ZANETI JR., 2016a, p. 340 e ss), asseveram que o comando verbal “observarão” seria suficiente para denotar que os juízes e tribunais estão, sim, obrigados a seguir os

pronunciamentos elencados no art. 927. (STRÄTZ, 2017).

Teresa Arruda Alvim menciona “que se podem conceber, principalmente à luz do novo CPC, três graus de obrigatoriedade”, sendo que haverá a obrigatoriedade em sentido forte quando “o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim, a reclamação”, (...) “que autorizam o tribunal cujo precedente foi desrespeitado a impor o seu entendimento *per saltum*, ou seja, sem a necessidade de manejo de recursos”. (ALVIM, 2019)

Nesse ponto, cumpre ressaltar a divergência existente acerca da inclusão ou não dos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida entre o rol dos precedentes vinculantes, tendo em vista que a redação do artigo 927 do CPC não previu expressamente a terminologia “repercussão geral”.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 285), os pronunciamentos emanados das Cortes Supremas, por serem precedentes, são sempre obrigatórios, independentemente de estarem ou não contidos no art. 927. (STRÄTZ, 2017).

Já segundo ALVIM, a interpretação mais consentânea com o objetivo da reforma promovida no Código de Processo Civil de 2015 é de incluir esses precedentes entre o rol daqueles que geram vinculação, pois os precedentes dos Tribunais Superiores necessitam ser respeitados, “já que a função e a razão de ser desses Tribunais é a de proferir decisões paradigmáticas, que sirvam de “modelo” aos demais órgãos do Poder Judiciário. Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade”. (ALVIM, 2019).

Outrossim, o Código de Processo Civil de 2015 teve por objetivo gerar um sistema lógico de julgamentos e não haveria lógica em excluir os julgamentos da Suprema Corte, que é a Corte vértice onde desembocam todos os julgamentos que atentam contra a Lei maior brasileira.

Não obstante essa interpretação, fato é que o Código de Processo Civil de 2015 deixou de prever no artigo 927 os Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, o que gera multiplicidade de interpretações acerca da temática, havendo autores que defendem que esses recursos não se incluem entre aqueles considerados vinculantes pelo Código (LE MOS, 2017; CUNHA; DIDIER Jr, 2016).

Por outro lado, a previsão inicial sugerida para o artigo incluía qualquer decisão proferida no âmbito do STF, sendo que a redação final aprovada pelo Poder Legislativo previu apenas os recursos repetitivos, o que, ante a *mens legislatoris* e a interpretação exegética do dispositivo, gera severas dúvidas acerca da vinculatividade

dos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida.

Essa dúvida não contribui para a segurança jurídica almejada pelo Código de Processo Civil de 2015, já que pode acarretar o descumprimento de Recursos proferidos pela Suprema Corte, que é a Corte vértice do Ordenamento Jurídico.

4. Considerações finais acerca do Sistema de Precedentes brasileiro e a garantia dos direitos constitucionalmente previstos

A instituição do sistema de precedentes no Brasil veio inserida em um contexto cultural próprio, de aproximação entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, em virtude da pulverização de decisões judiciais em sentidos diversos sobre questões fáticas idênticas. Essa pulverização, como visto ao longo desse capítulo, decorreu especialmente da força normativa da nossa Constituição, do seu caráter analítico e principiológico e do controle difuso de constitucionalidade que permitiu a todos os magistrados em território nacional a análise da constitucionalidade das regras legais.

Deveras, no seio das diferentes tradições jurídicas, surgiram dois sistemas inicialmente bastante distintos. O *Common Law*, *judge-made-law*, tinha por base principalmente a aplicação e reaplicação de precedentes, casos antes julgados pelas Cortes, no qual a atividade interpretativa dos juízes e a vinculação às decisões das Cortes Superiores tinham importância central, embora houvesse também codificações legislativas. Por outro lado, o *Civil Law* tinha por base praticamente exclusiva a legislação, sendo o papel das cortes meramente a aplicação, sem qualquer interpretação, das palavras da lei.

Todavia, a noção de norma geral, abstrata e coerente “não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Após a segunda guerra mundial, restou muito claro que a lei poderia ser criada “de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça”. Por isso, buscou-se resgatar a substância na lei, tendo sido infiltrados princípios nas Constituições, as quais passaram a ser rígidas, ou seja, impassíveis de modificação. As constituições passaram a ser dotadas, portanto, de supremacia sobre a legislação. “A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais”. (MARINONI, 2019).

O direito, não estando mais na lei, e sim na Constituição, a jurisdição não mais se destinaria a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a legislação ao texto constitucional. (PICARDI, 2004). Além disso, “o juiz do Civil Law passou a exercer

papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios da tradição do Civil Law e tão criativo quanto o do seu colega do Common Law”. “O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei”. (MARINONI, 2019).

Esse novo papel do Poder Judiciário do *Civil Law* tornou evidente o papel criativo do magistrado e, por consequência, a possibilidade de serem proferidas decisões diferentes sobre a mesma temática. Surgiu, portanto, no *Civil Law*, também a necessidade de mecanismos que assegurassem a uniformidade nos julgamentos e a segurança jurídica, já que superada a ideia de que a aplicação da lei levaria a essa consequência. (MARINONI, 2019).

Deveras, em um cenário no qual qualquer magistrado pode afastar a incidência de normas legais com base em princípios constitucionais, passam a ser proferidas decisões das mais variadas sobre a mesma questão fática, o que gera insegurança jurídica e imprevisibilidade.

Nesse ensejo, o Código de Processo Civil de 2015, com a adoção do sistema de precedentes vinculantes, veio no sentido de assegurar essa necessária uniformidade e segurança jurídica. “A fusão entre o Estado de Direito e a *rule of law*” franqueou a possibilidade institucional única e rica de recepcionar o controle judicial (*judicial review*) e, mediante a adoção do *stare decisis* de precedentes normativos formalmente vinculantes, ao lado de um sistema codificado e técnico de processo civil, atingir-se “a pretensão mais acurada da processualística contemporânea: uma figura mestra que une as vantagens das duas tradições”. (ZANETTI, 2021).

Portanto, foi instituído o Sistema de Precedentes no Brasil, já dentro de um contexto de tentativa de uniformização jurisprudencial, porém, seguindo tradição diversa do *Civil Law* que nos acompanhava, pois se trata de instituto derivado do sistema de Common Law.

A mudança ocorreu inserida no contexto de uma busca por um processo justo e previsível e de constitucionalização do Processo Civil. Deveras. Veio atrelada à necessidade de tornar o processo um local apto à garantia de direitos fundamentais, já que a demora excessiva ou a ausência de isonomia jamais poderiam garantir o cumprimento da Constituição. Por conseguinte, não se pode estudar o sistema de precedentes sem levar em conta, principalmente, que a sua instituição está diretamente atrelada à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, já que ele decorreu da constitucionalização do processo e da busca pela garantia dos direitos constitucionalmente previstos.

Esse objetivo importante, contudo, conforme pôde ser visto ao longo do estudo do sistema de precedentes, não ocorrerá apenas com a previsão legal do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Deveras, as Cortes precisam observar os fundamentos legais e principiológicos que geraram a instituição do sistema de precedentes: a busca pela integridade e uniformidade nos julgamentos, a estabilidade no sistema, a universalização, todos são princípios que pressupõem uma mudança na nossa cultura judicial.

Deveras, os precedentes precisam ser construídos de forma fundamentada e sólida, com julgamentos verdadeiramente colegiados, a participação das partes e a possibilidade também de encampar a participação da sociedade civil em litígios de dimensão coletiva. Por outro lado, a *ratio decidendi* necessita ser clara a fim de que os precedentes possam ser corretamente aplicados.

Outrossim, o *overruling* e o *distinguishing* não podem ser institutos banalizados, é necessária a verdadeira observância e manutenção dos precedentes, evitando-se a constante alteração de entendimentos pelas Cortes Superiores e a não aplicação irrefletida de precedentes por magistrados de primeira instância.

Todos esses aspectos passam por uma verdadeira mudança na cultura de julgamentos no Brasil, o que não ocorrerá de uma hora para outra nem será instantânea a partir da mudança na legislação pátria.

Quando se trata especificamente do processo de formação e aplicação de precedentes relativos à saúde e à concessão judicial de medicamentos, resta claro que a simples existência de precedentes sobre a questão não será suficiente para trazer a necessária uniformização e sistematicidade na gestão dos recursos orçamentários destinados à saúde.

Deveras, é preciso estudar com atenção o processo de construção e formação dos precedentes da Suprema Corte sobre a concessão judicial de medicamentos, no intuito de compreender a *ratio decidendi* dos precedentes firmados. A partir desse estudo será possível examinar os influxos da sociedade civil para a formação e construção dos precedentes que destinados a vincular as decisões judiciais em matéria de medicamentos. Os requisitos para a concessão judicial estabelecidos nos julgamentos decorreram de amplo debate, estão claramente estabelecidos?

Buscou-se, por meio da pesquisa Jurisprudencial do próximo capítulo, vislumbrar o funcionamento do sistema de precedentes em movimento, especificamente no que tange ao direito à saúde e o o direito a obtenção de

medicamentos. Como ocorreu a construção dos precedentes 657.718 E 1.165.959 pela Suprema Corte? Qual processo de discussão levou até os julgados? A *ratio decidendi* restou claramente estabelecida nos precedentes? Os requisitos para a concessão de medicamentos estabelecidos nos julgados refletem a construção jurisprudencial percorrida pela Suprema Corte na sua trajetória de julgamentos sobre o direito à saúde.

Por outro lado, feita a análise do processo de construção dos precedentes, verificou-se o cumprimento destes pelo TJSP e pelo TRF3. No presente estudo, por questão de recorte metodológico, foi analisado o cumprimento dos precedentes referidos pelas duas Cortes acima mencionadas.

Feita essa análise, foram examinados os reflexos do cumprimento dos precedentes estabelecidos no direito à saúde no Brasil, no intuito de trazer luz no que toca aos problemas relativos à constitucionalização do processo civil brasileiro e, principalmente, à maneira como este poderá contribuir para a garantia do direito fundamental à saúde em território nacional.

CAPÍTULO 3 - A FORMA DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 657.718 E 1.165.959 PELO TRF3 E PELO TJSP E SEUS REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

1. Estudo acerca da Evolução Jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde

1.1. O Julgamento do Recurso Extraordinário 271.286 pelo STF

O movimento de judicialização das políticas públicas de saúde iniciou no final da década de 1990 e no início dos anos 2000, com o julgamento emblemático do Recurso Extraordinário 271.286, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual se discutiu o dever do município de Porto Alegre, em conjunto com o Estado do Rio Grande do Sul, de fornecer a pessoas carentes gratuitamente medicamentos para tratamento de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida. (HENRIQUETA, 2022, p. 315; BRASIL, 2000).

Os principais argumentos do Poder Executivo centraram-se na violação ao artigo 167, inciso I, da Constituição Federal, ao condenar o município de Porto Alegre a fornecer medicamentos sem a inclusão dos projetos na Lei Orçamentária Anual. Também se arguiu que haveria violação à repartição de competências para operacionalização dos serviços de saúde “como forma de gestão financeira dos recursos”. Por fim, asseverou-se afronta ao princípio federativo da separação dos poderes e ao artigo 198 da Constituição que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento. (BRASIL, 2000, p. 3).

Na análise dos fundamentos, o voto do Ministro Celso de Mello considerou haver uma responsabilidade solidária dos entes da federação pela concessão de medicamentos. Quanto à transgressão ao artigo 167, inciso I, da Constituição, o ministro considerou que se trataria, caso configurada, uma transgressão meramente indireta, não cabível de apreciação por Recurso Extraordinário. (BRASIL, 2000, p. 6).

Afastados esses argumentos, o julgamento se centrou na garantia do direito à saúde e no mandamento do artigo 196. No julgado, entendeu-se que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”, razão

pela qual o Poder Público não poderia se mostrar “indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”. (BRASIL, 2000, p. 9-10).

Também se considerou que a regra inscrita no art. 196 da Carta Política tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro, de forma que, embora possua o caráter programático, ela não pode se converter em uma “promessa constitucional inseqüente”. (BRASIL, 2000).

Considerou-se que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (BRASIL, 2000, p. 8)

Com base nesses fundamentos, entendeu-se que precisaria ser assegurado o tratamento de saúde aos portadores hipossuficientes do vírus de HIV. (BRASIL, 2000).

Com base nos fundamentos acima, pode-se verificar que havia uma visão inicial da Suprema Corte de que negar o direito individual a um determinado medicamento significaria colocar as razões financeiras e práticas do Estado acima do direito à saúde.

Posteriormente, conforme se verá, a Corte adquiriu, principalmente a partir da Audiência Pública 04, o conhecimento de que as razões opostas pelo Poder Público não eram secundárias, pois concessões individuais de medicamentos de alto custo poderiam comprometer o orçamento da saúde, impedindo que outras pessoas tivessem acesso a prestações de saúde. Não se trataria, portanto, de um dilema de finanças *versus* saúde, mas do direito de um indivíduo à saúde *versus* o direito de outras pessoas à saúde. A discussão se refere à distribuição equitativa e justa dos recursos destinados à saúde no país.

Essas análises passaram a ocorrer posteriormente, porém nesse emblemático voto não ocorreram. A partir do julgamento do RE 271.286, o Poder Judiciário passou a ser acionado e a prolatar sucessivas decisões em demandas de saúde, concedendo provimentos que interferiam nas políticas públicas de saúde, seja concedendo medicamentos, seja concedendo outros tratamentos de saúde, haja vista que não era mais cabível a omissão, segundo a Corte Suprema, em demandas dessa natureza.

Passou-se, assim, a ocorrer um “avolumamento sem precedentes da judicialização da saúde no país”. (SHULZE, 2015).

1.2. A Audiência Pública 04 do STF

A quantidade expressiva de demandas relativas à questão levou o Supremo a realizar a audiência pública 04 sobre a questão, no intuito de “ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde”. Essa audiência pública foi realizada entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 e objetivou “esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”. (BRASIL, 2009).

Os esclarecimentos prestados se destinavam a auxiliar a Corte no julgamento de inúmeros processos em trâmite na Suprema Corte, de competência da Presidência, que versavam sobre a intervenção do Poder Judiciária nas políticas públicas de saúde. Entre as demandas, mencionam-se especificamente os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355. (STF, 2009).

Houve grande representatividade da população brasileira na audiência pública, tendo sido proferidas falas por dezessete representantes da área jurídica (membros do Ministério Público, da Advocacia Pública, professores universitários, Ministros do STF e magistrados); onze representantes da sociedade civil, tais como membros de instituições de pesquisa e usuários do Sistema Único de Saúde, bem como seis gestores públicos e oito representantes da área médica e do Ministério da Saúde. Os debates giraram em torno da problemática da alocação de recursos em sua finitude, da interligação entre os três poderes e da dispensação de medicamentos. (HENRIQUETA, 2022; MACHADO, 2014, p. 564).

A realização da audiência pública foi um “marco delimitador para todas as ações que seriam propostas em matéria de direito à saúde”, uma vez que ficou evidente que as demandas sobre saúde exigiam um conhecimento técnico com o qual os magistrados não estavam habituados, de forma que seria necessária uma estrutura de trabalho voltada a tais especificidades. (HENRIQUETA, 2022).

Na Audiência Pública foram discutidos principalmente: a) a responsabilidade

dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) a obrigação estatal de “fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública”; c) a obrigação estatal “de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes”; d) a obrigação estatal “de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS”; e) a obrigação estatal “de fornecer medicamento não lícito e não previsto nas listas do SUS”; e f) as “fraudes ao Sistema Único de Saúde”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 17).

No primeiro dia da Audiência Pública, discutiu-se “o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios do Poder Judiciário”. Compareceram no evento representantes do STF, do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Magistrados do Brasil e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 17).

A discussão do primeiro dia centrou-se no papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, tendo ocorrido o reconhecimento, pela maioria dos presentes, da legitimidade da intervenção judicial nas demandas individuais relativas à política pública de saúde. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 17-18).

Também foram debatidos: a) a concessão com base em laudo de médico estranho aos quadros do sistema público, tendo a maioria afirmado sua ilegitimidade salvo em situações excepcionais; b) a responsabilidade dos entes federados em matéria de saúde; c) o dever estatal de custear prestações de saúde “não abrangidas nas políticas públicas existentes; d) o questão do bloqueio de verbas públicas decorrente de decisão judicial; e) a pertinência do princípio da reserva do possível; e f) “o condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à submissão prévia do interessado à instância administrativa”. Quanto a esses pontos, não foi possível identificar posições majoritárias. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 17-18)

Ao final, “houve abordagens isoladas sobre as questões do fornecimento de medicamentos sem registro no Brasil, dos serviços médicos experimentais e do aperfeiçoamento das políticas públicas do setor”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18)

No segundo dia da sessão de Audiência Pública, abordou-se a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do Sistema Único de

Saúde (SUS). Compareceram representantes do Conselho Nacional de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, do Ministério da Saúde, da Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, da Procuradoria do Município de Cuiabá, da Fundação Oswaldo Cruz e da Defensoria Pública da União. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18).

O dia teve debates importantes, pois “os depoimentos foram quase uníssonos no sentido de que os municípios se encontravam sobrecarregados com os serviços de saúde, que sempre necessitam de maiores investimentos”. Foram expostas “as angústias dos gestores municipais e estaduais com a situação”. Nesse ponto, muitos dos presentes defenderam que a condenação solidária dos entes federativos geraria um enorme transtorno, “ocasionando, não raras vezes, duplicidade no cumprimento da determinação judicial”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18).

Outrossim, foram propostas soluções para os problemas existentes no SUS, mencionando-se “a criação de protocolos, a serem atualizados periodicamente, no sentido de possibilitar o uso racional de medicamentos, exames e procedimentos”. Também foi suscitada, no que toca à judicialização da saúde, a necessidade de maior cautela dos magistrados na análise das demandas, sem o deferimento de qualquer pedido para fornecimento de medicamentos ou tratamentos. Mencionou-se, por fim, a necessidade de “soluções compartilhadas entre todos os envolvidos”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18).

No terceiro dia da Audiência Pública, debateu-se a gestão e a legislação do SUS, bem como a universalidade do sistema. Estavam presentes representantes do Hospital do Coração de São Paulo, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, da Associação Nacional do Ministério Público de Contas, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde, da Confederação Nacional dos Municípios, do Ministério da Saúde e da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18-19).

Durante as discussões não houve divergências acerca: a) da necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional n. 29/00 no intuito de aprimorar as políticas públicas de saúde; b) da ilegitimidade da concessão de medicamentos ou tratamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); c) da necessidade de prévia recusa administrativa para a concessão judicial; d) da importância das ações civis públicas na judicialização da

saúde; e e) “da necessidade de maior diálogo entre os órgãos públicos”, para a redução de judicialização em matéria de saúde. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 18-19).

Por seu turno, o quarto dia da Audiência Pública abordou o registro de medicamentos e insumos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), bem como aos protocolos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde (SUS). Estavam presentes a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o Conselho Federal de Medicina, o Grupo Hipupiara Integração e Vida, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, o Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e Faculdade de Medicina da USP, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, o Ministério da Saúde, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, o Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário e o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 19).

Consoante inúmeros relatos no dia, seria importante a comprovação “da eficiência e da qualidade de novos tratamentos” antes de sua concessão judicial. Por outro lado, as posições dos atores envolvidos na discussão foram diversas no que toca à concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA. Os órgãos governamentais se posicionaram no sentido de que medicamentos só poderiam ser concedidos judicialmente caso registrados na ANVISA. Os representantes dos médicos e pacientes se manifestaram no sentido de que o registro na ANVISA seria importante, porém não imprescindível para a concessão. O Ministério Público, por seu turno, se manifestou no sentido de que não seria aceitável a concessão judicial de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois tais medicamentos não teriam sua segurança terapêutica certificada. Contudo, se determinada substância fosse aprovada pela ANVISA e possuísse superioridade terapêutica, os protocolos clínicos do SUS deveriam ser atualizados de forma a inserir as novas substâncias. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 19).

No quinto dia da Audiência Pública, os debates se centraram nas políticas públicas de saúde e na integralidade do sistema. Estavam presentes no evento representantes do Ministério da Saúde, da Justiça Federal, do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos, da ONG Conectas Direitos Humanos, da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial

Pulmonar e da Faculdade de Medicina da USP e do Hospital Sírio-Libanês. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 20).

Foi abordada principalmente a necessidade de equilibrar a intervenção judicial em matéria de saúde, priorizando-se o mínimo existencial, porém afastando procedimentos experimentais e priorizando os medicamentos existentes no Brasil.

Também foram debatidos tratamentos específicos de saúde, como os referentes à neoplasias malignas, asseverando-se que, quanto a eles, todas as modalidades terapêuticas estariam contempladas no Sistema Único de Saúde (SUS). Quanto hipertensão arterial pulmonar, porém, em seu estágio mais avançado, os medicamentos não estariam na lista do Ministério da Saúde e só poderiam ser obtidos por meio do Poder Judiciário. Houve “proposta de flexibilização da proteção das patentes de medicamentos”, a fim de que pudesse haver a redução de custos e garantia da universalidade e a integralidade no atendimento. Também foi proposta a criação de comissões médicas especiais para a definição de condutas para quando houvesse “questionamento de diagnósticos e terapias”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 20-21).

No sexto e último dia da sessão da audiência pública, foi discutida a política de assistência farmacêutica do SUS. Estiveram presentes os representantes da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses, da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, da Universidade do Estado de São Paulo e da Universidade de Campinas, do Ministério da Saúde, do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos, da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica e do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

As organizações não governamentais de forma quase unânime afirmaram na ocasião que a lista de medicamentos do SUS estaria ultrapassada, principalmente quando se tratava de medicamentos excepcionais usados para doenças raras. “Os órgãos governamentais, por seu turno, limitaram-se a explicar o procedimento para inclusão de novos medicamentos na lista do SUS, tendo se comprometido, conforme se depreende da fala do Ministro da Saúde, com a melhora do procedimento”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 21).

A partir dos debates, é possível concluir que houve consenso acerca de algumas questões, como: a) a existência de direito subjetivo no que toca a medicamentos ou procedimentos constantes dos protocolos oficiais; b) o repúdio ao

fornecimento de medicamentos ou procedimentos experimentais; c) a impossibilidade de se exigir judicialmente medicamentos quando o sistema público disponibiliza “produtos semelhantes, menos dispendiosos e de eficácia equivalente”; e d) “a importância do diálogo entre os órgãos públicos, a fim de possibilitar a resolução dos problemas na esfera administrativa, sem judicialização”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 30)

As discussões da audiência pública levaram a resultados frutíferos como: a) a formação de grupo de trabalho para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009); b) a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do CNJ, que orientou Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais a buscarem a criação, pelas corregedorias, de núcleos de apoio técnico compostos “por médicos e farmacêuticos, por meio de convênio, para auxiliarem os juízes no seu convencimento”; c) a Resolução nº 107 de 6 de abril de 2010, “que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com o fim de reduzir a judicialização da saúde, sem criar óbices ao exercício da cidadania”; d) a produção de enunciados orientativos das Jornadas Nacionais de Saúde; bem como e) a criação dos Núcleos de Apoio Técnico dos Judiciário (NATJus) e a plataforma digital e-Nat, “instrumentos técnicos essenciais à tomada de decisão baseada em medicina de evidência”. (DRESCH, 2017, p. 117).

Ademais, a realização da audiência pública impactou os membros da Corte na composição de época e foi ponto de inflexão nos julgamentos, tendo contribuído para inúmeros julgamentos posteriores relativos ao direito à saúde.

1.3. O Julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 553.712/RS pelo STF

Após a realização da Audiência Pública, houve o julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 553.712/RS, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em 19 de maio de 2009. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 22).

Na ocasião, reafirmou-se a jurisprudência da Corte de que o Poder Público de qualquer esfera da federação “não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde

da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 22).

Por outro lado, assinalou-se que “a regra contida no art. 196 da Constituição tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro”. (DO VALLE; CAMARGO, 2011, p. 22).

1.4. O Julgamento das Suspensões de Tutela (STA) ns. 175 e 278, das Suspensões de Segurança ns. 3724, 2944, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47 pelo STF.

No dia 17 de março de 2010, após a audiência pública realizada, o Ministro Gilmar Mendes levou ao Plenário o julgamento de várias suspensões de tutela e segurança que pendiam de julgamento final.

Os votos do Ministro Gilmar Mendes relativos aos casos foram levados ao Plenário e aprovados por decisão unânime da Corte. O teor dos votos foi bastante extenso, complexo e abordou de forma profunda o direito à saúde em suas dimensões individual e coletiva, bem como os impactos da judicialização da saúde no Sistema.

O julgamento em questão foi histórico pois nele o Supremo Tribunal analisou “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”. (BRASIL, 2010, p. 3).

1.4.1. STA 175, Suspensões de Segurança 3724 e 2944 e SL 47

1.4.1.1. Casos envolvidos

STA 175

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – STA 175-AgR/CE foi um marco importante nos julgamentos sobre o direito à saúde.

O julgado, que ocorreu após a audiência pública 04 e utilizou em seus fundamentos muito da experiência colhida com o evento, abordou o caso de jovem de 21 anos que sofria de rara doença neurodegenerativa denominada NIEMANN-PICK TIPO C, a qual incluía como sintomas: movimentos involuntários, ataxia da marcha

dos membros, disartria e limitações de progresso escolar, bem como paralisia progressiva. O início dos sintomas teria ocorrido aos cinco anos de idade da requerente, com sintomas como dificuldades de marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia. (BRASIL, 2010a, p. 2).

A autora da ação principal requeria para o seu tratamento medicamento denominado ZAVESCA (miglustat), arguindo, com base em relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação, que esse medicamento poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora na qualidade de vida dos portadores da sua doença. (BRASIL, 2010a, p. 2).

O acórdão prolatado na STA 175 referia-se a pedido de suspensão pela União contra a tutela antecipada autorizada pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A União arguiu no pedido de suspensão que faltaria registro do medicamento solicitado na ANVISA, de forma que seria proibida sua comercialização no Brasil. Também arguiu que seria medicamento de alto custo não contemplado no Protocolo e Diretrizes Terapêuticas do SUS. O custo do medicamento era de 52 (cinquenta e dois) mil reais por mês. (BRASIL, 2010a, p. 2).

No julgamento inicial o Ministro Gilmar Mendes negou o pedido de suspensão, todavia foi interposto Agravo Regimental pela União, no qual esta alegou violação ao princípio da separação de poderes, às normas e regulamentos do SUS, bem como desconsiderou a função exclusiva da administração de definir políticas públicas. (BRASIL, 2010a, p. 2).

SS 3724

Na SS 3724, o Ministro Gilmar Mendes negou o pedido de Suspensão formulado pelo Estado do Ceará contra decisão que determinou o fornecimento dos seguintes medicamentos a cinco diferentes pessoas: Herceptin (destinado ao tratamento de neoplasia de mama) e Remynil (destinado ao tratamento de Alzheimer) e Rituximab (destinado ao tratamento de neoplasia maligna, linfoma e artrite reumatóide). (BRASIL, 2010b).

Os medicamentos solicitados possuíam alto custo e tinham registro na ANVISA. (BRASIL, 2010b, p. 6). Os medicamentos Rituximab e Herceptin não constavam da relação de medicamentos da Secretaria de Saúde do Ceará nem possuíam substituto terapêutico. Já o fármaco Remynil constava da lista de medicamentos fornecidos pela Secretaria Estadual. (BRASIL, 2010b, p. 4-5).

No pedido de suspensão do caso foram alegados: a) que a responsabilidade

pelo fornecimento seria da União; b) que as prescrições dos medicamentos deveriam vir de médicos do SUS; c) que a decisão judicial precisaria atentar ao princípio da reserva do possível; e d) que os medicamentos referidos não constavam das listas de medicamentos do SUS ou do protocolo clínico de diretrizes terapêuticas do MS. (BRASIL, 2010b, p. 3).

SS 2944

Na SS 2944, o Estado da Paraíba requeria a suspensão de decisão que determinou o fornecimento do medicamento VIAGRA, supostamente destinado ao tratamento de hipertensão pulmonar. O argumento central do município era a ausência de atribuição do Estado para a concessão, a qual seria do município de João Pessoa. Além disso, asseverou-se que os medicamentos possuiriam alto custo mensal e sua concessão poderia comprometer a saúde pública. (BRASIL, 2010c, p. 3)

SL 47

Por fim, a SL 47 não se referiu a um processo individual, ao contrário dos outros casos, mas sim a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o município de Petrolina, o Estado de Pernambuco e a União, na qual se buscava a adoção de providências administrativas para melhoria imediata nos serviços prestados pelo Hospital Dom Malan. (BRASIL, 2010d, p. 3-4).

Entre os problemas abordados na Ação Civil Pública, estavam a ausência de médicos de plantão na UTI, a falta de medicamentos, materiais e estruturas para exames básicos necessários nos casos de intervenção cirúrgica, a deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia e o número insuficiente de leitos. (BRASIL, 2010d, p. 28-29).

O Estado de Pernambuco interpôs a suspensão de liminar 47, arguindo a ocorrência de grave lesão à ordem administrativa, à economia e à saúde públicas, uma vez que a decisão liminar impugnada não teria especificado as providências que deveriam ser adotadas pelo Estado do Pernambuco. Arguiu também que o cumprimento da decisão implicaria o deslocamento de esforços e recursos estaduais, o que geraria descontinuidade na prestação dos serviços de saúde por outros postos de atendimento. (BRASIL, 2010d, p. 4-5).

1.4.1.2. Fundamentos comuns aos votos e parâmetros decisórios

O Ministro Gilmar Mendes iniciou seus votos explicando o efetivo âmbito de proteção do artigo 196 da Carta Magna. Abordou, para tanto, o direito à saúde como direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

No que toca às divergências doutrinárias quanto ao âmbito de proteção da norma constitucional, relatou a necessidade de compatibilização do mínimo existencial e da reserva do possível. Outrossim, ressaltou que “em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Einsgriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Shutzgebote*)”. Dessa forma, além da proibição do excesso, também haveria uma proibição de proteção insuficiente, consoante doutrina de Claus-Wilhelm Canaris. (BRASIL, 2010a, p. 3; CANARIS, 1989, P. 161).

Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes destacou a “perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação dos órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação”. (BRASIL, 2010a, p. 4; CANARIS, 1989, p. 161).

No que toca a essa dimensão, inicialmente Mendes abordou a obra de Stephen Holmens e Cass Sunstein, “*The Cost of Rights*”, ressaltando que todas as dimensões de direitos fundamentais possuem custos públicos, de forma que seria necessário considerar a escassez dos recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas. Portanto, no que toca à reserva do possível, concluiu que “levar a sério os direitos” significaria “levar a sério a escassez”. (BRASIL, 2010a, p. 4; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, 1999).

Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes destacou em seus votos os argumentos trazidos por SUNSTEIN e HOLMES de que seria necessário considerar que a prestação devida pelo Estado, em caso dos direitos sociais, “varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão”. Assim, no caso do direito à saúde, o Estado deveria “dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão”. Dessa forma, “gastar mais recursos com uns do que com outros” envolveria “a adoção de critérios distributivos para esses recursos”. (BRASIL, 2010a, p. 5;

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, 1999).

Diante disso, concluiu que, tendo em vista que não há recursos financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, as políticas sociais e econômicas voltadas à implantação de direitos sociais envolveriam invariavelmente escolhas alocativas, baseadas em “critérios de justiça distributiva, configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem escolhas trágicas pautadas por critérios de macrojustiça”. Ou seja, a escolha na destinação de recursos para uma política e não para outra levaria em consideração fatores como número de cidadãos atingidos, efetividade e eficácia do serviço, bem como maximização de resultados. (BRASIL, 2010a, p. 5; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, 1999).

Em seguida, Mendes mencionou em seu voto o argumento de AMARAL de que o Poder Judiciário não estaria vocacionado a realizar análises globais acerca da destinação de recursos públicos em benefício de uma parte com invariável prejuízo para o todo. (AMARAL, 2001 apud; BRASIL, 2010a, p. 6).

Nesse ponto, cumpre destacar a importância dos fundamentos da STA 175 na evolução da Jurisprudência da Corte, já que, ao invés de genericamente tratar do direito individual à saúde, o voto abordou com profundidade a outra face do direito social à saúde, a sua dimensão coletiva e as escolhas alocativas envolvidas na distribuição dos recursos públicos destinados à saúde quando se trata da judicialização da saúde.

Esse aprofundamento decorreu dos argumentos suscitados na Audiência Pública 4 e demonstram o amadurecimento na discussão entre os ministros sobre a judicialização da saúde. Nos votos das Suspensões, levou-se em conta o fato de que a concessão de um medicamento muito caro a um indivíduo implicaria alocar recursos finitos para uma única pessoa, recursos esses que podem, sim, fazer falta para outras pessoas que também necessitem de prestações estatais relativas ao direito à saúde.

Após abordar esse ponto, o voto traz à tona o argumento dos defensores da atuação do Judiciário em demandas individuais relativas ao direito à saúde, de que esses direitos seriam indispensáveis à dignidade da pessoa humana, de forma que o mínimo existencial de cada um dos direitos sociais não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (BRASIL, 2010a, p. 6).

Mendes pondera, então, que o problema da judicialização do direito à saúde envolve não apenas operadores do direito, mas também gestores públicos, profissionais de saúde e a sociedade civil como um todo. Assim, embora a atuação do

Poder Judiciário possa ser essencial, em muitos casos, para o efetivo exercício da cidadania, não se poderia descurar que as decisões muitas vezes entram em tensão com elaboradores e executores das políticas públicas, os quais são obrigados a garantir prestações que não raras vezes contrastam com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e que estão além das possibilidades orçamentárias. (BRASIL, 2010a, p. 6).

Assim, conclui que os problemas concretos relativos ao direito à saúde precisam ser resolvidos considerando-se todas essas perspectivas, envolvendo “juízos de ponderação inevitáveis nesse contexto preme de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”. (BRASIL, 2010a, p. 7).

No próximo trecho do voto, o Ministro passa a uma análise bastante exauriente do conteúdo e dimensão do direito à saúde tal qual estabelecido na Constituição, como direito de todos, dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2010a, p. 9).

Quanto à previsão do direito à saúde como “direito de todos”, Mendes destaca a dimensão individual e a dimensão coletiva do direito à saúde, arguindo que, não obstante o direito à saúde seja um direito público subjetivo assegurado a todas as pessoas, isso não fornece a cada indivíduo direito absoluto a todo e qualquer procedimento independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Dessa forma, “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde, o que, por certo, deve ser sempre mostrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso”. (BRASIL, 2010a, p. 10-11).

Ao tratar o direito à saúde como “dever do Estado”, o ministro ressalta a responsabilidade solidária e subsidiária de todos os Entes da federação no que toca à garantia do direito à saúde. (BRASIL, 2010a, p. 12) Além disso, ao mencionar o acesso igualitário e universal previsto na Constituição, também ressalta que a previsão reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação. (BRASIL, 2010a, p. 14).

Feita essa análise do direito à saúde, o voto do Ministro aborda a grande quantidade de pedidos judiciais por medicamentos e de pedidos de suspensão de liminar formulados pela União. Aduziu ter convocado a audiência pública em virtude

da grande quantidade de processos e da complexidade envolvida nessas discussões. (BRASIL, 2010a, p. 16).

A partir da análise das discussões da audiência pública 04, o Ministro Gilmar Mendes conclui que a questão da judicialização da saúde precisaria ser redimensionada. Aduz que na maioria dos casos, a intervenção judicial não decorreria de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas, mas sim do descumprimento de políticas públicas existentes. Nesses casos, não haveria interferência judicial na formulação de políticas públicas. (BRASIL, 2010a, p. 17).

Assevera ser esse um dado importante na construção de critérios e parâmetros para decisão. Nos casos em que se está apenas determinando o cumprimento de política pública existente, existe um direito subjetivo público do indivíduo que demanda o Poder Judiciário. (BRASIL, 2010a, p. 18).

Por outro lado, considera que, nos casos em que a prestação de saúde não estiver entre as políticas públicas do SUS, devem-se distinguir três situações: a) a omissão legislativa ou administrativa; b) a decisão administrativa de não fornecimento; ou c) a vedação legal de dispensação. (BRASIL, 2010a, p. 18-19).

Aborda, então, o caso das demandas envolvendo medicamentos não registrados na ANVISA, cuja concessão seria vedada à Administração Pública consoante o artigo 12 da Lei 6.360/76, que veda a venda ou entrega a Consumo antes do registro. Esse registro seria, de acordo com a Administração Pública, uma garantia à saúde pública, conforme ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, e um mecanismo de regulação econômica, conforme asseverado pelo Presidente da ANVISA na mesma ocasião. Para o registro, haveria a análise da eficácia, segurança e qualidade do produto e do preço definido levando em conta o benefício clínico e custo do tratamento. (BRASIL, 2010a, p. 18-19).

Tendo em vista esses pontos, o Ministro Gilmar Mendes conclui que, como regra, o registro na ANVISA é o primeiro requisito para que determinado medicamento possa ser incorporado ao SUS. Contudo, essa regra não seria absoluta, pois em casos excepcionais a ANVISA poderia autorizar a importação de medicamentos ainda não registrados. (BRASIL, 2010a, p. 19).

Após, o Ministro menciona, como segundo dado a ser considerado na análise de processos judiciais, a existência de motivação para o não fornecimento, uma vez que haveria casos de recusa ao fornecimento de medicamentos em virtude da inexistência de evidências científicas para autorizar a inclusão do medicamento.

Menciona nesse caso duas situações: a) aquela que o SUS fornece tratamentos alternativos; e b) aquela em que o SUS não possui tratamento para determinada patologia. (BRASIL, 2010a, p. 19).

Aduz, então, que, a priori, a obrigação do Estado seria restrita a fornecer políticas públicas por ele formuladas para a proteção, promoção e recuperação da saúde. Isso porque o SUS, aderindo à chamada “medicina com base em evidências”, criou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que consistem em um conjunto de critérios que permitem o diagnóstico e tratamento com os medicamentos disponíveis. Dessa forma, adotar medicamento ou tratamento fora desse protocolo deve ser visto com cautela, pois pode contrariar o consenso científico vigente. (BRASIL, 2010a, p. 20).

Por outro lado, argumenta que a gestão do SUS observa o princípio do acesso universal e igualitário às prestações de saúde, o que apenas é possível mediante a elaboração de políticas públicas que repartem os escassos recursos existentes da forma mais eficiente possível. Portanto, obrigar a rede pública a fornecer todo e qualquer tratamento existente poderia gerar grave lesão à ordem administrativa, comprometer o funcionamento do SUS e prejudicar o atendimento da parcela mais necessitada da população. (BRASIL, 2010a, p. 20).

Conclui, portanto, que deve como regra geral ser privilegiado o tratamento pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente. Todavia, isso não impediria que o Poder Judiciário concedesse medicamentos ou tratamentos diversos quando restasse comprovado que o tratamento fornecido pelo SUS não era eficaz no seu caso. Até porque, consoante ressaltado na audiência pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e elaboração de novos protocolos clínicos.

Por fim, o Ministro aborda a situação da inexistência de tratamento pela rede pública. Nesse caso, diferencia os tratamentos meramente experimentais daqueles tratamentos que apenas não foram testados pelo SUS. (BRASIL, 2010a, p. 21).

Quanto aos tratamentos experimentais, conclui, consoante depoimento do Diretor Clínico do Instituto do Câncer de São Paulo, que a eficácia desses ainda não foi avaliada e comprovada, de forma que o Estado não poderia ser condenado a fornecê-los. (BRASIL, 2010a, p. 21).

Por outro lado, no que toca aos tratamentos existentes ainda não incorporados ao Protocolo do SUS, deveria haver cautela, pois o conhecimento científico evolui rapidamente e, muitas vezes, não é acompanhado pela burocracia administrativa.

Assim, embora o Protocolo Clínico do SUS seja importante para a distribuição de recursos públicos e segurança dos pacientes, a aprovação de novas indicações terapêuticas pelo SUS pode ser lenta e acabar impedindo tratamentos há muito tempo prestados pela iniciativa privada. Portanto, a inexistência de protocolo clínico do SUS “não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, bem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada”. (BRASIL, 2010a, p. 21-22).

Porém, seja qual for o caso, o Ministro conclui que é imprescindível ampla instrução das demandas de saúde, para evitar a produção padronizada de decisões que não contemplam as especificidades do caso concreto. (BRASIL, 2010a, p. 22).

Por conseguinte, foram fixados como parâmetros:

1) verificação da existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pelo indivíduo: caso a prestação específica não esteja entre as políticas do SUS, mister distinguir se a não prestação decorre de (a) uma omissão legislativa ou administrativa, (b) uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (c) uma vedação legal a sua disposição. O problema na negativa prestacional gravita em torno da vedação legal, como, por exemplo, no caso do fornecimento de fármaco sem registro na ANVISA. Todavia, a regra não é absoluta, podendo o medicamento sem registro ser autorizado pela Agência conforme a própria legislação que a criou – Lei nº 9.782/1999 –; (2) alegada inexistência de evidências científicas suficientes de eficácia da ação de saúde: (a) se existir tratamento fornecido pelo SUS, ele deverá ser privilegiado em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente desde que não se comprove a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente (da mesma maneira, o tratamento alternativo deve ter sua eficácia comprovada); ou (b) inexistindo tratamento, é preciso diferenciar os (b.1) tratamentos experimentais, aos quais o Estado não pode ser condenado a fornecer, dos (b.2) novos tratamentos ainda não testados no Brasil, o que não é incomum em razão de nossa complicada burocracia administrativa que não pode se traduzir em obstáculo ao direito à saúde. (LAGO; PAVINATO, 2020)

1.4.1.3. Análise dos casos concretos:

A partir dos fundamentos acima, a Suprema Corte analisou os concretos, consoante os votos trazidos a julgamento pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo proferido decisões unânimes. Estudam-se abaixo os fundamentos específicos trazidos nos votos para o indeferimento dos recursos interpostos em cada caso concreto.

STA 175

Na STA 175, o STF terminou por deferir a concessão do medicamento solicitado, afastando os argumentos da União (BRASIL, 2010a, p. 1). O medicamento em questão, conforme asseverado no início do tópico, tinha alto custo, no importe de

52 mil reais ao mês para o ente federativo e destinava-se a tratar doença neurodegenerativa. (BRASIL, 2010a, p. 3).

Refutou o argumento de violação ao princípio de separação de poderes, por considerar que a Jurisprudência do Supremo já assentou a possibilidade de o Poder Judiciário garantir o direito à saúde por meio do fornecimento de medicamentos, tendo citado a ADPF 45 julgada em 2004. (BRASIL, 2010a, p. 29-30).

Quanto ao argumento de que a decisão invadiria a esfera de competências da União, entendeu que a Corte já havia consolidado o entendimento de que a responsabilidade dos entes da federação em matérias de saúde pública seria solidária. (BRASIL, 2010a, p. 30-33). Afastou também argumentos acerca da suposta violação ao sistema de repartição das competências e à necessidade de figurar no polo passivo apenas o ente responsável pela dispensação do medicamento, por considerar que se trataria de assunto afeto ao julgamento do mérito da ação principal. (BRASIL, 2010a, p. 33-34).

Considerou que o pedido de contracautela teria caráter satisfativo e geraria risco de dano inverso. Afastou também o argumento do risco de lesão à economia e saúde pública, por considerar que o alto custo do medicamento não seria fundamento suficiente para impedir seu fornecimento. (BRASIL, 2010a, p. 34)

Verifica-se, portanto, que, a despeito das ponderações teóricas do voto acerca da importância das políticas públicas do SUS e da organização dos recursos públicos pelo sistema, isso não impediu que houvesse a concessão do medicamento cujo custo era elevado.

Outrossim, a parte do voto que efetivamente analisou o caso concreto foi bastante enxuta quando comparada ao restante do voto, sendo que não houve grandes ponderações acerca do alto valor do medicamento e do possível impacto do fornecimento no sistema de saúde.

SS 3724

Da mesma forma na SS 3724, embora os fundamentos teóricos utilizados inicialmente no voto tenham sido bastante completos, a análise do caso concreto não foi.

A fundamentação teórica do voto mencionou a importância de distinguir medicamentos que estão incluídos nas Políticas Públicas Estatais e medicamentos que não estão. Porém, essa análise não foi feita no exame do caso concreto. Dito de

outro modo, no caso os medicamentos Rituximab e Herceptin não constavam da relação de medicamentos da Secretaria de Saúde do Ceará nem possuíam substituto terapêutico. Já o fármaco Reminyl constava da lista de medicamentos fornecidos pela Secretaria Estadual. (BRASIL, 2010b, p. 45). Todavia, ao analisar o caso concreto, não foram distinguidas as duas hipóteses e houve uma análise genérica, sob a perspectiva exclusiva da necessidade inquestionável de utilização de tais medicações para a garantia da saúde dos pacientes que pleiteavam as medicações.

Quanto ao argumento de que a prescrição dos medicamentos em questão precisaria advir de médico do SUS, o voto não examinou o argumento, por considerar que invadiria o mérito da demanda, remetendo essa análise à ação originária. Da mesma forma quanto à análise da legitimidade do Ministério Público para pleitear direitos individuais. (BRASIL, 2010b, p. 37).

Considerou, outrossim que no caso a recorrente não teria trazido elementos para embasar a ocorrência de grave lesão, visualizando-se o perigo de dano inverso em caso de deferimento da suspensão. (BRASIL, 2010b, p. 37).

SS 2944

Na análise do caso concreto da SS 2944, o Ministro Gilmar Mendes confirmou a decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie. Na decisão monocrática, essa Ministra considerou que não houve prova do potencial lesivo da decisão concessiva do medicamento VIAGRA, de forma que esta violação pelo alto custo do medicamento não poderia ser presumida. Também considerou que a não concessão geraria o risco de *periculum in mora* inverso. (BRASIL, 2010c, p. 4).

Por seu turno, na análise do agravo regimental interposto, o Ministro Gilmar Mendes, ao confirmar a decisão monocrática, também afirmou que a não concessão geraria risco de dano inverso e, após, deu enfoque à responsabilidade solidária dos entes federativos pela concessão de medicamentos. Afastou, portanto, a tese do Estado da Paraíba de que a concessão seria responsabilidade do município de João Pessoa. (BRASIL, 2010c, p. 28-29).

Mais uma vez aqui a análise do caso concreto foi enxuta e a ponderação de valores que deveria ocorrer para a concessão de medicamentos de alto custo não ocorreu conforme os parâmetros mencionados na parte teórica do voto. Deveras, não foi abordada a existência de substituto terapêutico no SUS, a efetiva essencialidade do medicamento como único disponível para o tratamento da doença, nem os

impactos possíveis do elevado valor do medicamento no Sistema Único de Saúde.

Cumprido ressaltar que, embora uma ação individual em que se pleiteie medicamento de alto custo possa não comprometer o sistema, a existência de inúmeras ações envolvendo medicamentos de alto valor pode sim comprometer ou gerar distorções no caráter isonômico do SUS.

Por essa razão, no intuito de analisar verdadeiramente o conflito de valores envolvidos e ponderar os princípios, consoante mencionado na parte teórica dos votos do Ministro Gilmar, seria importante uma análise mais extensa, o que não ocorre quando o voto se limita a dar enfoque à necessidade do medicamento para o tratamento do paciente.

SL 47

Por fim, o julgamento do agravo regimental interposto na SL 47 também foi enxuto, a despeito do fato de que essa suspensão se referia na verdade a uma ação coletiva, de forma que a análise do caso concreto deveria ser diferente daquela realizada nas ações individuais. Essa análise diferenciada não ocorreu, pois a Suprema Corte se limitou a analisar e refutar os argumentos trazidos pelo Estado de Pernambuco, não fazendo maiores reflexões acerca do caráter coletivo da demanda.

Inicialmente, o STF refutou o argumento do Estado do Pernambuco de que a decisão invadiria a competência administrativa estadual. Ao analisar a decisão liminar, visualizou que esta teve o cuidado de resguardar a divisão de competências entre os entes estaduais, não tendo suscitado a solidariedade imposta constitucionalmente. Deveras, considerou-se que a decisão liminar determinou apenas que o Estado adotasse as providências inseridas no âmbito de suas competências. (BRASIL, 2010d, p. 29-30).

Quanto ao fundamento de grave lesão, considerou-se que existiria na verdade perigo de dano inverso no caso de não concessão da decisão liminar, pois a ausência de determinação implicaria consequências gravosas aos munícipes de Petrolina que necessitam e dependem do Hospital Dom Malan, consoante exposto pelo Procurador-Geral da República. (BRASIL, 2010d, p. 30).

Considerou, portanto, haver um direito subjetivo à política de pública de saúde, no caso, negando-se provimento ao agravo regimental interposto na SL 47. (BRASIL, 2010d, p. 31)

1.4.2. STA 278, SS 3345 e SS 3355

No que toca ao julgamento das Suspensões acima, não foi possível encontrar no site do STF o inteiro teor dos votos, constando apenas a parte dispositiva do julgamento, na qual a Corte negou de forma unânime provimento aos agravos regimentais interpostos pelo Poder Público em todas as hipóteses. (BRASIL, 2010 e, f e g).

Dessa forma, não possível analisar em profundidade esses julgados para avaliar se houve de fato a ponderação de princípios considerada importante pelo Ministro Gilmar Mendes nos demais votos sobre a mesma temática levados a Plenário no dia 17 de março de 2010. (BRASIL, 2010 e, f e g).

1.4.3. Considerações sobre os julgamentos das Suspensões pelo STF

Os julgamentos das Suspensões pelo STF no dia 17 de março de 2010, após a realização da audiência pública, foi impactante em virtude da análise em detalhes do direito à saúde, em sua dimensão teórica, nos votos do Ministro Gilmar Mendes.

Todavia, quando se analisa os julgamentos dos casos concretos, verifica-se que a análise teórica complexa inicial não se refletiu em um exame aprofundado e detalhado dos casos levados a julgamento.

Conforme brevemente exposto nos tópicos anteriores, dissertou-se acerca dos possíveis impactos decorrentes da concessão de medicamentos constantes fora das políticas públicas estatais e dos possíveis impactos no sistema decorrentes dos medicamentos de alto custo. Acerca dessa problemática mencionou-se a necessidade de uma ponderação de valores em cada caso concreto.

Ocorre que a mencionada ponderação não ocorreu nas análises dos casos concretos. Foram levados a julgamento conjunto casos muito diferentes, um dos quais era relativo a uma ação coletiva; todavia, não foram abordados de forma prolongada as diferenças entre eles. Todos os recursos tiveram uma análise fática bastante enxuta.

Outrossim, a análise acerca dos impactos financeiros na concessão de medicamentos não deve levar em conta apenas a concessão daquele medicamento, mas os efeitos cumulativos que sucessivas judicializações do medicamento referido

podem gerar nos recursos públicos destinados à saúde.

Deveras, essas análises não foram feitas de forma aprofundada nos julgamentos, talvez tendo em vista a natureza política e a inviabilidade de exame do mérito na via das suspensões de liminar e segurança.

Cumpre, portanto, continuar a análise dos demais julgamentos do STF sobre a judicialização de medicamentos para compreender a evolução da Jurisprudência da Corte.

1.5. O Julgamento da STA 211 pelo STF

A STA 211 foi ajuizada pela União contra decisão proferida em Agravo de Instrumento de Ação Civil Pública, pelo TRF2. A decisão impugnada determinou que a União assegurasse ao interessado assistência integral destinada à obtenção do diagnóstico de sua doença, promovendo diretamente o pagamento dos exames indicados em favor da instituição de saúde italiana Fondazione I.R.C.C.S. – Instituto Neurológico Carlos Besta. (BRASIL, 2017, p. 2).

No julgamento do agravo regimental formulado na STA 211, a Corte manteve a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie que indeferiu a suspensão solicitada pelo Poder Público, mantendo a decisão liminar. (BRASIL, 2017, p. 2).

Em sua decisão monocrática, a Ministra ressaltou inicialmente a importância da análise casuística dos pedidos de suspensão, sem um exame abstrato e genérico. Na análise do caso, atendo-se “à hipossuficiência econômica do autor, à enfermidade em questão, à ineficácia dos exames laboratoriais já realizados e à urgência de um diagnóstico”, entendeu “presente a possibilidade do denominado dano reverso”, em virtude da “inexistência, no Brasil, de centro de diagnóstico capaz de identificar a patologia que ocasiona graves danos à saúde e à vida do paciente (menor impúbere)”. (BRASIL, 2017, p. 4).

Por outro lado, citou o parecer da Procuradoria-Geral da República, segundo o qual a ponderação dos valores em conflito levaria “ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos da decisão pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida do paciente”. (BRASIL, 2017, p. 4)

No agravo regimental interposto, a União asseverou, entre outros argumentos, que, como “o interessado não comprovou ter esgotado os meios aptos ao diagnóstico da doença disponíveis no país, conforme bem salientam os pareceres anexos, revela-

se desproporcional o custeio. pelo Sistema Único de Saúde, de dispendiosos exames no exterior”. (BRASIL, 2017, p. 4).

No julgamento, o Pleno negou provimento ao agravo regimental, levando em conta, consoante ressaltado pelo Procurador-Geral da República, ser “muito provável que as despesas dos exames do interessado já tenham sido realizadas no National Neurological Institute “Carlo Besta”, de forma que, tendo em conta a teoria da asserção, não seria possível extrair “a necessidade da suspensão pretendida, a ensejar a extinção do processo sem a resolução do mérito, com base no art. 485, VI, do Código de Processo Civil”. (BRASIL, 2017, p. 7-8).

Considerou-se, portanto, para negar a suspensão pleiteada o perigo de dano reverso à saúde e vida do paciente e a provável já realização do exame pelo paciente quando do julgamento do agravo.

Não se tomou em conta o argumento da União de que haveria outros exames mais baratos no Brasil aptos a assegurar a saúde do paciente, em contrariedade ao critério que havia sido trazido nos julgamentos das Suspensões de 17 de março de 2010, de que deveria ser examinada a existência de alternativas no âmbito do SUS para a pretensão.

1.6. O Julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 pelo STF (Tema 6)

O Recurso Extraordinário 566.471 analisou a concessão de medicamentos não previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), que teve Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 6.

Foram realizadas três sessões para o julgamento do Recurso, nos dias 15 e 28 de setembro de 2016 e, por fim, em 11 de março de 2020. Ficou conhecido como julgamento dos medicamentos de alto custo, pois inúmeros dos casos debatidos envolviam medicamentos com elevado valor de mercado.

Em 11 de março de 2020, formou-se maioria pelo desprovimento do recurso, tendo-se entendido que, salvo em casos excepcionais, o Estado não seria obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estivessem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS).

Houve grande divergência no que toca aos requisitos para a concessão

excepcional de medicamentos não previstos nos programas do SUS. Inúmeros ministros elencaram os requisitos que consideravam adequados, mas ainda não foi uniformizado o entendimento da Corte sobre quais seriam esses requisitos para a finalidade de fixar a tese do Tema 6.

Por conta disso, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior. Contudo, o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas na sessão virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. Foi agendada sessão para concluir o julgamento para outubro de 2021, reagendada para novembro de 2021, porém este ainda não foi finalizado. Assim, não foi possível obter acesso aos votos proferidos pelos Ministros no site do STF. Apesar disso, analisada a sessão de julgamento, bem como o Informativo 969 do STF, encontraram-se os principais pontos discutidos na sessão do dia 12 de março de 2020 pelos Ministros.

Houve debates intensos dos Ministros sobre a excepcionalidade na concessão de medicamentos de alto custo pelo Estado e quais seriam os requisitos para sua concessão excepcional.

Em sua fala, o Ministro Alexandre de Moraes asseverou inúmeros pontos importantes no que toca ao objeto do presente artigo, que é a legitimidade do controle judicial de políticas públicas de saúde. Segundo o Ministro, o direito à saúde foi consagrado pela Constituição como um direito fundamental, no intuito de que se assegurasse o bem-estar da sociedade. Ressaltou que a Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde com duas características básicas: universalidade e igualdade. (MORAES, 2020).

Entretanto, nesse ponto, afirmou que, em nenhum país no mundo, muito menos do tamanho do Brasil, o direito à saúde é de fato universal e igualitário. Nesse aspecto, lembrou que até a Constituição de 1988 não havia universalidade no direito à saúde. Desde 1988, com todos os problemas econômicos existentes, o Brasil efetivou a previsão constitucional de universalidade e igualdade no direito à saúde. (MORAES, 2020)

Nesse aspecto, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que temos no Brasil o maior programa de vacinação do mundo. Ressaltou também que o Programa de Saúde dos Estados Unidos (denominado OBAMA CARE) nem se compara ao Sistema Único de Saúde brasileiro, em termos de universalidade de atendimento ambulatorial, internação e medicamentos. Portanto, a Constituição consagrou e os Poderes Públicos implementaram, concluiu o Ministro. (MORAES, 2020).

Consoante abordado pelo Ministro, nos 31 anos de Constituição, em um primeiro momento o Poder Executivo e o Legislativo “derraparam na regulamentação do direito à saúde”, tendo cabido ao Poder Judiciário, principalmente à Suprema Corte, efetivar de maneira concreta o direito à saúde. (MORAES, 2020).

O Ministro então passa a expor acerca da sequência de precedentes em que o direito à saúde foi concretizado pelo STF, o que, segundo ele, teria contribuído para que um desenvolvimento tanto na parte ambulatorial, quanto na parte médica, fosse efetivado. (MORAES, 2020).

Menciona o Recurso Extraordinário 267.612, de Relatoria Ministro Celso de Mello, em que o STF, pela primeira vez, consagrara a efetividade do direito fundamental à saúde, para que, além de uma mera garantia programática, garantindo que o indivíduo exigisse do Estado prestações necessárias à tutela de um mínimo existencial necessário à sua saúde e bem-estar. (MORAES, 2020).

A partir de então, o Tribunal teria construído sua Jurisprudência para dar efetividade ao direito à saúde. Na STA 175, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, depois de afirmada, pelo Plenário da Corte, em sede de Repercussão Geral no RE 855.178, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em 2015, o Tribunal teria estabelecido os principais aspectos de controle judicial de Políticas Públicas de Saúde, sendo eles: efetividade do direito à saúde; sopesamento entre mínimo existencial e reserva do possível; sopesamento de escolhas alocativas, em virtude do orçamento, por critérios de estabilidade e equilíbrio no sistema de saúde; e discussão sobre as capacidades institucionais do Poder Judiciário para a realização dessas tarefas. (MORAES, 2020)

Segundo asseverado pelo Ministro, a partir dessa construção jurisprudencial, tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo (principalmente na última década e meia, últimos 15 anos), foram se amoldando e regulamentando o direito à saúde, o que teria modificado a realidade e a situação fática de precariedade do sistema de saúde teria deixado aos poucos de existir. Deveras, houve uma boa regulamentação pelo Legislativo, especialmente com os artigos 19-Q e R Da lei 8.080/90, e pelo próprio Executivo, que teria se amoldado aos critérios, pressupostos e protocolos internacionais. (MORAES, 2020).

A partir da análise realizada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471, percebe-se que este defendeu de forma explícita que as sucessivas ações judiciais manejadas e as decisões judiciais, especialmente da Suprema Corte, terminaram por gerar mudanças nas políticas públicas pelos

Poderes Executivo e Legislativo, contribuindo assim para um aprimoramento das Políticas Públicas de Saúde. (MORAES, 2020).

Após amplos debates, conforme já exposto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, em regra, o Estado não é obrigado conceder medicamento não constante de lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator) salientou que o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, dependeria: “da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária”. (STF, 2020).

Por outro lado, quanto aos requisitos para a concessão excepcional de medicamentos de alto custo, o ministro Roberto Barroso, entendeu que deveriam ser observados cinco requisitos cumulativos:

- (a) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (b) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (c) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (e) a propositura da demanda necessariamente em face da União, responsável por decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos ao SUS. (STF, 2020)

Por seu turno, para o ministro Alexandre de Moraes, quando o medicamento pleiteado não estivesse previsto em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), independentemente do seu alto custo, a tutela judicial seria excepcional e exigiria, previamente, inclusive para a análise de medida cautelar, os seguintes requisitos. (STF, 2020):

- (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento e elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina de evidências; (c) certificação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) tanto da existência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; e (d) atestado emitido pela Conitec no sentido da eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. (STF, 2020).

Já a ministra Rosa Weber entendeu que nesses casos teriam de ser comprovados, cumulativamente, os seguintes requisitos:

(a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva do ofício do agente público por parte do julgador; (b) comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado, expedido por médico integrante da rede pública, da imprescindibilidade ou da necessidade do medicamento, assim como da ineficácia para o tratamento da moléstia dos fármacos fornecidos pelo SUS; (c) indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira (DCB) ou da Denominação Comum Internacional (DCI); (d) incapacidade financeira do cidadão de arcar com o custo do medicamento prescrito; (e) existência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) do medicamento; e (f) veiculação da demanda, preferencialmente, por processo coletivo estrutural, de forma a conferir máxima eficácia ao comando de universalidade que rege o direito à saúde e ao diálogo interinstitucional. (STF, 2020).

O ministro Ricardo Lewandowski, de sua vez, entendeu que seriam necessários os seguintes requisitos para a concessão de medicamentos nesses casos:

(a) confirmação do alto custo do fornecimento do tratamento requerido pelo interessado, bem como da impossibilidade financeira do paciente e da sua família para custeá-lo; (b) comprovação robusta da necessidade do fornecimento do medicamento por meio de laudo técnico oficial para evitar o agravamento do quadro clínico do interessado; (c) indicação de inexistência de tratamento oferecido no âmbito do SUS ou de que o tratamento oferecido não surtiu os efeitos esperados, de modo que a medicação sem registro na Anvisa seja a única forma viável de evitar o agravamento da doença; (d) prévio indeferimento de requerimento administrativo ou ausência de análise em tempo razoável pelos entes políticos demandados para o início ou continuidade do tratamento de saúde; (e) que o medicamento tenha sua eficácia aprovada por entidade governamental congênere à Anvisa; (f) ausência de solicitação de registro do medicamento na Anvisa ou demora não razoável do procedimento de análise pela agência reguladora federal. No entanto, não poderiam ser autorizados o custeio de medicamentos expressamente reprovados pela Anvisa ou de produtos legalmente proibidos; e (g) determinação de que o interessado informe, periodicamente, por meio de relatórios médicos e exames comprobatórios de controle da doença, a evolução do tratamento de modo a comprovar sua eficácia e justificar sua manutenção. (STF, 2020).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, nos casos excepcionais seria imprescindível a instrução processual, com ampla produção de provas. Quanto à necessidade financeira, o juiz deveria verificar o caso, segundo a prova dos autos, levando em consideração as condições de vida do autor da ação e os custos do tratamento almejado. (STF, 2020).

Restou vencido, em parte, o ministro Edson Fachin, o qual deu parcial provimento ao recurso, sob a alegação de que o Estado-Membro recorrente não poderia ser condenado a custear sozinho o medicamento, por tratar-se de dispensação excepcional sendo necessário que a União compusesse o polo passivo da ação. (STF, 2020) Para a obtenção excepcional de medicamentos de alto custo, o Ministro Edson Fachin defendeu os seguintes parâmetros:

(a) prévio requerimento administrativo, que pode ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador; (b) subscrição realizada por médico da rede pública ou justificada impossibilidade; (c) indicação do medicamento por meio da DCB ou DCI; (d) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e (e) laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que se indique a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseada em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. (STF, 2020).

Haja vista a quantidade de requisitos diversos estabelecidos pelos Ministros, o Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em sessão posterior, a qual ainda não ocorreu. De todo modo, o caso é importante para este estudo pois traz inúmeras questões acerca do controle judicial de políticas públicas.

Em análise realizada no andamento processual do feito, no site do STF, em 05 de junho de 2023, verificou-se que o caso foi incluído em pauta para julgamento em 18 de maio de 2023. Todavia, os andamentos processuais subsequentes não demonstraram ter havido o julgamento.

Outrossim, em outra consulta às pautas de julgamentos ocorridos em 18 de maio de 2023, observou-se que foi julgado apenas um caso nesse dia, a ação penal 1025, sendo possível inferir que o julgamento do RE 566.471 acabou não ocorrendo na data agendada.

Por conseguinte, resta pendente de definição a tese do tema 6, que é de extrema relevância para a definição dos requisitos jurisprudenciais para a concessão de medicamentos de elevado valor.

Cumprе ressaltar que essa possivelmente é a definição mais importante a ocorrer, já que a concessão de medicamentos de alto valor a alguns indivíduos impacta a isonomia na distribuição dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde, sendo um dos principais pontos apontados pela doutrina contrária à concessão judicial de medicamentos.

1.7. O Julgamento do Recurso Extraordinário 855.178 pelo STF (Tema 793)

O Recurso Extraordinário 855.178 foi julgado em 05 de março de 2015 e teve por objeto da legitimidade passiva dos Entes Federados para as ações envolvendo tratamentos médicos. (BRASIL, 2015, p. 1).

Foi reconhecida a repercussão geral e, por unanimidade, reconhecida a responsabilidade solidária dos entes federados, podendo constar do polo passivo das

ações qualquer deles, isolada ou conjuntamente. (BRASIL, 2015, p. 1).

O voto-vencedor destacou o precedente firmado na SS 3355, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes. (BRASIL, 2015, p. 5).

Em consulta ao site do STF, não foi possível encontrar o inteiro teor do voto dessa Suspensão, porém uma parte do voto foi transcrita no julgamento do RE 855.178, sendo possível aferir que se trataram dos mesmos fundamentos utilizados para julgar as demais suspensões julgadas no dia 17 de março de 2010. (BRASIL, 2015, p. 6-8).

Destacou-se nesses fundamentos o dever do Estado de prestar os serviços de saúde e desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, consoante o exposto no artigo 196. (BRASIL, 2015, p. 7).

Nesse contexto, ressaltou-se a competência comum para cuidar da saúde, consoante o art. 23, II, da Constituição. Portanto, União, Estados, Distrito Federal e municípios seriam “responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde”. (BRASIL, 2015, p. 7).

1.8. O Julgamento do Recurso Extraordinário 657.718 pelo STF (Tema 500)

1.8.1. Caso concreto

O Recurso Extraordinário 657.718 analisou a obrigatoriedade na concessão pelo Estado de medicamentos sem registro na ANVISA. A controvérsia teve repercussão geral reconhecida pelo STF no tema 500, em 17 de novembro de 2011 (BRASIL, 2019a, p. 6)

O caso concreto era relativo ao fornecimento pelo Estado de Minas Gerais do medicamento Mimpara 30mg, destinado ao tratamento da enfermidade hiperparatireoidismo secundário em paciente com insuficiência renal em diálise. O Estado de Minas Gerais alegava a ausência de registro do medicamento de origem estrangeira na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (BRASIL, 2019b, p. 11).

No curso da demanda, ocorreu o falecimento da parte autora, conforme noticiado pela Defensoria Pública na petição/STF nº 41.026/2018, razão pela qual a

ação principal foi extinta sem exame do mérito (BRASIL, 2019a, p. 6).

Por conta disso, surgiu a controvérsia acerca da permanência do interesse em julgamento do Recurso Extraordinário, no âmbito do qual já havia sido reconhecida a Repercussão-Geral. Quanto ao ponto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, uma vez objetivado o processo com reconhecimento da repercussão geral, o julgamento deveria prosseguir a fim de que fosse fixada a tese, independentemente do interesse subjetivo envolvido no caso. (BRASIL, 2019a, p. 3).

Tratou-se de precedente construído após longo debate entre os Ministros. Ao longo do julgamento, houve votos escritos apresentados por todos os ministros, apresentando as mais diversas searas da discussão sobre a judicialização da saúde. Além dos votos em si, consta do inteiro teor os debates ao longo das sessões para a construção da tese do Tema 500. Deveras, o precedente foi construído com muita fundamentação e discussão.

O voto inicial do Ministro Marco Aurélio, relator do caso, levado a Plenário em 15/09/2016, desprovia o recurso e considerava o registro na ANVISA condição inafastável para a concessão judicial do medicamento. (BRASIL, 2019b, p. 15).

Ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado da expertise para tanto, existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente. Ainda que largamente utilizado em outro país, por força de lei, o remédio não pode circular em território nacional sem a devida aprovação técnica pelo órgão habilitado. Concluir de forma contrária é cancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontroláveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições. Não podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente, no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. (BRASIL, 2019b, p. 14).

Propôs a seguinte tese para o julgamento: “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”. (BRASIL, 2019b, p. 15).

Todavia, o Ministro Luiz Roberto Barroso pediu vistas do caso na sessão do dia 15/09/2016 (BRASIL, 2019b, p. 16).

Para o propósito da presente pesquisa, irei expor alguns aspectos dos debates e dos votos dos Ministros, porém darei maior enfoque na fundamentação do voto do

Ministro Barroso, que foi o voto-vencedor que deu ensejo à tese do tema 500.

1.8.2. Debates entre os Ministros

Antes do final da sessão do dia 15/09/2016, ocorreu rico debate entre os Ministros da Corte sobre a complexidade da judicialização da saúde, que constou do inteiro teor do acórdão posteriormente proferido. A discussão revelou que os Ministros estavam já bastante cientes dos problemas envolvidos na judicialização de medicamentos, e também engajados na busca por soluções.

A Ministra Carmen Lúcia mencionou reunião com os Presidentes dos Tribunais de Justiça, em que se discutiu a possibilidade de médicos ficarem à disposição dos juízes, de constituição de comitês temáticos para auxiliar na solução das demandas de saúde. O Ministro Lewandowski ressaltou então que o CNJ e o Ministério da Saúde estavam criando um banco de dados científicos para consulta pelos juízes brasileiros, com resultado em 48 horas, para subsidiar as decisões sobre saúde. (BRASIL, 2019b, p. 17).

O Ministro Gilmar Mendes asseverou que já existiria até um fórum de saúde. Ponderou também que esses casos de saúde não poderiam ser resolvidos no espírito do “tudo ou nada”, num sistema binário do direito. (BRASIL, 2019b, p. 18).

Esse levantamento coincidiu de certa forma com aquele trazido por ele no julgamento das suspensões de liminar e de tutela após a audiência pública, na sessão de 17 de março de 2010, ocasião em que ele ressaltou a importância de esses casos serem decididos caso a caso.

O Ministro Gilmar Mendes também mencionou a importância de articular um sistema que envolva CNJ, CNMP, AGU, Procuradores do Estado, as próprias comunidades organizadas, para “acompanhar toda a execução, porque, realmente, de todos os temas com os quais” o STF tem “lidado, este é um dos mais desafiadores”. Mencionou que os Secretários de Saúde dos Municípios, dos Estados, os responsáveis por isso na União estariam abertos a dialogar e que um órgão que seria importante nessa articulação seria o próprio CNJ. (BRASIL, 2019b, p. 18).

A Ministra Carmen Lúcia mencionou que se reuniu com 26 dos 27 Governadores de Estado, os quais vieram trazer subsídios ou pedir preferência, tendo registro de todas as reuniões. Disse que algumas das impressões foram muito duras. Afirmou que os Governadores garantiram que, se os Tribunais de Justiça pedissem,

eles deslocariam médicos para colocar à disposição dos Tribunais no intuito de que os juízes tivessem a quem perguntar se o medicamento pleiteado é essencial. (BRASIL, 2019b, p. 19).

O Ministro Ricardo Lewandowski mencionou que o Ministro Barroso poderia aprofundar essa questão no seu voto. Ressaltou que, como desembargador, enfrentou inúmeras vezes a dificuldade de saber qual o documento adequado para comprovar a necessidade de um medicamento: um atestado médico particular ou um laudo médico pericial fornecido por peritos do Estado. (BRASIL, 2019b, p. 21).

O Ministro Gilmar mendes, então, ressaltou que muitos dos tratamentos e medicamentos solicitados estariam dentro dos programas governamentais, mas não seriam acessíveis por conta do caos existente no sistema. (BRASIL, 2019b, p. 22).

Também afirmou que os medicamentos de alta complexidade e alta tecnologia chegam a custar quatro vezes mais no mercado brasileiro do que no europeu. Ressaltou, portanto, que precisava ficar claro que se tratava de um controle de política pública que vai além do caso concreto, de forma que essas variáveis precisariam constar das análises. Ademais, Ministério da Saúde, União, Estados e municípios precisariam participar. (BRASIL, 2019b, p. 22)

O Ministro Luís Roberto Barroso, então, asseverou que se tem observado uma disrupção no sistema, de forma que a Suprema Corte precisaria pensar no que é justo em matéria de saúde sem tornar a Administração Pública impraticável. (BRASIL, 2019b, p. 23).

A Ministra Carmen Lúcia relatou que a saúde é um direito de todos, questionando como ficaria isso quando se gasta 18% do orçamento da saúde com apenas 130 pacientes. (BRASIL, 2019b, p. 23).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por fim, mencionou que o mais trágico é que nem sempre ocorre uma ponderação de saúde com orçamento. Trata-se, muitas vezes, da vida de um paciente ponderada com a vida de outros. A Ministra Carmen Lúcia mencionou as denominadas "*Tragic Choices*". Então, o Ministro Gilmar Mendes relatou que esse é caso quando se determina a vaga de alguém em uma UTI, porque logicamente alguém está ficando com a vaga e outra pessoa não. Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso arguiu que muitas vezes se fura fila e isso pode acarretar a morte de alguém. (BRASIL, 2019b, p. 23).

Veja-se, que, nos debates ocorridos nesse dia, restou muito claro que, por reflexo da Audiência Pública 04, os Ministros do STF estudaram o assunto, fizeram

reuniões e estavam muito cientes da problemática de fundo envolvida na judicialização da saúde, a qual transcende o caso concreto.

1.8.3. Voto Vencedor do Ministro Barroso e Tese do Tema 500

O voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso foi trazido a julgamento na sessão de 28 de setembro de 2016. Esse voto foi o vencedor para o caso.

O Ministro Luis Roberto Barroso inicialmente tratou, em seu voto, do problema no fornecimento judicial de medicamentos e da judicialização excessiva.

Asseverou no ponto que a força normativa e efetividade da constituição fizeram com que direitos sociais se convertessem em direitos subjetivos, comportando tutela judicial específica. Assim, “a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura”. (BRASIL, 2019b, p. 34).

Explicou, portanto, que se proliferam “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”. (BRASIL, 2019b, p. 34).

Asseverou que não há um critério para a aferição de qual entidade estatal deveria ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. (BRASIL, 2019b, p. 34).

Assim, observou que “os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos”. (BRASIL, 2019b, p. 35).

Ressaltou que os excessos e inconsistências “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”. Observou que, em muitos casos, ocorre “a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua

dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”. (BRASIL, 2019b, p. 35).

Visto esse aspecto, o Ministro passou a analisar a importância do processo de registro de um medicamento na ANVISA para que ele possa ser concedido judicialmente. Ressaltou que o Recurso Extraordinário 657.718 demandava a análise “primariamente da questão da disponibilização pelo Poder Público de fármacos que não tenham eficácia, segurança e qualidade atestadas pela agência reguladora nacional por meio do registro sanitário”. (BRASIL, 2019b, p. 35).

O registro sanitário não seria um procedimento meramente burocrático, mas sim um “processo essencial para a tutela do direito à saúde de toda a coletividade”. Para o registro, haveria um complexo procedimento que garantiria que o fármaco utilizado pelo paciente fosse seguro. “Além disso, com o registro, permite-se a regulação econômica e o monitoramento dos preços dos fármacos”.

Por conta disso, seria necessária uma autocontenção do Poder Judiciário na análise dos pedidos de medicamentos sem registro na ANVISA, com especial deferência à decisão desta, pois falta ao Poder Judiciário capacidade institucional e expertise para decidir e avaliar o efeito sistêmico das suas decisões.

Ressaltou, porém, que isso não afasta o controle judicial dos atos administrativos da ANVISA, todavia impõe maior cautela, de forma que “somente diante de um cenário de mora administrativa irrazoável, estaria justificada uma intervenção mais enérgica do Poder Judiciário, inclusive por meio da determinação de prestações positivas”. (BRASIL, 2019b, p. 28).

Com base nessas reflexões, iniciou a conclusão vedando de forma absoluta a concessão judicial de medicamentos experimentais. (BRASIL, 2019b, p. 28).

Após, concluiu que, como “como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial”, uma vez que o “registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços”. (BRASIL, 2019b, p. 28).

Entretanto, abriu exceções a essa regra, nos casos de medicamentos “com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA”, determinando que seu fornecimento por decisão judicial fosse “absolutamente excepcional”, no caso “de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o

pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016).” (BRASIL, 2019b, p. 28).

No caso acima, estabeleceu a necessidade de prova do preenchimento de três requisitos: a) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e (c) inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. (BRASIL, 2019b, p. 28).

Em todos os casos, o Estado somente seria obrigado em caso de prova da hipossuficiência do requerente.

Entendeu, por fim, que essas ações deveriam necessariamente ser propostas em face da União. (BRASIL, 2019b, p. 28-29).

A tese do Tema 500 ficou assim fixada:

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 de registro (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. (BRASIL, 2019b)

1.8.4. Alguns pontos trazidos nos votos dos demais Ministros

O Ministro Edson Fachin trouxe em seu voto reflexões aprofundadas sobre o direito à saúde e o mínimo existencial desse direito, enfocando na relevância do Poder Judiciário no controle dos atos regulamentares da ANVISA para a garantia do mínimo existencial desse direito. Em virtude desses pontos, terminou por concluir de forma diversa do Ministro Barroso e Marco Aurélio, entendendo ser caso de integral provimento ao Recurso Extraordinário. (BRASIL, 2019b, p. 69-101).

O Ministro Alexandre de Moraes suscitou inúmeros pontos que ele aprofundou no voto levado em 2020 para julgamento do Recurso Extraordinário 566.471. Deu especial destaque aos problemas envolvidos na judicialização da saúde. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Dissertou sobre o aumento dos valores “carimbados para determinadas ações judiciais”, mencionando que o “número de condenações do estado em ações destinadas ao fornecimento de medicamentos saltou de 9.385, em 2010, para mais de 18 mil em 2015. Ou seja, um aumento de 727% nos gastos com ações judiciais”. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Ressaltou que, nos últimos 15 anos, a regulamentação do direito à saúde evoluiu, especialmente com os artigos 19-Q e R da Lei 8.080/90. Também asseverou que o próprio Executivo teria se amoldado aos critérios, pressupostos e protocolos internacionais. Atribuiu isso à interação entre o Poder Judiciário e os demais poderes decorrente da judicialização. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Segundo ele, houve, portanto, uma racionalização das ações do Poder Público para a “seleção de medicamentos e procedimentos em geral, listas complementares, padronização de orientações clínicas, avaliação da viabilidade de incorporação de novas tecnologias em saúde”. Dessa forma, as “listas oficiais de dispensação e os protocolos de intervenção terapêutica” não seriam “meros caprichos orçamentários ou inúteis procedimentos administrativos”, mas sim “uma avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”, desfrutando de “inegável legitimidade clínica”, razão pela qual deveriam “ser prestigiadas como instrumentos essenciais para a configuração dessas prestações”. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Ressaltou, por fim, que “não é toda e qualquer prestação ao serviço de saúde que deve ser custeada pela Rede Pública. Não há nenhum país do mundo” (...) “que consiga implementar o acesso a todas as possibilidades terapêuticas médicas solicitadas”. Portanto, existe a necessidade de padronização e “há sempre um procedimento de inclusão de novas possibilidades”, mesmo porque a mesma “Constituição que estabelece o acesso universal igualitário ao direito à saúde prevê o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços das políticas públicas de saúde. Não é algo etéreo, mas, sim, algo concreto para que se possa realmente efetivar o direito à saúde”. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Portanto, concluiu que o Poder Judiciário deve respeitar nessas questões o critério da medicina baseada em evidências científicas, razão pela qual não deve “substituir a legislação federal vigente e todo o sistema organizacional de gestão de políticas públicas na área de saúde”, baseando-se apenas “na autoridade individual de um médico que faz a prescrição para determinado medicamento sem registro ou,

no caso do outro processo, medicamento ainda não avaliado pelo SUS”. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Distinguiu, porém, o caso das “doenças raras e ultrarraras que a área médica se refere aos medicamentos órfãos”, pois nesses casos nenhum registro é pedido uma vez que “comercialmente, esse determinado laboratório, determinada empresa não teria nem interesse em fornecer ao Brasil ou a outros países”. Seriam aqueles “medicamentos destinados a doenças que atingem até 65 pessoas em cada 100 mil indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas a cada dois mil indivíduos, nos termos do artigo 3º da Portaria nº 199, de 1914”. Nesses casos, seria necessário um procedimento de análise para verificação da disponibilidade desses medicamentos. (BRASIL, 2019b, p. 110-130).

Concluiu negando provimento ao Recurso e acompanhando o Ministro Barroso, apenas trazendo divergência quanto ao prazo para se considerar a ANVISA em mora, sugerindo a adoção dos prazos da Lei 13.411/2016 para análise. Em virtude dessa sugestão, houve alteração do voto pelo Ministro Barroso, já que, na época em que este havia julgado o caso, os prazos em questão ainda não existiam. (BRASIL, 2019b, p. 131-136).

A Ministra Rosa Weber se manifestou suscitando a problemática da compatibilização do julgamento do caso com o do Recurso Extraordinário 1.165.959, ainda não apregoadado. (BRASIL, 2019b, p. 137-141).

O Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161) analisava a possibilidade de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Os Ministros, porém, entenderam que se tratavam de casos completamente diferentes e que não haveria problema em separar os julgamentos. (BRASIL, 2019b, p. 137-141).

A Ministra Rosa Weber, então, acompanhou o voto do Ministro Barroso. Em seu voto dissertou, com os outros ministros, sobre a evolução da Jurisprudência da Corte em matéria de direito à saúde, sobre o direito à saúde em si e o papel da ANVISA no registro de medicamentos. Concluiu asseverando a necessidade de se prestigiar as decisões técnicas da ANVISA, porém afirmando a possibilidade do controle desses atos regulatórios pelo Poder Judiciário em casos excepcionais.

Acompanhou, portanto, o voto do Ministro Barroso e a tese do Tema 500 sugerida por ele. (BRASIL, 2019b, p. 142-156).

O Ministro Luiz Fux também acompanhou o voto do Ministro Luis Roberto Barroso. (BRASIL, 2019b, p. 157).

1.9. O Julgamento do Recurso Extraordinário 1.165.959 pelo STF (Tema 1161)

O Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161) analisou a possibilidade de fornecimento gratuito do Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

No Recurso Extraordinário 1.165.959, o relator para o caso foi o Ministro Marco Aurélio, porém, este restou vencido, juntamente com o Ministro Edson Fachin, que fixavam tese diversa, e o Ministro Nunes Marques, que não fixava tese. O acórdão final vencedor foi redigido pelo Ministro Alexandre de Moraes.

A Corte Suprema negou provimento ao Recurso e determinou que o Poder Público seria obrigado a fornecer o Medicamento “Hemp Oil Paste RSHO”, à base de canabidiol, sem registro na ANVISA, mas com importação autorizada por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Ao analisar o Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161), observou-se que, os Temas 500 e 6, as listas oficiais de dispensação e dos protocolos de intervenção terapêutica do SUS traduziram “uma avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (art. 19-Q, § 2º, II, da Lei Orgânica do SUS)”. Além disso, pontuou que essas listas são “importante referência de segurança para usuários, profissionais de saúde e participantes do mercado de medicamentos”, pois elas “buscam minimizar os danos que podem advir do uso irracional de fármacos de qualidade duvidosa, sem eficácia ou fora da dosagem apropriada”. (BRASIL. STF, 2021).

Todavia, consignou-se que, embora as políticas de assistência farmacêutica possam ser padronizadas, as necessidades de atendimento de cada paciente não são padronizáveis a modelos taxativos, já que a ação de cada medicamento é variável de

acordo com as propriedades de cada organismo, “o que tem suscitado críticas ao emprego equivocado da metodologia de padronização na farmacologia”. Assim, a decisão de abandonar o fornecimento de um medicamento em caráter geral em virtude da inconveniência econômica do seu custo “não exclui a obrigação estatal de atenção à saúde de todos, nem impossibilita que o fármaco ou procedimento venha a ser deferido excepcionalmente”. (BRASIL. STF, 2021).

Mencionou, nesse sentido, o Enunciado 61 da II Jornada de Direito à Saúde do CNJ:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado. (BRASIL. STF, 2021)

Assim, ponderou que, embora padronizar seja um imperativo de gestão pública, “não pode frustrar o atendimento minimamente necessário às peculiaridades fisiológicas de quem não tem outra alternativa senão socorrer-se do SUS”, pois isso submeteria “pessoas necessitadas de tratamentos mais complexos ou portadoras de doenças de baixa prevalência e por isso vitimadas pela ausência de interesse da indústria farmacêutica a uma condição de dupla vulnerabilidade”. (BRASIL. STF, 2021).

A partir desse raciocínio, o Ministro Alexandre de Moraes concluiu que, não obstante as peculiaridades que envolveram cada um dos casos concretos subjacentes aos Temas 500 e 6, definiram-se algumas premissas consensuais para o fornecimento de fármaco não constantes das listas de dispensação do SUS, quais sejam (a) a comprovação da imprescindibilidade do medicamento; (b) a impossibilidade de substituição por outro similar; (c) a incapacidade financeira do enfermo; e (d) não se cuidar de medicamento experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (BRASIL. STF, 2021).

Entendeu que essas premissas seriam totalmente aplicáveis ao caso julgado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161), já que o autor “demonstrou não ter condições financeiras de importar a substância terapêutica”. Assim, acompanhou o Relator, para negar provimento ao Recurso Extraordinário, divergindo apenas quanto aos termos da tese. (BRASIL. STF, 2021).

Neste sentido, foi fixada a seguinte redação à tese do tema 1161 (BRASIL.

STF, 2021):

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos. (BRASIL. STF, 2021)

A partir da análise dos precedentes acima mencionados, pode-se concluir que, embora o registro e a padronização das listas oficiais do SUS tenham sido considerados fatores relevantes para a concessão judicial de medicamentos nos temas 6 e 500, ainda assim o STF abre exceções nos casos em que o medicamento seja imprescindível, não houver outro similar, o enfermo não detiver capacidade financeira e não se tratar de medicamento de uso proscrito pela ANVISA ou experimental, conforme tese do tema 1161.

1.10. Observação acerca do julgamento do Recurso Especial 1.657.156 pelo Superior Tribunal de Justiça em cotejo com a Jurisprudência do STF (tema 106)

Tendo em vista que inicialmente as decisões do STF não tiveram caráter *erga omnes*, o STJ sedimentou o entendimento de que, para processos ajuizados após 04/05/2018, na concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, “seria necessária a comprovação da incapacidade financeira a custeio de medicamento, desde que registrado pela ANVISA, bem como a prova, por laudo expedido por médico que assiste ao paciente, de que o fármaco/tratamento seria imprescindível e a ineficácia dos medicamentos fornecido pelo SUS para o tratamento”. (BRASIL, 2018; HENRIQUETA, 2022)

Transcreve-se abaixo a ementa do julgamento:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na

hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (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; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Analisado o julgado em questão, vislumbra-se que o STJ acabou abordando as temáticas do Recurso Extraordinário 566.471 (medicamentos fora dos programas do SUS) do Recurso Extraordinário 657.718 (medicamentos sem registro na ANVISA).

Posteriormente ao julgado referido, houve o julgamento dos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718 pelo STF. Todavia, ainda pende de fixação a tese do julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 (medicamentos fora das listas do SUS).

Dessa forma, no que toca à concessão de medicamentos sem registro pela ANVISA, deveria prevalecer o decidido no RE 657.718 (tema 500), em que o STF determinou a possibilidade de serem concedidos excepcionalmente medicamentos sem registro na ANVISA “em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016)”, desde que preenchidos os seguintes 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”.

Quanto à concessão de medicamentos fora das listas do SUS, o STF já julgou o RE 566.471, tendo entendido pela possibilidade dessa concessão excepcionalmente, porém não estipulou ainda os requisitos tendo em vista os debates ainda existentes entre os Ministros.

Quanto aos medicamentos que estão fora dos programas governamentais, tendo em vista que o julgado do STJ no Recurso Repetitivo coincide com aquele da Suprema Corte e, na ausência de definição de parâmetros por esta, é ainda aplicável

o precedente do STJ. Todavia, entende-se que, a partir do estabelecimento pelo Supremo Tribunal Federal, dos requisitos para essa concessão, o precedente do STJ deveria deixar de ser aplicado.

Destaca-se aqui que esses julgamentos concomitantes acerca da mesma temática pelo STJ e pelo STF não contribuem para a segurança jurídica, gerando confusão no sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. Deveras, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de um Recurso Extraordinário sobre determinada temática, reputando-a constitucional, não deveria o Superior Tribunal de Justiça ingressar na análise desta, já que considerada afeta a questão constitucional pela Corte Suprema.

O Sistema de Precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 busca dar coerência e integridade aos julgamentos no Brasil, de forma que a observância da hierarquia e também das competências de cada Corte no Brasil é de suma importância para que haja lógica no sistema.

Ademais, no intuito de que as Cortes e juízes brasileiros possam aplicar de forma correta os precedentes fixados, é muito importante que não haja mais de um precedente sobre a mesma temática.

2. Análise acerca da observância dos precedentes fixados nos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959 pelo TJSP e pelo TRF3

2.1. Pesquisa acerca da observância do RE 657.718 pelo TJSP

2.1.1. Parâmetros da pesquisa

Para realizar a pesquisa da aplicação do RE 657.718 pelo TJSP, utilizou-se como parâmetro inicial o ano de 2021, uma vez que a publicação do inteiro teor do acórdão referido ocorreu apenas em novembro de 2020, de forma que se entendeu conveniente pautar o início da observância da aplicabilidade no ano seguinte, 2021.

Como parâmetros objetivo da pesquisa, incluiu-se nas buscas de Jurisprudência dos sites oficiais do TJSP: “medicamentos E registro E ANVISA”; e “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

No site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>), foi possível acrescentar filtro

relativo ao assunto, tendo sido selecionados os seguintes: “10069 - Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”; “11884 - Fornecimento de Medicamentos; e “12493 - Sem registro na ANVISA”.

No filtro “Classe”, utilizou-se “agravo de instrumento”; “agravo regimental”; “apelação cível”; e “apelação remessa necessária”. Pesquisou-se apenas os acórdãos existentes (julgamentos colegiados), excluindo-se, portanto, as decisões monocráticas. Marcou-se a opção “pesquisar sinônimos”.

No estudo, foram lidas as ementas e o inteiro teor de todos os julgados encontrados, analisando-se:

- a) Os casos em que o medicamento foi concedido:
 - a1) os casos em que o voto mencionou que o medicamento tinha registro na ANVISA.
 - a2) os casos em que o voto mencionou que o medicamento não tinha registro na ANVISA.
 - a3) os casos em que o voto não tratou da existência de registro;
 - a4) os casos em que o voto mencionou que os medicamentos sem registro eram experimentais.
- b) Os casos em que o medicamento não foi concedido:
 - a1) os casos em que o voto mencionou que o medicamento tinha registro na ANVISA.
 - a2) os casos em que o voto mencionou que o medicamento não tinha registro na ANVISA.
 - a3) os casos em que o voto não tratou da existência de registro;
 - a4) os casos em que o voto mencionou que os medicamentos sem registro eram experimentais.
- c) os casos de extinção do feito sem resolução do mérito;
- d) os casos em que o voto mencionou o Recurso Extraordinário 657.718 do STF (tema 500);
- e) os casos em que ocorreu o delírio de atribuições à Justiça Federal, tendo em vista a necessidade de ajuizamento contra a União Federal mencionada no Recurso Extraordinário 657.718;
- f) os casos em que o voto mencionou o Recurso Especial 1.657.156 (tema 106).

A pesquisa apenas podia ser feita pelo intervalo inferior a 1 (um) ano. Por conta

disso, estudou-se os períodos de 01/01/2021 a 31/12/2021; 01/01/2022 a 31/12/2022; e 01/01/2023 a 01/06/2023.

Essa análise anual foi interessante também para propiciar o estudo da evolução da observância do precedente ano-a-ano, realizando-se a análise em um determinado marco temporal, sem generalizar as observações de um ano para o outro.

2.1.2. Análise de 2021

Instituídos os filtros mencionados, entre 01/01/2021 a 31/12/2021, foram encontrados 105 (cento e cinco) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 29 (vinte e nove) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e 3 (três) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

Dos julgados encontrados com as buscas “medicamentos E registro E ANVISA E 657.718” e “medicamentos E registro E ANVISA E 657718”, apenas um não constou entre aqueles da pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA”. Os demais estavam abarcados nesta pesquisa.

Ademais, alguns dos processos encontrados constaram por mais de uma vez da pesquisa, pois foram julgados mais de uma vez tendo em vista a necessidade de adequação do voto em virtude do julgamento do Recurso Extraordinário 657.718.

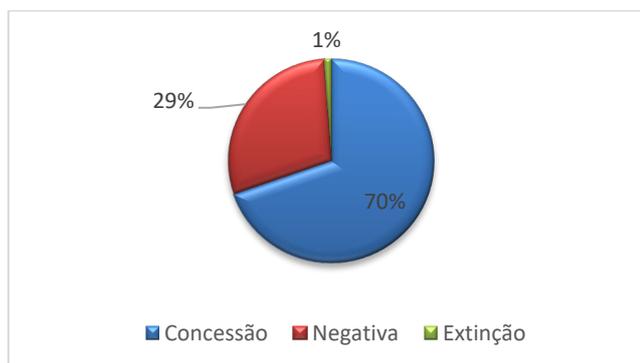
Isso ocorreu, por exemplo, nos casos dos processos 1016563-05.2014.8.26.0053, 1006069-26.2016.8.26.0566, 1005303-18.2019.8.26.0032, 1005303-18.2019.8.26.0032, 1009502-72.2015.8.26.0566, 1012784-21.2015.8.26.0566, 1009930-54.2015.8.26.0566, 1006037-18.2018.8.26.0609, 1010573-12.2015.8.26.0566, 1012877-81.2015.8.26.0566, 1054010-27.2014.8.26.0053, 1016478-95.2015.8.26.0566, em que os processos retornaram em virtude do previsto no artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, para adequação dos julgamentos ao decidido pelo STF.

Nesses casos, desconsiderou-se o acórdão anterior à adequação promovida, já que o caso terminou sendo julgado em consonância com o precedente do Recurso Extraordinário 657.718. Excluídos os casos repetidos, remanesceram 99 (noventa e nove) acórdãos.

Feitas essas observações iniciais, cumpre expor as conclusões do estudo realizado.

A partir da leitura do inteiro teor dos 99 acórdãos encontrados no ano de 2021 com os parâmetros indicados acima, constatou-se que em 69 dos casos houve a concessão do medicamento pleiteado pelo TJSP, tendo ocorrido a negativa do medicamento em apenas 29 dos julgados. Em um caso ocorreu a extinção sem exame do mérito e em nenhum ocorreu o declínio para a Justiça Federal. Portanto, em 69,69% dos casos ocorreu a concessão do medicamento e em 29,29% a negativa.

Quadro 10: Casos de medicamentos analisados no TJSP em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quanto aos 29 casos em que não ocorreu a concessão do medicamento, verificou-se que, em 22 casos o fundamento para a negativa foi a ausência de registro na ANVISA, sendo que desses casos 21 deles eram relativos a medicamentos experimentais (na grande maioria dos casos, a fosfoetanolamina).

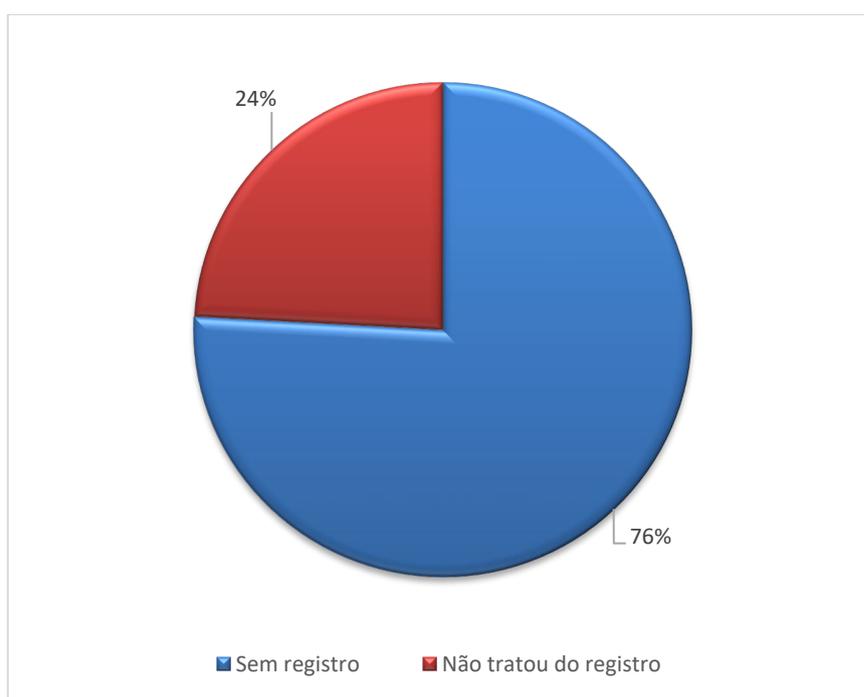
Um desses casos era relativo a medicamento não experimental, o caso 1016563-05.2014.8.26.0053. Na análise desse julgamento, ingressou-se no inteiro teor para observar se foram analisados os requisitos do RE 657.718 para a negativa. Ao analisar os fundamentos decisórios, concluiu-se que ocorreu a análise dos requisitos estabelecidos no RE 657.718, quais sejam “(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.”. Assim veja-se:

Da análise dos autos, verifica-se que tais requisitos não estão preenchidos, pois não constatada a existência de pedido de registro do medicamento “lomitapide” no Brasil. Do mesmo modo, não foram identificados indícios de que a medicação pleiteada pela autora já possua registro em renomadas agências internacionais de regulação ou que não haja substituto terapêutico com registrado no território nacional. Por fim, ainda que estivessem presentes os requisitos, de acordo com a decisão do C. STF, caberia à autora ajuizar a

demanda em face da União. Conseqüentemente, é caso de se reconhecer a carência de ação, diante da ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo. (BRASIL, TJSP, 2021)

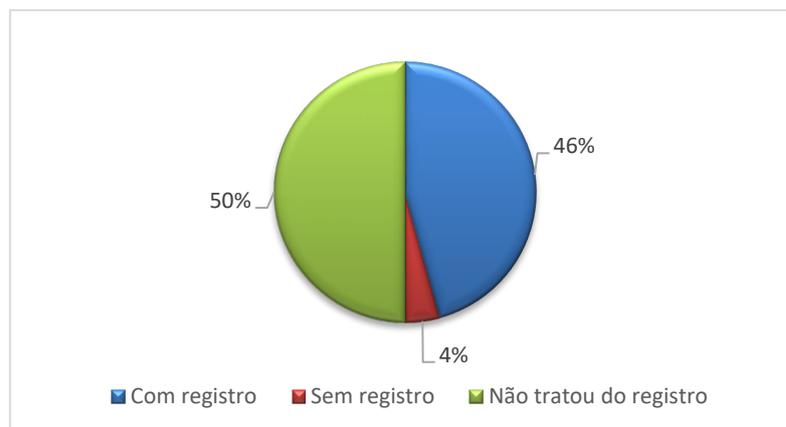
Não houve votos de negativa de medicamento em que constasse que o medicamento tivesse registro na ANVISA. Por fim, em 7 dos casos a existência ou inexistência de registro na ANVISA não foi mencionada no inteiro teor dos votos. Portanto, em 75,86% dos casos de negativa, esta se pautou na inexistência de registro do medicamento na ANVISA.

Quadro 11 - Casos de negativa de medicamentos pelo TJSP em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quanto aos 69 casos em que ocorreu a concessão do medicamento, em 32 dos casos constou do voto que o medicamento em questão constava com registro na ANVISA, em 3 casos constou do voto a inexistência de registro e em 35 dos casos não se tratou da existência ou não do registro na ANVISA no voto.

Quadro 12 - Casos de concessão de medicamentos pelo TJSP em 2021

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Entre os três casos em que houve concessão de medicamentos sem registros na ANVISA, examinou se foram observados os requisitos do RE 657.718, quais sejam: (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.”

Verificou-se que a análise da observância desses requisitos não ocorreu no caso 1006037-18.2018.8.26.0609, que sequer os mencionou ou tratou do precedente do RE 657.718. Desconsiderou igualmente a necessidade da presença da União no Polo passivo da ação.

Nos casos 1016754-84.2013.8.26.0053 e 2058615 27.2015.8.26.0000, os julgamentos retornaram para adequação ao precedente RE 657.718. Todavia, ao ler o inteiro teor de ambos os votos, é possível vislumbrar que não ocorreu o exame aprofundado do cumprimento dos requisitos estabelecidos no RE 657.718. Os julgados consideraram que poderia ocorrer a concessão excepcional do medicamento sem registro na ANVISA por ser o único adequado ao tratamento da parte. Não observaram, porém, se havia pedido de registro dos medicamentos no Brasil ou se havia registro dos medicamentos em renomadas agências de regulação no exterior. Também se desconsiderou a necessidade da presença da União no Polo passivo.

Quanto à menção do RE 657.718, verificou-se que, entre os 99 julgados, em 67 não houve menção ao precedente referido e em 32 houve. Portanto, em 67,67%

dos casos não houve a menção do precedente do STF, tendo ocorrido a citação em apenas 32,32% dos casos.

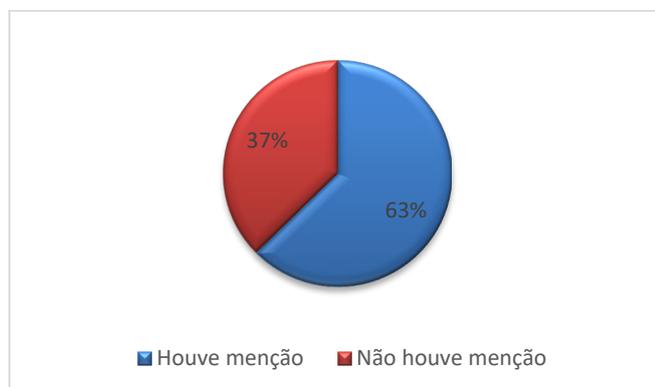
Quadro 13: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TJSP em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Por fim, analisou-se que em 62 dos julgamentos ocorreu a menção ao Recurso Especial 1.657.156 (Tema 6 do STJ), que foi julgado na sistemática dos Recursos Repetitivos. Esse julgado não está completamente de acordo com o do RE 657.718, pois nesse último se admitiu a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA em casos excepcionais e no Resp 1.657.156 essa concessão foi vetada de forma absoluta.

Quadro 14: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TJSP em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Portanto, apesar de a Suprema Corte deter a última palavra na interpretação

de questões constitucionais e de o Recurso Extraordinário 657.718 ter sido julgado com Repercussão Geral, restou claro que o TJSP em 2021 não citou o precedente da Suprema Corte, mas sim o do Superior Tribunal de Justiça na maior parte dos seus julgados.

Feitas essas análises, conclui-se que, em 2021, o TJSP não observou o precedente 657.718 em 44 (quarenta e quatro) dos 99 julgamentos prolatados com os filtros e parâmetros inseridos na presente pesquisa. Por outro lado, em 55 (cinquenta e cinco) casos não foi desrespeitado o precedente 657.718 do TJSP em 2021, conforme será detalhado a seguir.

Nos casos em que ocorreu a concessão do medicamento sem registro na ANVISA (três casos) ou que não abordaram a existência de registro (34 casos), considera-se que o precedente 657.718 deixou de ser observado, pois neste precedente restou determinado que a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA somente poderia ocorrer nas hipóteses excepcionais preenchidos os requisitos nele elencados. Um dos pressupostos era o ajuizamento da ação em face da União. Nos 37 casos referidos, não se analisou se o medicamento tinha ou não registro na ANVISA e as ações não foram ajuizadas em face da União. Portanto, ocorreu violação ao precedente 657.718.

Nos casos em que a concessão do medicamento foi negada, mas não se tratou da existência do registro na ANVISA (7 casos), também houve desrespeito ao precedente 657.718, que determinava a análise da existência do registro e do preenchimento dos requisitos nele elencados para a concessão de medicamentos. Portanto, ao negar o pedido sem analisar a existência de registro na ANVISA, os julgados referidos também violaram o precedente 657.718.

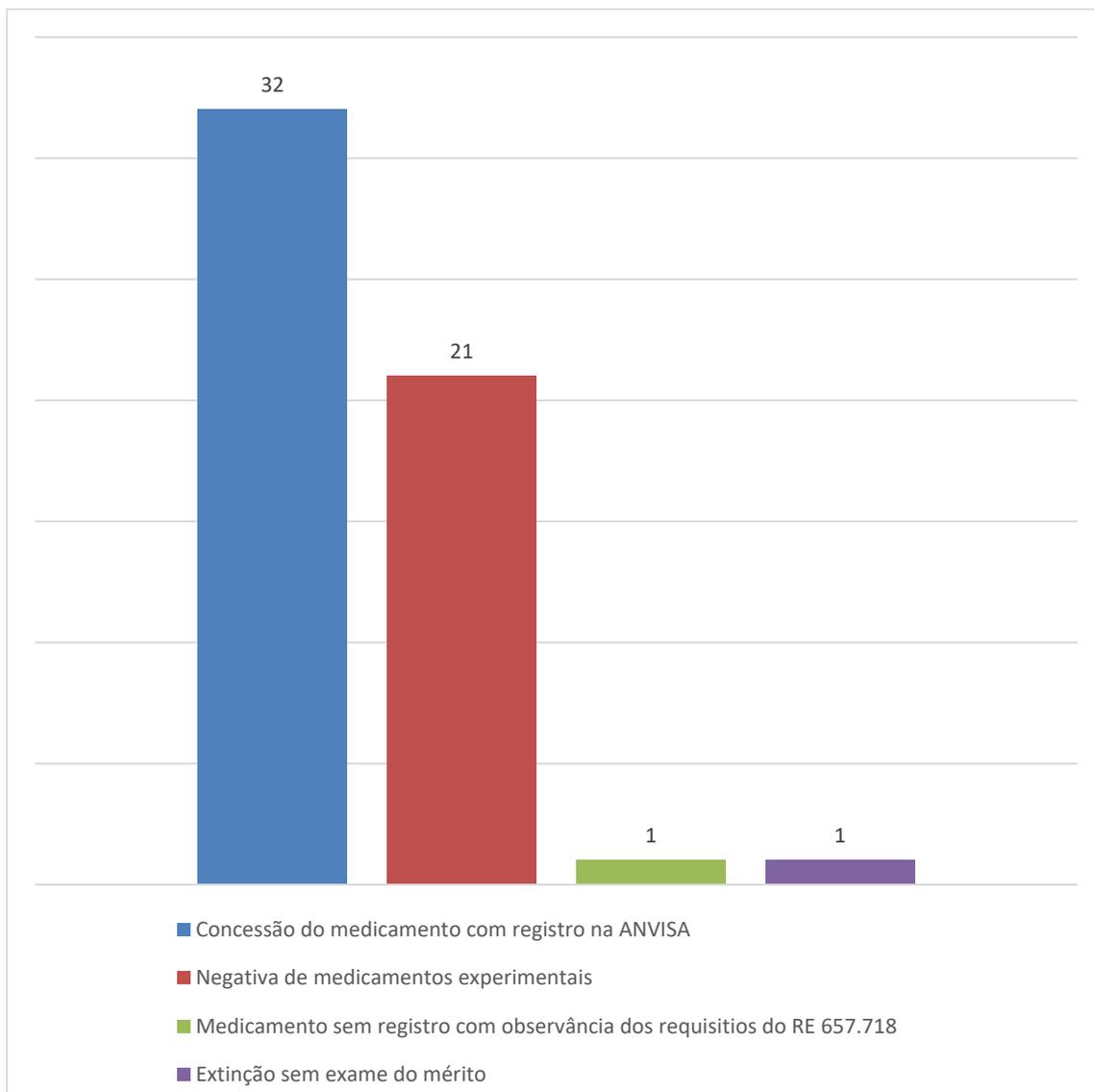
Por outro lado, não houve violação ao precedente nos 32 casos em ocorreu a concessão de medicamentos com registro na ANVISA, pois estes não se enquadravam para a aplicação do RE 657.718. Outrossim, nos 21 casos em que ocorreu a negativa de concessão de medicamentos experimentais também houve a observância do precedente, inclusive de forma expressa ao longo dos julgados. Por fim, foi observado o precedente 657.718 no julgamento do caso 1016563-05.2014.8.26.0053, em que o medicamento não era experimental, não tinha registro na ANVISA e foram observados os requisitos estabelecidos pelo STF que geraram a negativa.

No caso em que o feito foi extinto sem exame do mérito também não foi violado

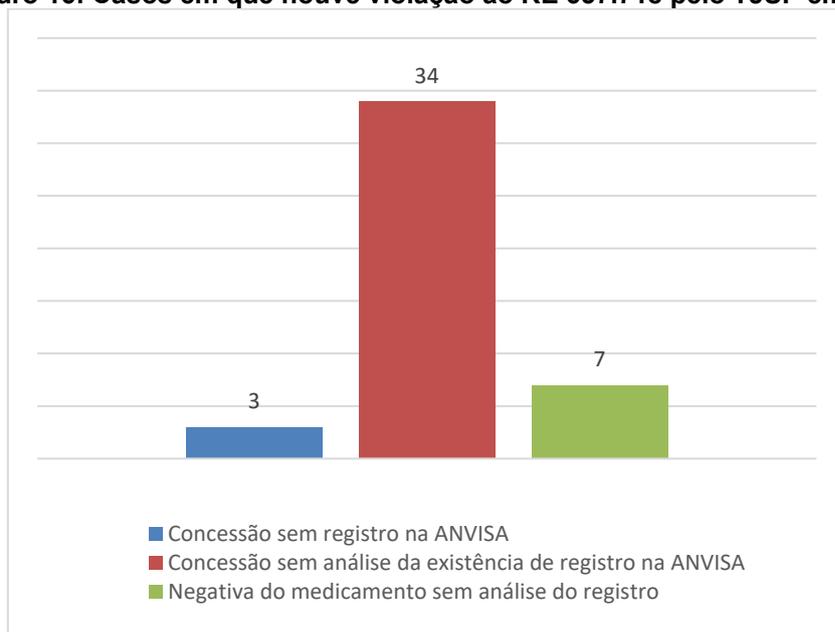
o RE 657.718, já que a análise se pautou na ausência de outros requisitos.

Portanto, nesses 55 casos não houve violação ao precedente 657.718 pelo TJSP em 2021.

Quadro 15: Casos em que não houve violação ao RE 657.718 pelo TJSP em 2021

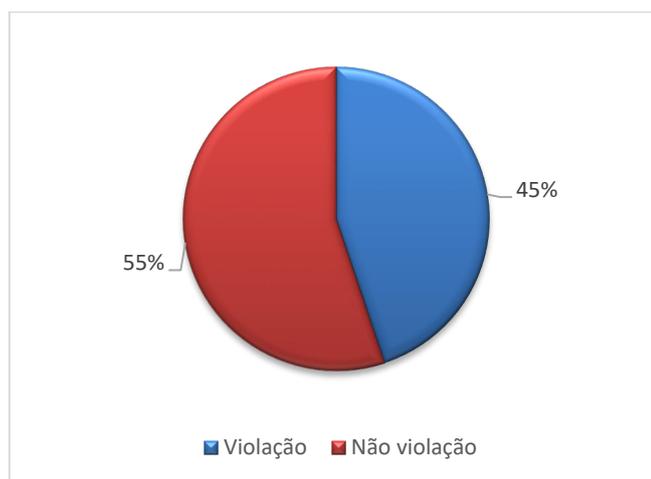


Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quadro 16: Casos em que houve violação ao RE 657.718 pelo TJSP em 2021

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Dessa forma, conclui-se que em 2021, o TJSP não violou o precedente do RE 657.718 em 55 dos seus 99 julgamentos estudados, totalizando 55% dos casos. Por outro lado, em 44 casos, totalizando 45% dos casos, ocorreu a violação ao precedente fixado pelo STF 657.718.

Quadro 17: Observância pelo TJSP ao RE 657.718 em 2021

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Por fim, ressalta-se que mesmo nos 55 (cinquenta e cinco) casos em que não houve a violação, em inúmeros dos casos não houve a citação de forma expressa do precedente, de forma que a coincidência aparentou não ser voluntária. Deveras, dos

54 julgamentos sem violação, apenas em 32 houve menção expressa ao precedente do STF.

Por outro lado, deve-se ressaltar que desses 32 casos em que ocorreu a citação do precedente do STF, isso decorreu de determinação expressa da Corte Suprema, que determinou o retorno do caso à origem para adequação do julgamento. Não se tratou, portanto, de uma observância espontânea ao precedente.

2.1.3. Análise de 2022

Entre 01/01/2022 e 31/12/2022, foram encontrados 104 (cento e quatro) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 12 (doze) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e nenhum julgado com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

Entre os 12 (doze) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”, apenas 3 (três) não constaram da pesquisa anterior com os parâmetros “medicamentos E registro E ANVISA”, quais sejam, os julgados 1012591-06.2015.8.26.0566; 3007110-67.2021.8.26.0000; e 1016507-48.2015.8.26.0566. Por conseguinte, foram analisados, ao total 107 julgados com os parâmetros utilizados.

Entre os 107 (cento e sete) julgados analisados, alguns se referiam ao mesmo processo. Isso ocorreu nos em 5 (cinco) processos: 1013003-79.2019.8.26.0053; 1000449-95.2017.8.26.0534; 1005868-58.2018.8.26.0309; 1039274-45.2018.8.26.0576; e 1016507-48.2015.8.26.0566. Nesses casos, para cada processo, havia dois julgados, ambos os quais constaram da busca com os parâmetros efetuados. Considerou-se nas análises apenas o julgamento final do caso sobre a temática medicamentos. Portanto, foram analisados 102 (cento e dois) julgados ao total.

Desses 102 (cento e dois) julgados, 3 (três) deles não trataram da temática medicamentos: 1002576-48.2019.8.26.0562 (não era caso de medicamento); 1057591-28.2017.8.26.0576 (tratou dos honorários apenas); e 1004368-81.2018.8.26.0106 (tratou dos honorários apenas). Outrossim, dois não conheceram do recurso interposto: 1000029- 92.2017.8.26.0404; e 2190084-55.2022.8.26.0000.

Assim, tendo em vista que o propósito da presente pesquisa é analisar a observância ou não do RE 657.718 pelo TJSP, excluiu-se os julgados acima da análise de percentuais aqui realizada, já que neles não se ingressou no exame da

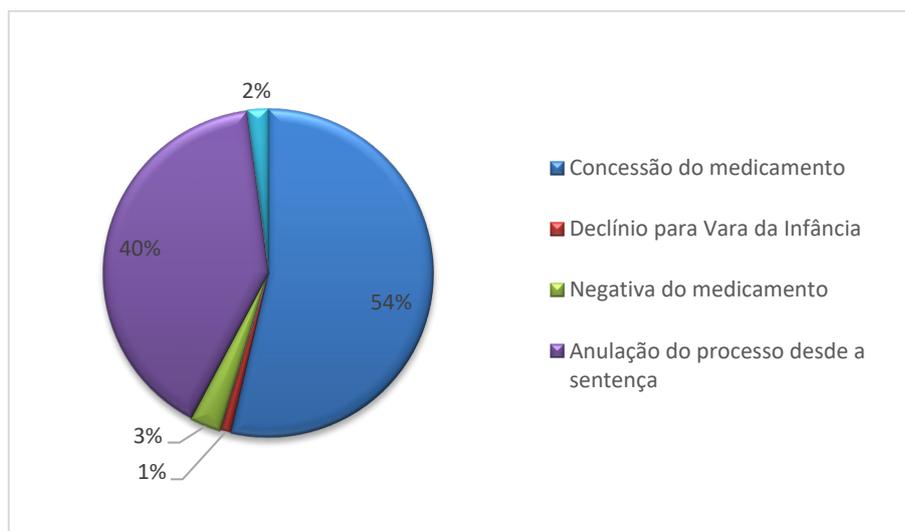
temática estudada.

Quanto ao julgamento ocorrido no processo 1006090-03.2015.8.26.0286, este se referia a mais de um medicamento. Houve a negativa de concessão dos medicamentos sem registro na ANVISA e foram concedidos os medicamentos com registro. Para os fins do presente estudo, o caso foi considerado como de negativa de medicamento sem registro na ANVISA, para não gerar erro nos cálculos percentuais, computando-se mais de uma vez o mesmo processo nas planilhas elaboradas.

Assim, foram estudados ao total 97 (noventa e sete) julgados que trataram especificamente da temática da concessão judicial de medicamentos. Desses 97 (noventa e sete) julgados, constatou-se que houve a concessão judicial do medicamento em 52 (cinquenta e dois) casos; a negativa do medicamento em 3 (três) casos; a anulação do processo desde a sentença em virtude da ausência da União no polo passivo em 39 (trinta e nove) casos; o declínio de competência para a Justiça Federal em 2 (dois) casos; e o declínio de competência para a Vara da Infância em 1 (um) caso.

Por conseguinte, ocorreu a concessão do medicamento em 53,6% dos casos, a negativa do medicamento em 3,09% dos casos, a anulação do processo desde a sentença por ausência da União no polo passivo em 40,20%, o declínio de competência para a Justiça Federal em 2,06% dos casos e o declínio para a Vara da Infância em 1,03%.

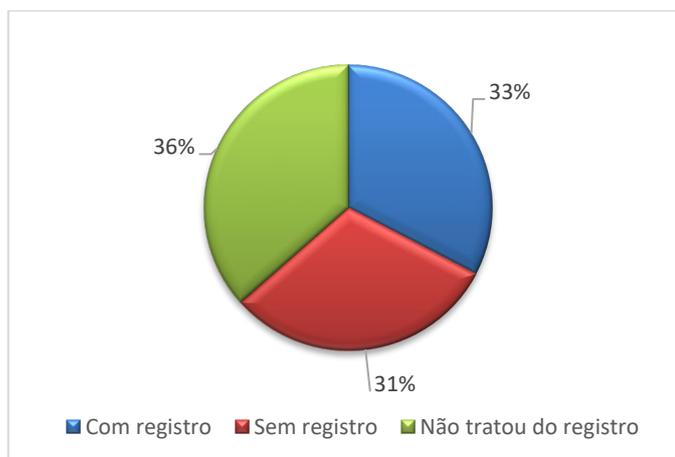
Quadro 18: Casos de medicamentos analisados no TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Entre os 52 casos em que houve a concessão do medicamento, em 17 (dezessete) dos casos o medicamento tinha registro na ANVISA, em 16 (dezesseis) o medicamento não tinha registro e em 19 (dezenove) o acórdão não abordou a existência ou não do registro. Por conseguinte, em 32,69% dos casos de concessão, o medicamento tinha registro na ANVISA; em 30,76% o medicamento não tinha registro e em 36,53% o acórdão não mencionou a existência ou não do registro.

Quadro 19: Casos de concessão de medicamentos pelo TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Dos 3 (três) casos de negativa do medicamento, todos os casos eram relativos a medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA. Não houve, portanto, a negativa de medicamentos registros na ANVISA.

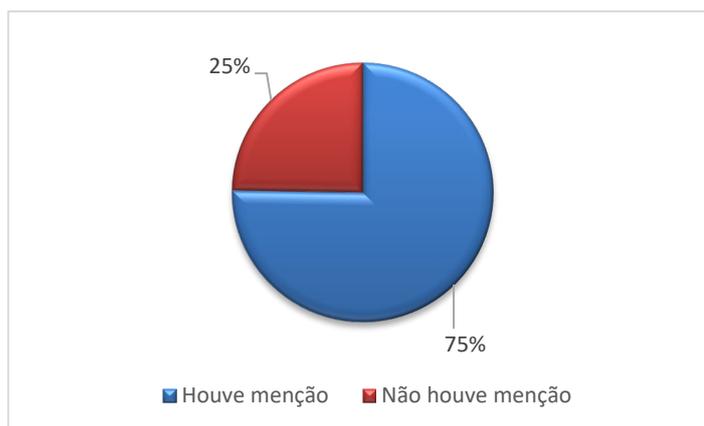
Quadro 20: Casos de negativa de medicamentos pelo TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quanto à menção do Recurso Extraordinário 657.718, verificou-se que, entre os 97 julgados, em 73 (setenta e três) não houve menção ao precedente referido e em 24 (vinte e quatro) houve. Portanto, em 75% dos casos não houve a menção do precedente do STF, tendo ocorrido a citação em apenas 25% dos casos.

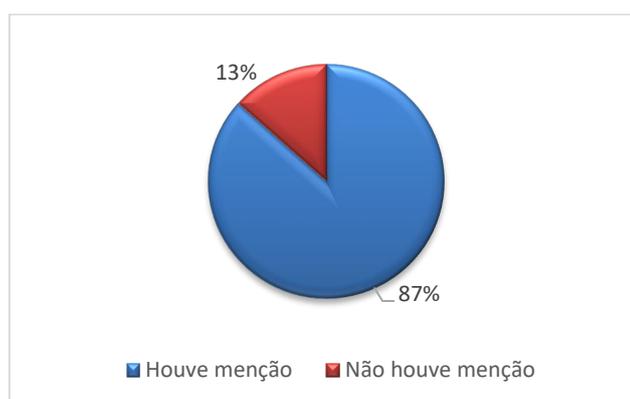
Quadro 21: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Por fim, analisou-se que em 84 dos julgamentos ocorreu a menção ao Recurso Especial 1.657.156 (Tema 6 do STJ), que foi julgado na sistemática do Recurso Repetitivos. Esse julgado não está completamente de acordo com o do RE 657.718, pois nesse último se admitiu a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA em casos excepcionais e no Resp 1.657.156 essa concessão foi vetada de forma absoluta.

Quadro 22: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Com fulcro nos dados acima, quando se parte ao exame da conformidade dos acórdãos estudados com o julgado pelo STF no RE 657.718, verifica-se que houve em 2022 uma mudança no posicionamento do TJSP, que passou a reconhecer a necessidade de inclusão da União no polo passivo das ações, entendimento este que está em consonância com o decidido no RE 657.718. Isso ocorreu nos 39 casos em que houve a anulação do processo desde a sentença e nos 2 (dois) casos de declínio para a Justiça Federal. Portanto, em 41 dos 97 casos julgados ocorreu essa modificação de entendimento, o que totaliza uma proporção de 42,26% dos casos julgados.

Deveras, essa alteração de entendimento não foi espontânea, mas sim decorreu do julgamento de duas Reclamações Constitucionais ajuizadas: 49890 e 50414. Ademais, sequer houve a menção expressa ao RE 657.718 nesses acórdãos, mas apenas às Reclamações acima mencionadas, de forma que não ficou claro que o TJSP tivesse clareza de que estava adequando seus julgados ao decidido no RE 657.718.

Por outro lado, nos 17 casos em que ocorreu a concessão de medicamentos com registro na ANVISA, deve-se considerar que não foi descumprido o precedente do RE 657.718, já que, realizado o *distinguishing*, não restaram preenchidos os pressupostos para a aplicação do precedente referido.

Nos 3 (três) casos em que foi negada a concessão de medicamentos experimentais, também não se considera que houve a violação ao precedente do RE 657,718, já que este determinou a negativa nessa hipótese. Assim, mesmo que a União não estivesse no polo passivo, não faria sentido anular o processo para incluí-la e depois negar novamente o pedido. A economia processual determinava que se negasse provimento ao recurso.

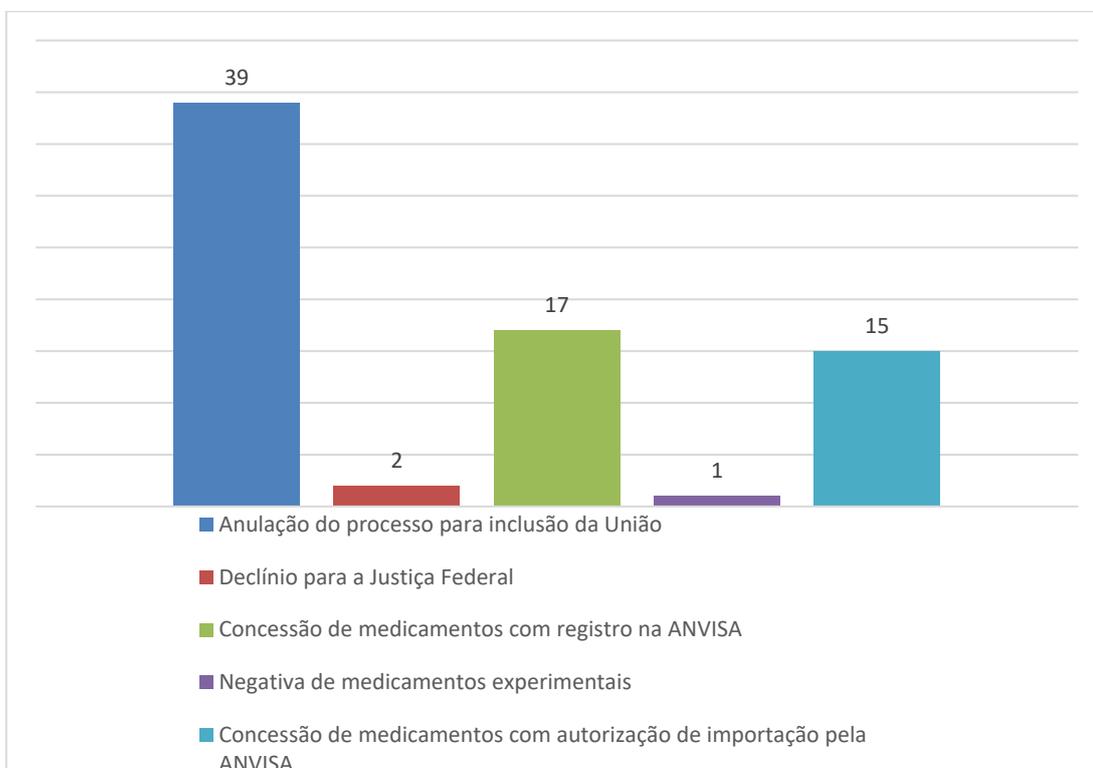
Quanto aos 15 (quinze) julgados em que o medicamento não tinha registro, cumpre examinar se neles ocorreu a análise dos requisitos do RE 657.718: "(i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil". Ousssim, foi analisado se ação foi ajuizada contra a União.

Deveras, os processos eram relativos a substâncias a base de canabidiol, em que havia a autorização de importação do produto expedida pela ANVISA. Nos casos

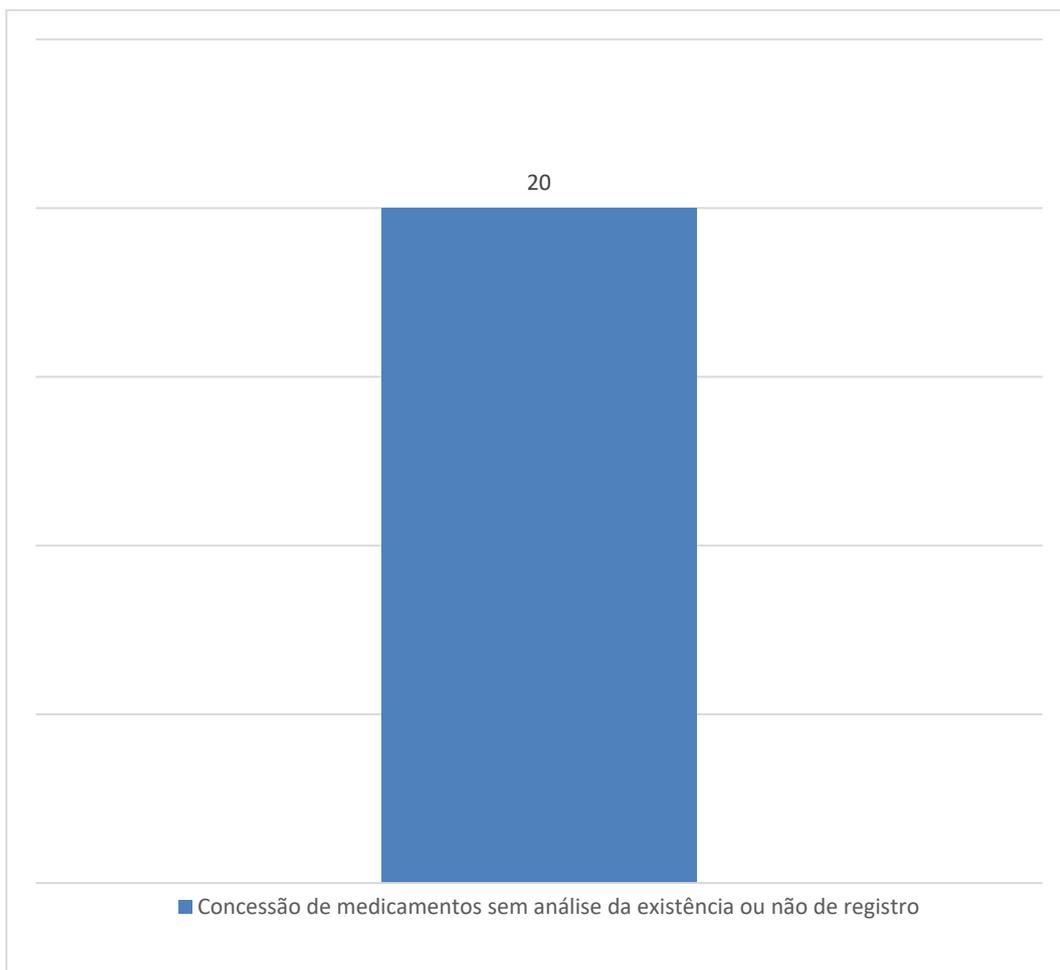
referido, não foram desconsiderados os requisitos previstos no RE 657.718, mas sim realizado o *distinguishing*, em entendimento que foi inclusive sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Portanto, considera-se que nesses casos não houve violação ao tema 500, RE 657,718, pois foi abordada a importância do registro, mas considerado que a existência de autorização para importação do produto seria suficiente. Inclusive, na maioria dos julgados houve menção expressa ao decidido no RE 657.718, mas afastada expressamente a sua aplicação, em uma operação de *distinguishing* que revela respeito ao sistema de precedentes,

Por fim, nos 20 (vinte) casos em que o acórdão não abordou a existência do registro, não houve qualquer consideração pelo precedente fixado no RE 657.718 (tema 500), nem se tratou da importância do registro na ANVISA. Em inúmeros dos casos, ocorreu a menção ao Tema 106 do STJ, porém foi afastada sua aplicação em virtude da modulação dos efeitos que ocorreu no julgamento desse Recurso. Seja como for, quanto ao Precedente fixado pelo STF no RE 657.718, houve a completa inobservância deste.

Quadro 23: Casos em que não houve violação ao RE 657.718 pelo TJSP em 2022

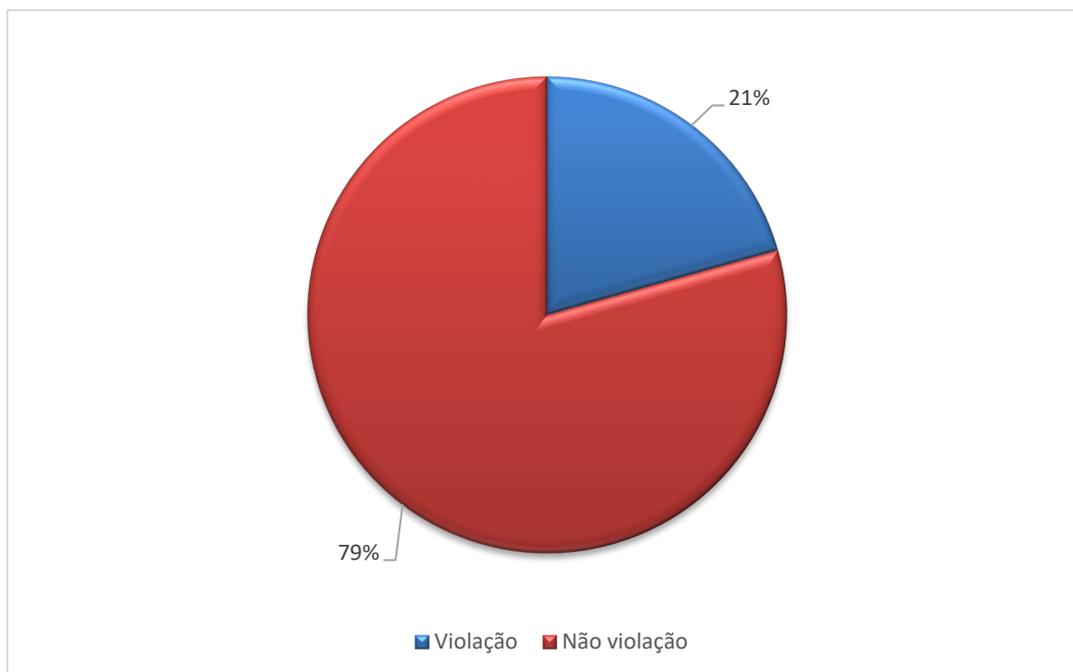


Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quadro 24: Casos em que houve violação ao RE 657.718 pelo TJSP em 2022

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Considera-se, portanto, que o descumprimento do precedente 657,718 ocorreu apenas nesses 20 casos, o que totaliza 20,61% dos 97 (noventa e sete) casos julgados. Nos demais casos (79,38%), considera-se que houve acórdãos que observaram ou ao menos não violaram o precedente do RE 657.718, o que representa um grande avanço quando se compara com o ano de 2021.

Quadro 25: Observância pelo TJSP ao RE 657.718 em 2022

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Em 2021, conforme asseverado anteriormente, o TJSP não violou o precedente do RE 657.718 em 54 dos seus 99 julgamentos estudados. Dessa forma, verifica-se que em 2022 houve um incremento quantitativo na não violação ao precedente.

Todavia, deve-se ressaltar que essa observância não ocorreu com a citação expressa do precedente, já que isso ocorreu em apenas em 24 (vinte e quatro) casos. Em 72 dos casos, portanto, não foi citado de forma expressa o RE 657.718 e o tema 500.

Por outro lado, deve-se ressaltar novamente que as 39 anulações dos processos desde a sentença pela ausência da União no polo passivo decorreram do julgamento de duas Reclamações Constitucionais ajuizadas 49890 e 50414. Nelas, não houve a menção expressa ao RE 657.718, mas apenas às Reclamações acima mencionadas, de forma que não ficou claro que o TJSP tivesse clareza de que estava adequando seus julgados ao decidido no RE 657.718.

De todo mundo, a alteração do entendimento para passar a exigir a presença da União no polo passivo representou uma tendência de adequação dos julgamentos ao precedente 657.718, mesmo sem a menção expressa desse caso nos acórdãos.

2.1.3.1. Julgamentos dos 2119816-73.2022.8.26.0000 e 2128682-70.2022.8.26.0000

Separou-se para análise de forma separada os casos 2119816-73.2022.8.26.0000 e 2128682-70.2022.8.26.0000, os quais destoaram na construção jurisprudencial que vinha ocorrendo no TJSP.

Esses dois julgamentos foram proferidos após a consolidação do entendimento de que deveria haver a anulação dos processos para inclusão da União no polo passivo. Contudo, esses dois julgados não entenderam do mesmo modo.

Deveras, no inteiro teor desses acórdãos, considerou-se a existência das Reclamações 49890 e 50414, segundo o qual seria necessário o ajuizamento da ação contra a União. A despeito disso, entendeu-se que:

Devido aos julgamentos destas reclamações, posicionei-me em um primeiro momento no sentido de adota-los imediatamente, em acolhimento à preliminar arguida em recurso de agravo de instrumento pelo ente público acionado, acerca da necessidade de inclusão da União no polo passivo nas referidas hipóteses, com a conseqüente redistribuição da ação à Justiça Federal, ou extinguir a ação sem análise do mérito, na hipótese de descumprimento da determinação de emenda à inicial para tal finalidade, o que fiz amparada em alguns julgados das E. Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça que, do mesmo modo, entenderam que era caso de aplicar desde logo o entendimento manifestado pelo STF nas referidas reclamações (Apelação Cível nº 1028929-31.2021.8.26.0506 - 1ª Câmara de Direito Público - j. 02/05/22 Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei; Apelação/Remessa Necessária nº 1067477-29.2021.8.26.0053 5ª Câmara de Direito Público - j. 29/04/22 Rel. Des. Maria Laura Tavares; Apelação Cível nº 1007021-25.2021.8.26.0438 8ª Câmara de Direito Público - j. 26/04/22 Rel. Des. Antonio Celso Faria; Agravo de Instrumento nº 3000673-73.2022.8.26.0000 1ª Câmara de Direito Público - j. 29/03/22 - Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez; Agravo de Instrumento nº 3001612-53.2022.8.26.0000 13ª Câmara de Direito Público j. 25/04/22 Rel. Des. Isabel Cogan e Embargos de Declaração nº 1001863-52.2020.8.26.0396 4ª Câmara de Direito Público j. 19/04/22 Rel. Des. Francisco Shintate).

Nada obstante, recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, da 2ª Turma do STF, no julgamento virtual da Reclamação 50483-AgR/MS acerca desta questão, apresentou Pedido de Destaque para que o julgamento seja presencial, de modo a indicar que a questão ainda não está definida.

À vista do exposto, modifiquei meu posicionamento, na consideração de que é prudente aguardar a definição pela Suprema Corte sobre a interpretação do Tema, que não obstante ser vinculante, ainda não transitou em julgado, a fim de evitar insegurança jurídica e prejuízo aos jurisdicionados, ainda mais em se tratando de questão tão sensível e que envolve políticas públicas voltadas ao atendimento de direitos fundamentais à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana. É preciso considerar, também, que até o momento esta C. Câmara Especial vem mantendo o entendimento manifestado no julgamento do Tema 793 de Repercussão Geral, em sede de embargos de declaração, qual seja, de que o litisconsórcio é facultativo, nos termos já expostos. Em julgado recentíssimo, Remessa Necessária Cível nº 1008586-40.2021.8.26.0077, datado de 18/05/22, desta Câmara Especial, cujo relator foi o eminente Des. Wanderley José Frederighi, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça, assim foi fundamentado: A tese fixada em repercussão geral (Tema

793) NÃO ELIMINA A SOLIDARIEDADE: “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”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese Brasília, 23 de maio de 2019. Pelo Tema 793, o Supremo Tribunal Federal resguardou ao ente público o direito ao ressarcimento do que foi despendido, se julgar que a obrigação seria de outro ente federativo. No entanto, por esse mesmo Tema não há fundamento para que essa discussão, que amplia o objeto da relação inicial, venha a se fazer em ação de competência de Vara de Infância e Juventude. Desse entendimento não se distancia o que já se firmou nesta Câmara Especial (“A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de direito público interno.” Enunciado CADIP nº 16 DJ de 06.10.10, p. 5). No mesmo sentido, as Súmulas nº 29 e 37 deste Tribunal. Já decidiu o Col. STJ sobre o tema: AgInt no REsp 1.043.168-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 17-03-2020; AgInt no RE no AgInt no REsp nº 1.043.168-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.11.2020 e CC nº 172.817 SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 09.09.2020, DJe15.09.2020.”. Ainda, algumas E. Câmaras de Direito Público também vem mantendo tal entendimento, qual seja, de que por ora é caso de aplicar a interpretação que foi dada ao Tema vinculante nos referidos embargos de declaração. Em recente julgamento do recurso de Apelação Cível nº 1001277-35.2020.8.26.0648, pela Câmara de Direito Público, datado de 10/05/22, de relatoria do Des. José Eduardo Marcondes Machado, os fundamentos são neste sentido que ora se decide, cujo trecho de interesse passo a reproduzir: “Não se desconhece recente revisitação do tema pela 1ª Turma do STF (RCL 49890 e 50414), mas ainda a exigir outros pronunciamentos da Corte para delinear e assentar de forma definitiva a questão da competência da Justiça Federal para o fornecimento de medicamento não disponibilizado pelo SUS. Prevalece, portanto, ao menos por ora, entendimento de que a demanda pode ser diretamente ajuizada em face de quaisquer das pessoas jurídicas de direito público (Súmula 37 deste Tribunal de Justiça), e que, internamente, vez que compete ao Ministério da Saúde (União) financiar os medicamentos que representam elevado impacto financeiro ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) como ocorre na hipótese vertente, os integrantes do Sistema Único de Saúde adotem os procedimentos necessários, à vista de suas respectivas atribuições, para equalizar os repasses, com as devidas transferências/compensações de receita, com ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (*in casu*, o Estado)”.

Por conseguinte, apesar de conhecer a existência das Reclamações Constitucionais referidas, entendeu-se que o Ministro Gilmar Mendes, da 2ª Turma do STF, no julgamento virtual da Reclamação 50483-AgR/MS acerca desta questão, apresentou Pedido de Destaque, de forma que a questão não teria “transitado em julgado”.

Assim, voltou a admitir a solidariedade e inclusão de todos os entes no polo passivo da ação, consignando que, após, internamente, os integrantes do Sistema Único de Saúde adotassem os procedimentos necessários para “equalizar os repasses, com as devidas transferências/compensações de receita” e o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Ocorre que esses votos geraram preocupação à quanto observância do

Sistema de Precedentes no âmbito do TJSP pois ambos desconsideraram de forma completa o RE 657.718 (tema 500), que tramitou sob a sistemática da repercussão geral e transitou em julgado. Nele restou claramente estipulado que é necessária a presença da União no polo passivo das ações relativas a medicamentos sem registro na ANVISA.

Sendo assim, não obstante ao longo de 2022 tenha havido uma expressiva modificação nos julgamentos que aparentemente deixaram de violar o precedente de RE 657.718 na maior dos casos (79,38% dos casos não violaram), verifica-se nesses dois julgamentos 2119816-73.2022.8.26.0000 e 2128682-70.2022.8.26.0000 foi desconsiderado de forma absoluta o tema 500 e o trânsito em julgado do RE 657.718.

Por outro lado, soma-se a isso as poucas citações do RE 657.718 e ao Tema 500 nos julgamentos (apenas 24 casos em que houve citação), surgindo a dúvida acerca da intenção de observância do precedente referido e mesmo do conhecimento acerca da existência do precedente.

2.1.4. Análise de 2023

Entre 01/01/2023 e 27/06/2023, foram encontrados 9 (nove) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 1 (um) julgado com a busca ““Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718””; e nenhum julgado com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

O julgado encontrado com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”, de número 0017039-94.2013.8.26.0053, já se encontrava contemplado na busca “medicamentos E registro E ANVISA.

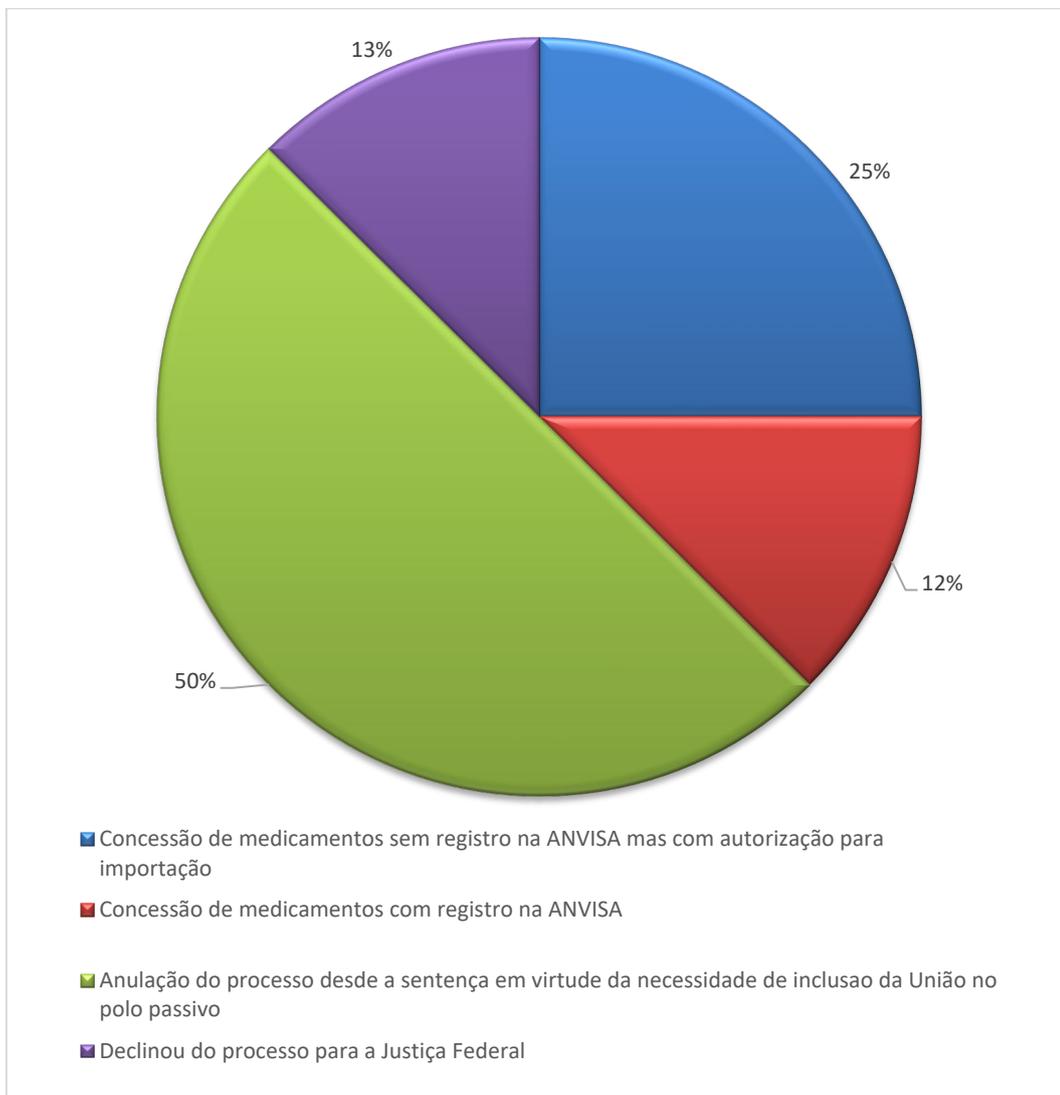
Ademais, um dos julgados, não tratou da temática de concessão judicial de medicamentos, 1037758-43.2017.8.26.0602.

Foram, portanto, analisados 8 julgados com os parâmetros acima para o ano de 2023. Desses julgados, dois concederam o medicamento sem registro na ANVISA, porém com autorização de importação (Canabidiol); um concedeu medicamento com registro na ANVISA, incorporado à RENAME; quatro anularam o processo desde a sentença em virtude da necessidade de inclusão da União no Polo Passivo; e um declinou da competência para a Justiça Federal pelo mesmo motivo.

Portanto, houve a concessão do medicamento em 38% dos casos, sendo sem registro em 25% e com registro em 13%. Por outro lado, houve a anulação ou declínio

em virtude da necessidade de inclusão da União no polo passivo em 62% dos casos.

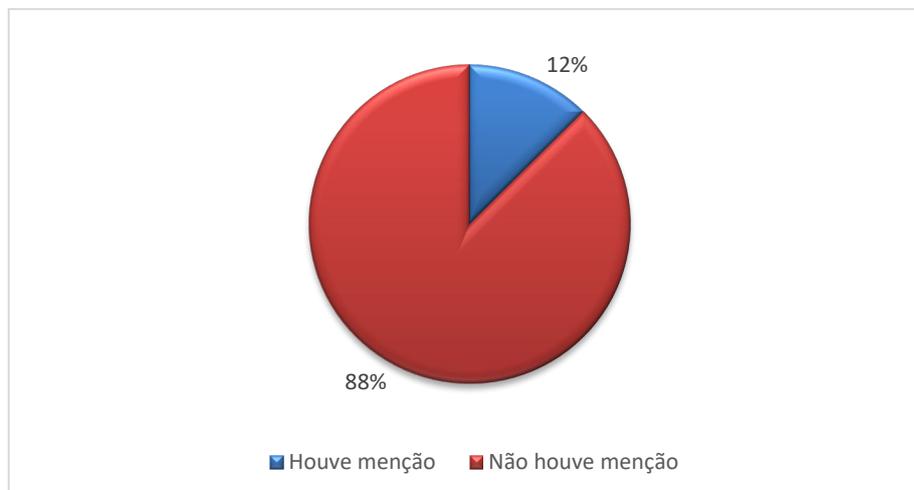
Quadro 26: Casos de medicamentos analisados no TJSP em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

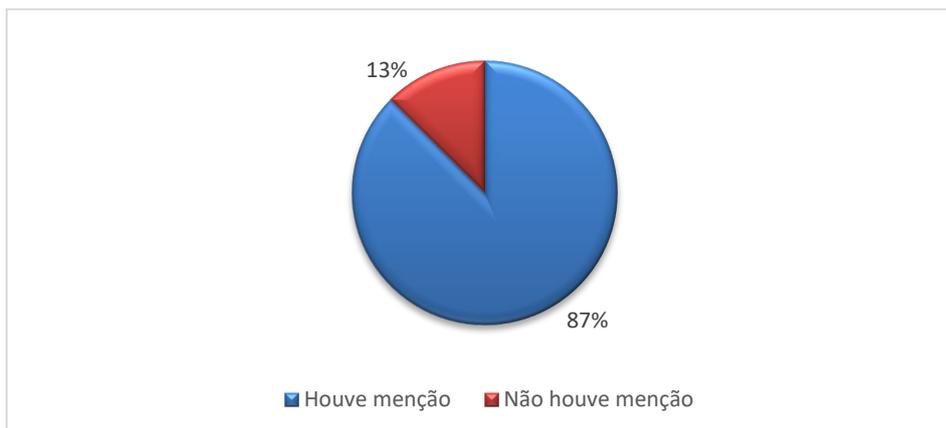
Quanto à citação do RE 658.718 ou do tema 500, apenas um dos julgados, 0017039-94.2013.8.26.0053, citou de forma expressa o precedente, e isso ocorreu porque o caso retornou a julgamento após Recurso Extraordinário interposto. Não foi, portanto, uma citação espontânea. Os demais acórdãos não citaram o RE 657.718. Por outro lado, em sete dos oito julgados houve citação do tema 106 do STJ.

Quadro 27: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TJSP em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Quadro 28: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TJSP em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

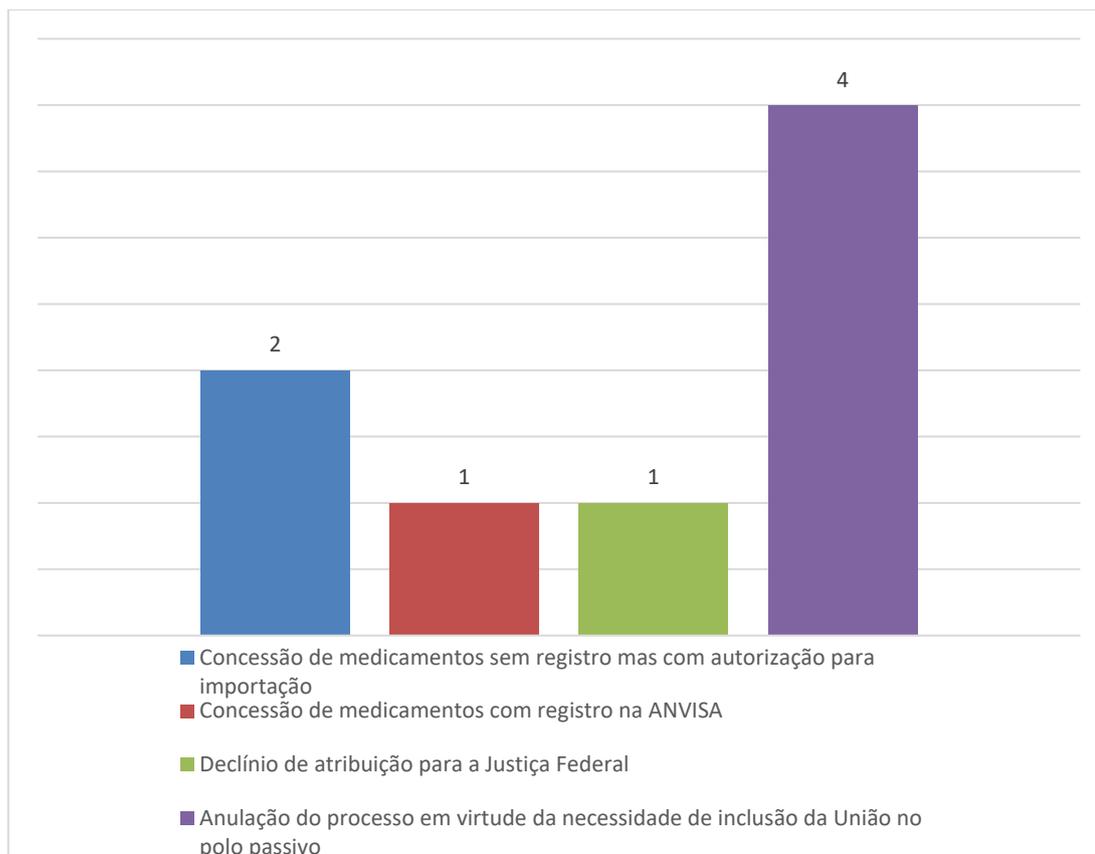
Analisados os julgados em questão, verifica-se que nenhum descumpriu o precedente 657.718 (Tema 500).

Nos casos da concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA, os julgados trataram da substância Canabidiol, que possui autorização de importação pela ANVISA. Deveras, nos casos referidos, não foram desconsiderados os requisitos previstos no RE 657.718, mas sim realizado o *distinguishing*, em entendimento que foi inclusive sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Portanto, considera-se que nesses casos não houve violação ao tema 500, RE 657,718, pois, abordada a importância do registro, considerou-se que a existência de autorização para importação do produto seria suficiente.

Nos casos de concessão judicial de medicamentos com registro, não era aplicável o precedente do RE 657.718.

Por fim, nos demais casos, ocorreu o declínio ou anulação do processo em virtude de necessidade de inclusão da União no polo passivo, entendimento este que está de acordo com o estabelecido no tema 500.

Quadro 29: Casos em que não houve violação ao RE 657.718 pelo TJSP em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

A despeito da compatibilidade dos julgados com o RE 657.718, cumpre destacar que não foi mencionado de forma expressa esse julgado nos acórdãos, o que seria interessante para assegurar que o cumprimento do precedente foi deliberado, e não produto do acaso. De todo modo, não ocorreu a violação ao precedente, o que já configura grande avanço com relação aos anos anteriores.

Por outro lado, o baixo número de julgados encontrados com os parâmetros utilizados é indicativo de que as demandas deixaram de ser ajuizadas na Justiça Estadual e passaram a ser direcionadas à Justiça Federal, o que também está de acordo com o definido no precedente 657.718 do STF.

2.2. Pesquisa acerca da observância do RE 657.718 pelo TRF3

2.2.1. Parâmetros da pesquisa

No site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>), não foi possível acrescentar filtro relativo ao assunto. Por outro lado, o filtro existente relativo à classe recursal apresentou erro em diversas tentativas de uso, dando como resultado “nenhum julgado foi encontrado”.

Por conseguinte, em virtude da dificuldade em utilizar esse filtro, optou-se por realizar a busca sem a inserção de filtros, apenas com as palavras: “medicamentos E registro E ANVISA”, “medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e “medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

No estudo, foram lidas as ementas e o inteiro teor de todos os julgados encontrados. Inicialmente, excluiu-se os casos em que os acórdãos não trataram diretamente da concessão judicial de medicamentos. Tendo em vista a impossibilidade de adicionar filtros, muitos dos acórdãos encontrados não tratavam diretamente da temática de concessão judicial de medicamentos.

Feita essa exclusão, foram analisados:

a) Os casos em que o medicamento foi concedido:

a1) os casos em que o voto mencionou que o medicamento tinha registro na ANVISA.

a2) os casos em que o voto mencionou que o medicamento não tinha registro na ANVISA.

a3) os casos em que o voto não tratou da existência de registro;

a4) os casos em que o voto mencionou que os medicamentos sem registro eram experimentais.

b) Os casos em que o medicamento não foi concedido:

a1) os casos em que o voto mencionou que o medicamento tinha registro na ANVISA.

a2) os casos em que o voto mencionou que o medicamento não tinha registro na ANVISA.

a3) os casos em que o voto não tratou da existência de registro;

a4) os casos em que o voto mencionou que os medicamentos sem registro eram experimentais.

- c) os casos em que o processo foi anulado.
- d) os casos em que se determinou o retorno dos autos à origem para julgamento.
- e) os acórdãos que entenderam solidária a obrigação e desnecessária o ajuizamento contra a União
- f) os acórdãos que entenderam necessária a presença da União.
- g) os processos extintos sem exame do mérito por perda de objeto.
- h) os casos em que o voto mencionou o Recurso Extraordinário 657.718 do STF (tema 500);
- i) os casos em que o voto mencionou o Recurso Especial 1.657.156 (tema 106).

2.2.2. Análise de 2021

Entre 01/01/2021 e 31/12/2021, foram encontrados 335 (trezentos e trinta e cinco) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 5 (cinco) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e 10 (dez) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

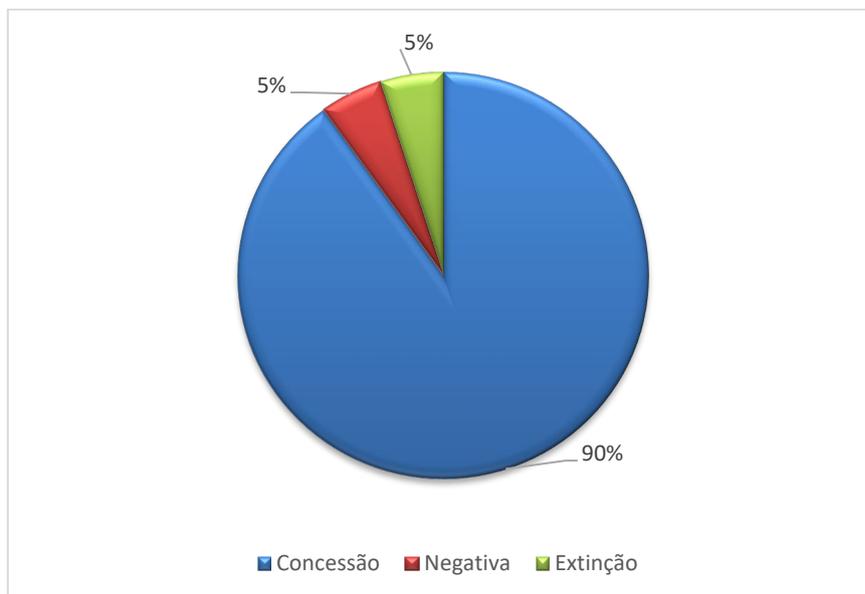
Os 5 (cinco) julgados encontrados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718” já estavam abarcados pela pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA”. Entre os dez julgados encontrados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”, apenas um não se encontrava contemplado na pesquisa anterior, o de número 5000766-61.2020.4.03.6138, tendo sido inserido nas planilhas da pesquisa.

Inicialmente, foram excluídos os acórdãos que não tinham pertinência com a pesquisa, por não se referirem diretamente à concessão judicial de medicamentos. Foram 114 (cento e quatorze) julgados nessa situação. Ademais, feita a análise e inseridos os dados nas planilhas, realizou-se busca por duplicidades, tendo sido deletados os processos que foram inseridos mais de uma vez na planilha, por terem aparecido duas vezes na pesquisa jurisprudencial, quando não houve alteração no resultado do julgamento.

Assim, remanesceram 202 processos que foram analisados. Desses 202 processos, em 182 casos houve a concessão do medicamento, em 10 casos houve a negativa e em 10 casos o acórdão não adentrou no mérito do exame do pedido.

Portanto, verifica-se que em 90,099% dos casos houve a concessão do medicamento, em 4,95% a negativa do medicamento e em 4,95% não houve a análise do mérito no recurso.

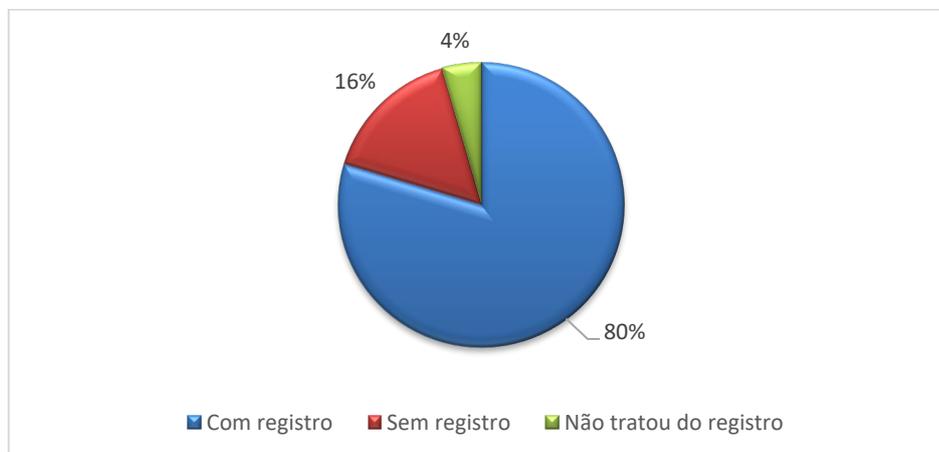
Quadro 30: Casos de medicamentos analisados no TRF3 em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Entre os casos de concessão do medicamento, em 145 (cento e quarenta e cinco) processos foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA, em 29 foram concedidos medicamentos sem registro na ANVISA e em 8 foram concedidos medicamentos sem a análise da existência ou não de registro.

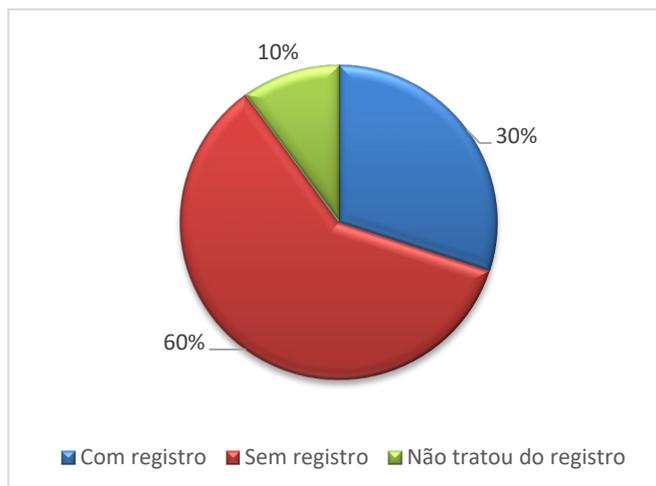
Quadro 31: Casos de concessão de medicamentos pelo TRF3 em 2021.



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

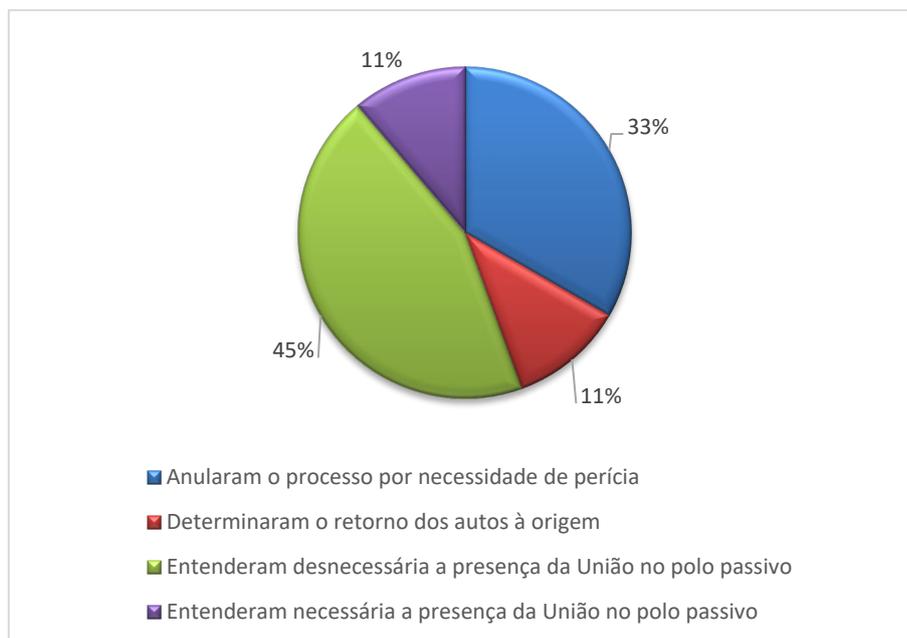
Houve a negativa do medicamento em apenas 10 (dez) casos, sendo que desses casos, em 6 (seis) casos o medicamento não tinha registro, um dos quais era experimental. Em 3 (três) casos foram negados medicamentos com registro na ANVISA e em 1 (um) caso não se tratou da existência de registro no acórdão.

Quadro 32: Casos de negativa de medicamentos pelo TRF3 em 2021



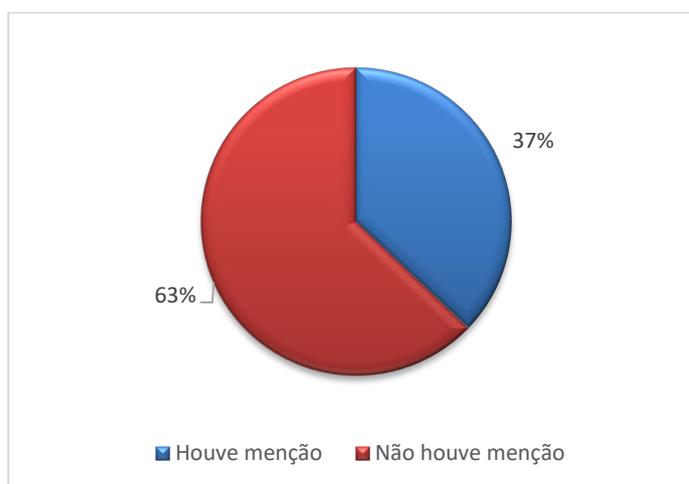
Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Entre os casos nos quais não foi analisado o mérito do pedido no recurso, 3 acórdãos anularam o processo por necessidade de perícia, 1 (um) determinou o retorno à origem para julgamento, 4 (quatro) acórdãos entenderam solidária a obrigação de fornecimento e desnecessário o ajuizamento contra a União, em 1 entendeu-se necessária a presença da União no polo passivo e, em outro, julgou-se extinto o processo por perda de objeto.

Quadro 33: Casos de medicamentos sem análise do mérito no recurso pelo TRF3 em 2021.

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

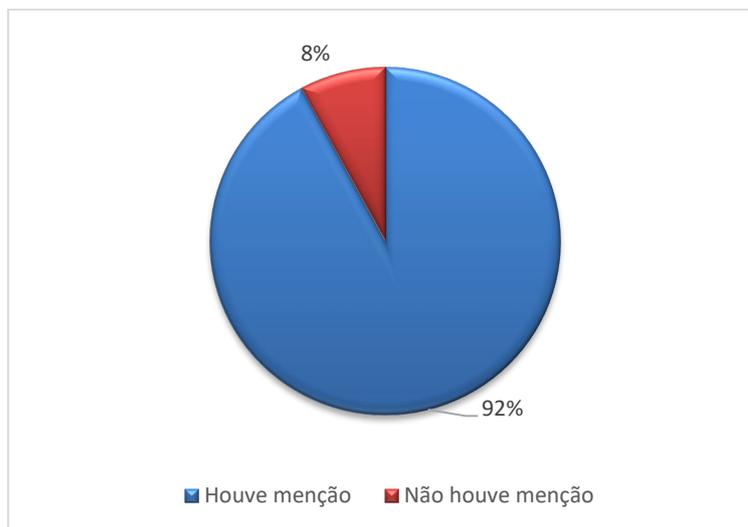
Quanto à menção do Recurso Extraordinário 657.718 na Ementa ou no inteiro teor dos acórdãos, verificou-se a menção em 75 (setenta e cinco) acórdãos e a ausência de menção em 127 (cento e vinte e sete) acórdãos. Dessa forma, em 62,87% dos acórdãos não houve a menção ao precedente do STF, o qual foi citado em apenas em 37,12% dos casos.

Quadro 34: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TRF3 em 2021

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Por fim, o Recurso Especial 1.657.156 foi mencionado em 186 dos 202 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STJ em 92,07% dos casos estudados.

Quadro 35: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TRF3 em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Com fulcro nos dados acima, quando se parte ao exame da conformidade dos acórdãos estudados com o julgado pelo STF no RE 657.718, verifica-se que não houve violação a esse precedente na imensa maioria dos julgamentos do TRF3, embora não tenha sido expressamente citado o RE 657.718.

Nos casos em que houve a concessão do medicamento com registro, não foi violado o precedente do 657.718, o qual se aplicava a medicamentos sem registro, de forma que, feito o *distinguishing*, não era aplicável o RE 657.718. Encontravam-se nessa situação, a maior parte dos acórdãos, uma vez que em 145 foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA (71,28%).

Quanto aos casos em que houve a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA (29 acórdãos), foi realizado o exame do inteiro teor no que toca à compatibilidade com os requisitos do RE 657.718: “(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”; e (iv) “se ação foi ajuizada contra a União”.

Deveras, em 9 (nove) desses julgados, os processos eram relativos a substâncias à base de canabidiol, em que havia a autorização de importação do produto expedida pela ANVISA. Nos casos referidos, não foram desconsiderados os requisitos previstos no RE 657.718, mas sim realizado o *distinguishing*, em entendimento que foi inclusive sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Portanto, considera-se que nesses casos não houve violação ao tema 500, RE 657,718, pois foi abordada a importância do registro, mas considerado que a existência de autorização para importação do produto seria suficiente para atender a esse requisito. Inclusive, em alguns desses julgados houve menção expressa ao decidido no RE 657.718, mas afastada expressamente a sua aplicação, em uma operação de *distinguishing* que revela respeito ao sistema de precedentes.

Foram esses os casos dos processos 5026906-19.2020.4.03.0000, 5005776-36.2021.4.03.0000, 5010002-84.2021.4.03.0000, 5009251-34.2020.4.03.0000, 5003257-25.2020.4.03.0000, 5001458-51.2019.4.03.6120, 5020347-12.2021.4.03.0000, 5002107-53.2019.4.03.6140 e 0000948-58.2016.4.03.6111.

Nos outros vinte acórdãos que concederam medicamentos sem registro na ANVISA, analisou-se o inteiro teor e verificou-se que houve a observância do RE 657.718, com a citação expressa desse precedente e do cumprimento dos seus requisitos. Eram casos de concessão de medicamentos órfãos, para doenças raras, cujos medicamentos contavam com registro em renomadas agências de regulação no exterior. Ademais, não havia substituto terapêutico com registro no Brasil. Esses requisitos foram analisados e cumpridos nos acórdãos, de forma que estes observaram o precedente do RE 657.718.

Quanto aos 8 (oito) casos em que ocorreu a concessão do medicamento sem análise da existência ou não de registro na ANVISA, considera-se violado o precedente do RE 657.718, pois este estipulava a importância dessa análise. Deve-se, contudo, consignar que em todos esses acórdãos, houve a citação do Recurso Especial 1.657.156, que modulou os efeitos de sua decisão para as ações distribuídas a partir de 04.05.18. Assim, esses acórdãos não representaram um desrespeito absoluto ao sistema de precedente, pois levaram em conta recurso repetitivo do STJ que teve modulação de efeitos.

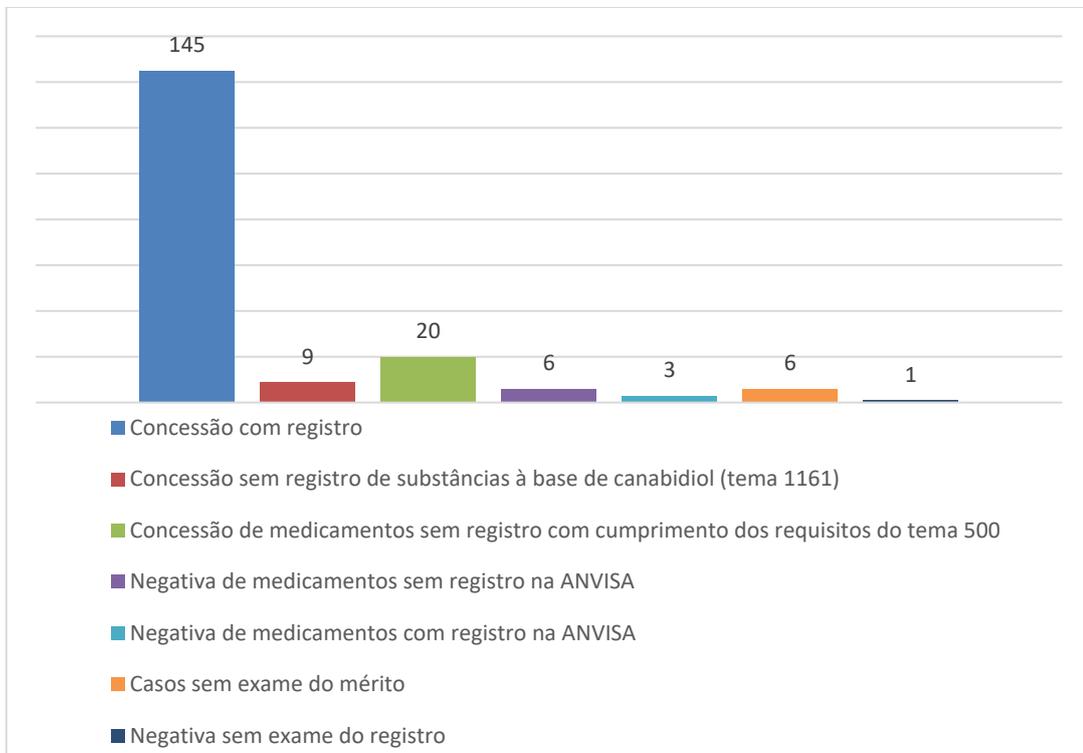
No que toca aos julgados em que ocorreu a negativa de medicamentos sem registro na ANVISA, estes não violaram o RE 657.718, já que neste julgado se entendeu que a negativa deveria ser a regra nos casos de ausência de registro, sendo

a concessão excepcional para os casos de medicamentos órfãos, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo STF no julgado.

Outrossim, quanto aos acórdãos que negaram medicamentos com registro, estes se pautaram em motivos diversos, de forma que também não violaram o RE 657.718.

Por fim, quanto aos 10 (dez) julgados que não adentraram no mérito, analisado o inteiro teor destes, encontrou-se violação ao RE 657.718 apenas nos 4 (quatro) casos em que se entendeu solidária a obrigação por conceder medicamentos sem registro na ANVISA e desnecessário o ajuizamento contra a União. Isso porque o Recurso Extraordinário 657.718 foi muito claro na exigência de ajuizamento da ação contra a União como requisito. Todavia, nesses 4 (quatro) julgados houve a citação de outro precedente do STF, o tema 793, em que foi reconhecida a obrigação solidária dos entes em matéria de saúde. Sendo assim, pode ter havido confusão pela existência de dois precedentes abordando a questão da solidariedade da obrigação em matéria de saúde.

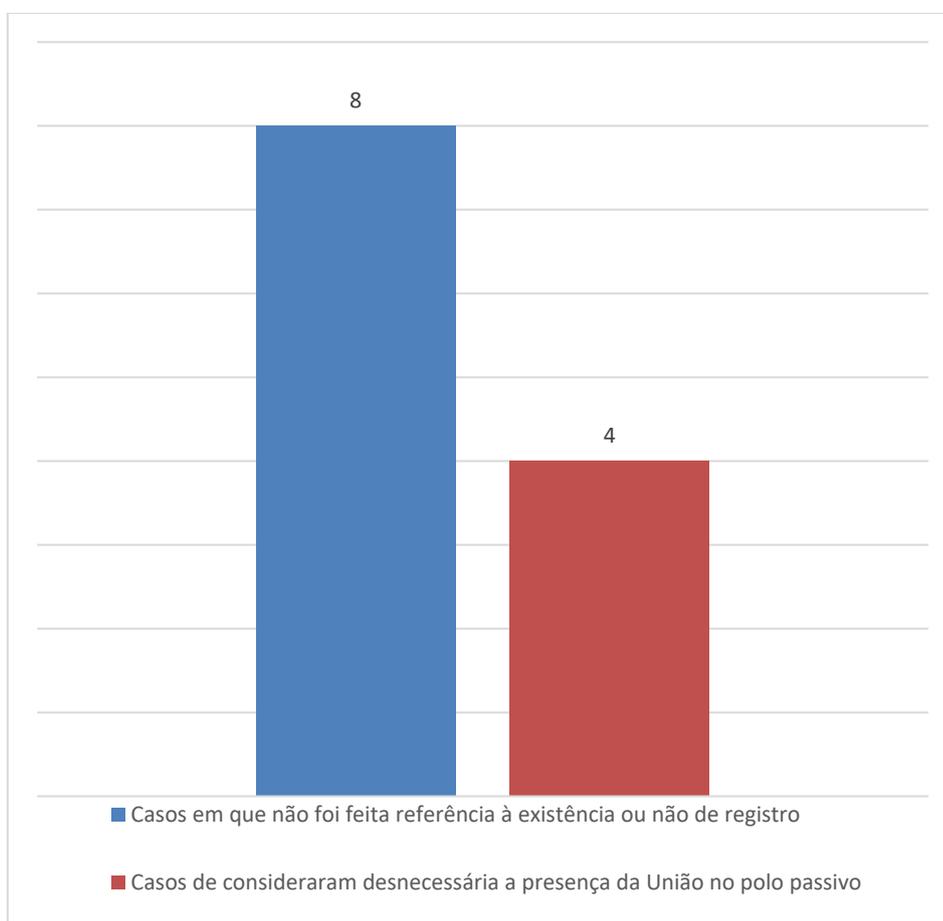
Quadro 36: Casos em que não houve violação pelo TRF3 ao RE 657.718 em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Portanto, conclui-se que houve a violação ao RE 657.718 nos 8 (oito) julgados que não fizeram referência à existência ou não de registro e nos 4 (quatro) julgados que consideraram desnecessário o ajuizamento contra da União da ação. Todavia, observando-se a fundamentação desses 12 (doze) acórdãos, observou-se a citação de outros precedentes que podem ser considerados vinculativos, como o Tema 793 do STF e o Tema 106 do STJ. Dessa forma, a inobservância ao RE 657.718 não necessariamente representou um desrespeito ao sistema de precedentes, mas possivelmente uma confusão em virtude da multiplicidade de precedentes existentes nas Cortes Superiores sobre assuntos afins.

Quadro 37: Casos em que houve violação ao RE 657.718 pelo TRF3 em 2021



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Quadro 38: Observância pelo TRF3 do RE 657.718 em 2021

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Essa hipótese é corroborada ao se analisar a citação do Recurso Extraordinário 657.718. A pesquisa concluiu que em 62,87% dos acórdãos não houve a menção ao precedente do STF, o qual foi citado em apenas em 37,12% dos casos. Em contrapartida, o Recurso Especial 1.657.156 foi mencionado em 186 dos 202 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STJ em 92,07% dos casos estudados.

Cabe, portanto, suscitar nesse ponto o problema que precedentes sobre a mesma temática, no STJ e no STF, geram na interpretação das Cortes sobre qual julgado aplicar. Por um lado, o STF é a Corte de hierarquia máxima no que toca à interpretação de questões constitucionais no Brasil. Por outro, o Superior Tribunal de Justiça proferiu um acórdão na sistemática de recursos repetitivos, o que gera nas Cortes inferiores um senso de dever de respeito a um precedente vinculante.

2.2.3. Análise de 2022

Entre 01/01/2022 e 31/12/2022, foram encontrados 425 (quatrocentos e vinte e cinco) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 15 (quinze) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e 38 (trinta e oito) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

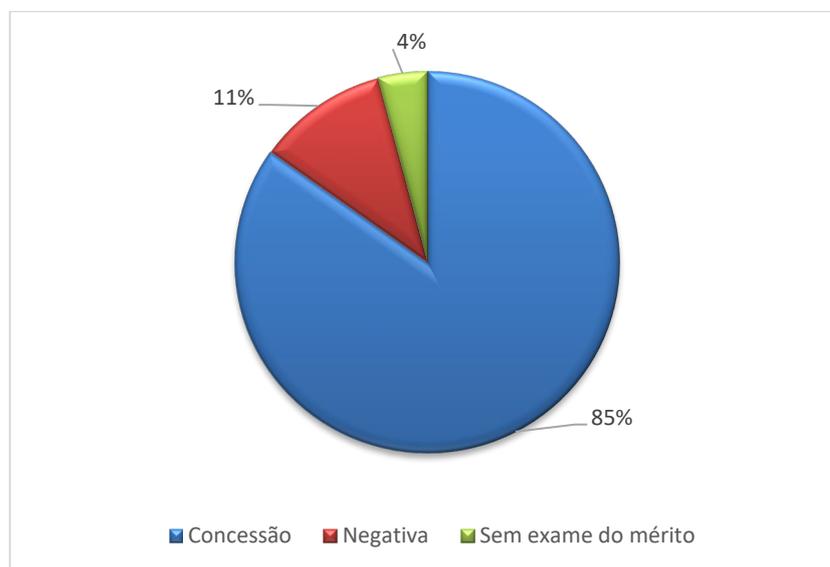
Dentre os quinze julgados encontrados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”, apenas 1 (um) não se encontrava contemplado na pesquisa anterior, o de número 5014257-51.2022.4.03.0000, tendo sido inserido nas planilhas da pesquisa. Já os julgados encontrados com os parâmetros “Medicamentos E

registro E ANVISA E 657718” estavam todos contemplados na pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA”.

Inicialmente, foram excluídos os julgados que não tinham pertinência com a pesquisa, por não se referirem diretamente à concessão judicial de medicamentos. Foram 113 (cento e treze) julgados nessa situação. Ademais, na pesquisa, não foram inseridos nas planilhas os julgados referentes ao mesmo processo no mesmo ano, quando não ocorreu alteração na decisão já inserida. Outrossim, o recurso não foi conhecido em três casos, os quais também não foram incluídos na análise.

Assim, remanesceram 290 (duzentos e noventa) processos cuja conformidade com o RE 657.718 foi analisada. Desses 290 (duzentos e noventa) processos, em 246 (duzentos e quarenta e seis) casos houve a concessão do medicamento, em 32 (trinta e dois) casos houve a negativa e em 12 casos o acórdão não adentrou no exame mérito do exame do pedido. Portanto, verifica-se que em 84,82% dos casos houve a concessão do medicamento, em 11,03% a negativa do medicamento e em 4,13% não houve a análise do mérito no recurso.

Quadro 39: Casos de medicamentos analisados no TRF3 em 2022

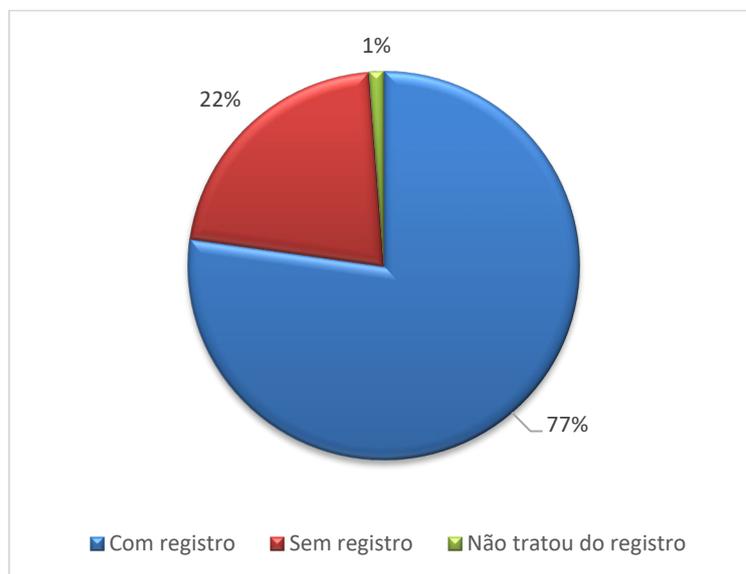


Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Entre os 246 (duzentos e quarenta e seis) casos de concessão do medicamento, em 190 (cento e noventa) foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA, em 53 (cinquenta e três) foram concedidos medicamentos sem

registro na ANVISA e em 3 (três) foram concedidos os medicamentos sem análise da existência ou não de registro.

Quadro 40: Casos de concessão de medicamentos pelo TRF3 em 2022.



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Houve a negativa do medicamento em apenas 32 (trinta e dois) casos, sendo que destes, em 13 (treze) o medicamento não tinha registro, um dos quais era experimental. Em 10 (dez) casos foram negados medicamentos com registro na ANVISA e em 9 (nove) casos não se tratou da existência de registro no acórdão.

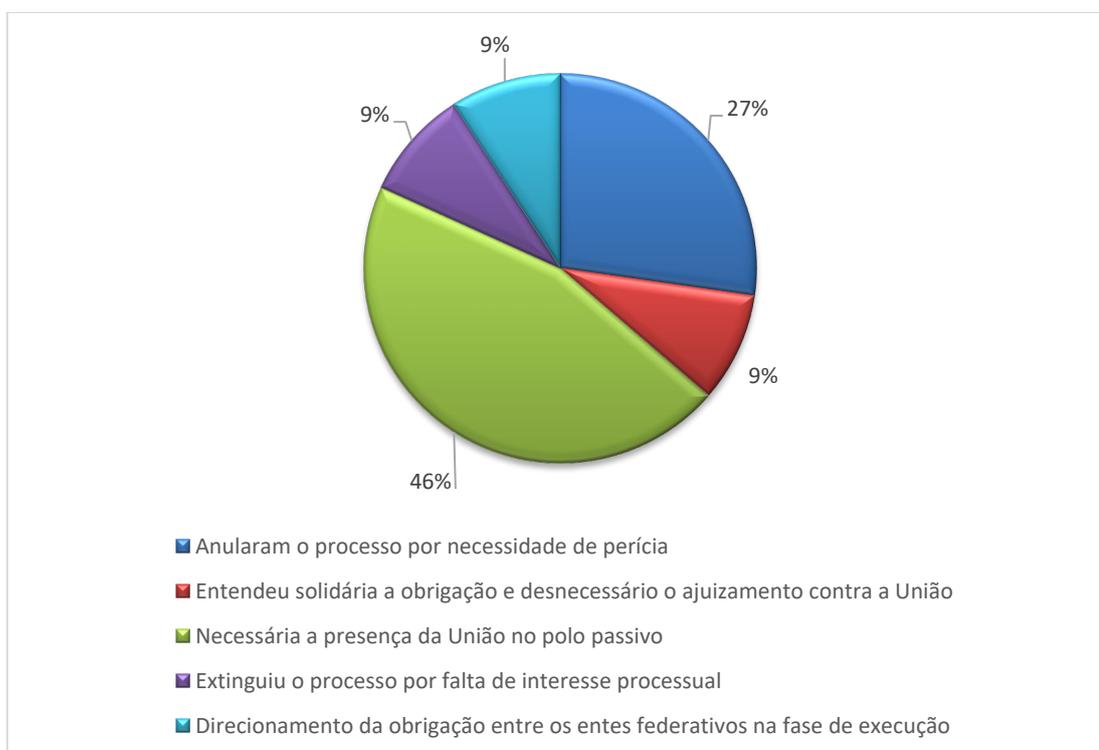
Quadro 41: Casos de negativa de medicamentos pelo TRF3 em 2022.



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Entre os 12 (doze) casos nos quais não foi analisado o mérito do pedido no recurso, 3 acórdãos anularam o processo por necessidade de perícia, 1 (um) entendeu solidária a obrigação de fornecimento e desnecessário o ajuizamento contra a União, em 5 (cinco) entendeu-se necessária a presença da União no polo passivo, em 1 se extinguiu o processo por falta de interesse processual e em outros dois se tratou do direcionamento do cumprimento da obrigação entre os entes da federação em fase de execução.

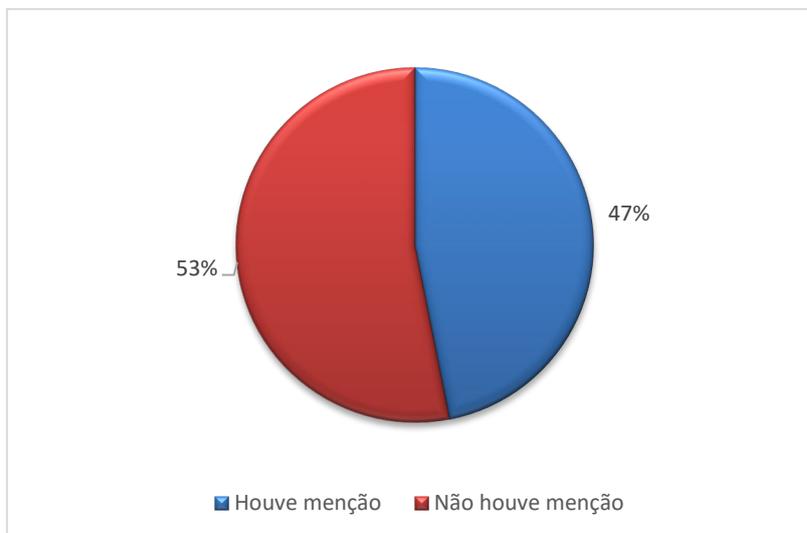
Quadro 42: Casos de medicamentos sem análise do mérito no recurso pelo TRF3 em 2022.



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Quanto à menção do Recurso Extraordinário 657.718 na Ementa ou no inteiro teor do acórdão, verificou-se a menção em 136 (cento e trinta e seis) acórdãos e a ausência de menção em 154 (cento e cinquenta e quatro). Dessa forma, em 53,103% dos acórdãos não houve a menção ao precedente do STF, o qual foi citado em apenas em 46,896% dos casos.

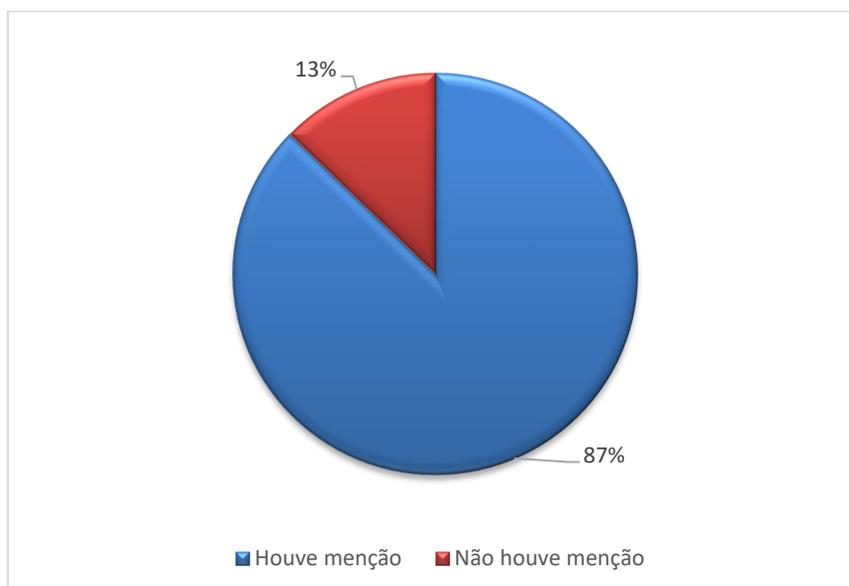
Quadro 43: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TRF3 em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Por fim, o Recurso Especial 1.657.156 foi mencionado em 253 dos 290 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STJ em 87,24% dos casos estudados.

Quadro 44: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TRF3 em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Com fulcro nos dados acima, quando se parte ao exame da conformidade dos acórdãos estudados com o julgado pelo STF no RE 657.718, verifica-se que não

houve violação a esse precedente na maioria dos julgamentos do TRF3 em 2022, embora não tenha sido expressamente citado o RE 657.718 em 53,103% dos casos.

Nos casos em que houve a concessão do medicamento com registro, não foi violado o precedente do 657.718, o qual se aplicava a medicamentos sem registro, de forma que, feito o *distiguishing*, não era aplicável o RE 657.718. Encontravam-se nessa situação, a maior parte dos acórdãos, uma vez que em 190 (cento e noventa) casos foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA (65,51% dos casos estudados).

Quanto aos casos em que houve a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA (53 acórdãos), foi realizado o exame do inteiro teor no que toca à compatibilidade com os requisitos do RE 657.718: “(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”. E se ação foi ajuizada contra a União.

Deveras, em 30 (trinta) desses julgados, os processos eram relativos a substâncias a base de canabidiol, em que havia a autorização de importação do produto expedida pela ANVISA. Em outro, o processo 5002758-07.2021.4.03.0000, havia autorização para importação, embora se tratasse de outra substância.

Nos casos referidos, não foram desconsiderados os requisitos previstos no RE 657.718, mas sim realizado o *distinguishing*, em entendimento que foi inclusive sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Portanto, considera-se que nesses casos não houve violação ao tema 500, RE 657,718, pois foi abordada a importância do registro, mas considerado que a existência de autorização para importação do produto seria suficiente para atender esse requisito.

Ressalta-se, ademais, que, em 16 (dezesesseis) desses julgados, houve a menção expressa ao decidido no RE 657.718, mas afastada a sua aplicação, em uma operação de *distinguishing* que revela respeito ao sistema de precedente, foram eles: 5005329-09.2020.4.03.6103, 0003116-61.2015.4.03.6113, 5003385-70.2019.4.03.6114, 0000228-60.2021.4.03.9201, 0000065-80.2021.4.03.9201, 5027117-21.2021.4.03.0000, 0004214-47.2020.4.03.9301, 0004593-73.2020.4.03.6201, 5009251-34.2020.4.03.0000, 0003261-47.2020.4.03.6306, 5000101-03.2022.4.03.9201, 0000490-98.2021.4.03.9301, 0002067-

88.2015.4.03.6111, 5000876-09.2018.4.03.6113, 5003998-94.2022.4.03.0000 e 5002648-86.2018.4.03.6119.

Na planilha elaborada, colocou-se asterisco ao lado dos 31 (trinta) processos que concederam medicamentos sem registro na ANVISA, mas com autorização de importação, os quais observaram o entendimento posteriormente sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Ademais, colocou-se o símbolo de jogo da velha ao lado dos acórdãos em que houve menção expressa ao Recurso Extraordinário 1.165.959, o que ocorreu em 6 (seis) dos 31 (trinta e um) casos.

Entre os acórdãos que remanesceram, verificou-se quem, em 19 (dezenove) dos casos em que os medicamentos não tinham registro na ANVISA e foram concedidos, houve a observância do Recurso Extraordinário 657.718, com a análise dos cumprimento dos requisitos exigidos neste. Eram casos de concessão de medicamentos órfãos, para doenças raras, cujos medicamentos contavam com registro em renomadas agências de regulação no exterior. Ademais, não havia substituto terapêutico com registro no Brasil. Esses requisitos foram analisados e cumpridos nos acórdãos, de forma que estes observaram o precedente do Recurso Extraordinário 657.718.

Por conseguinte, em apenas 3 (três) casos houve a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA desconsiderando a observância dos requisitos exigidos no Recurso Extraordinário 657.718. Nesses casos, considera-se violado o precedente do Recurso Extraordinário 657.718. Deve-se, contudo, consignar que, nos acórdãos 5026518-19.2020.4.03.0000 e 0014628-95.2006.4.03.6100 houve a citação do Recurso Especial 1.657.156 e da modulação dos efeitos dessa decisão para as ações distribuídas a partir de 04.05.18. Assim, esses acórdãos não representaram um desrespeito absoluto ao sistema de precedente, pois levaram em conta recurso repetitivo do STJ que teve modulação de efeitos.

Por outro lado, nos autos 5000031-83.2022.4.03.9201, a parte mencionou o Recurso Extraordinário 657.718 e o Recurso Especial 1.657.156, porém o acórdão não citou esses precedentes nem considerou o registro do medicamento na ANVISA nos seus fundamentos, o que pode ser considerada uma violação grave ao sistema de precedentes.

Quanto aos 3 (três) casos em que ocorreu a concessão do medicamento sem a análise da existência ou não de registro na ANVISA, considera-se violado o precedente do Recurso Extraordinário 657.718. Nos autos 0001804-

91.2019.4.03.6345, o acórdão citou o Recurso Especial 1.657.156, porém não considerou o registro nos seus fundamentos. Nos autos 5000003-52.2021.4.03.9201, o acórdão citou o RE 657.718 e o Recurso Especial 1.657.156, porém não considerou o registro nos fundamentos do voto. Nos autos 5006500-40.2021.4.03.0000, a parte mencionou o RE 657.718, mas o acórdão desrespeitou o precedente ainda assim.

Verificou-se, nesses quatro últimos casos mencionados, violação grave ao sistema de precedentes, pois mesmo tendo sido citados os precedentes Recurso Extraordinário 657.718 e o Recurso Especial 1.657.156 nos processos, os acórdãos ignoraram os requisitos estabelecidos nesses precedentes para julgar os casos.

No que toca aos julgados em que ocorreu a negativa de medicamentos sem registro na ANVISA, estes não violaram o Recurso Extraordinário 657.718, já que neste julgado se entendeu que a negativa deveria ser a regra nos casos de ausência de registro, sendo a concessão excepcional para os casos de medicamentos órfãos, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo STF no julgado.

Outrossim, quanto aos julgados que negaram medicamentos com registro, estes se pautaram em motivos diversos e não violaram o Recurso Extraordinário 657.718.

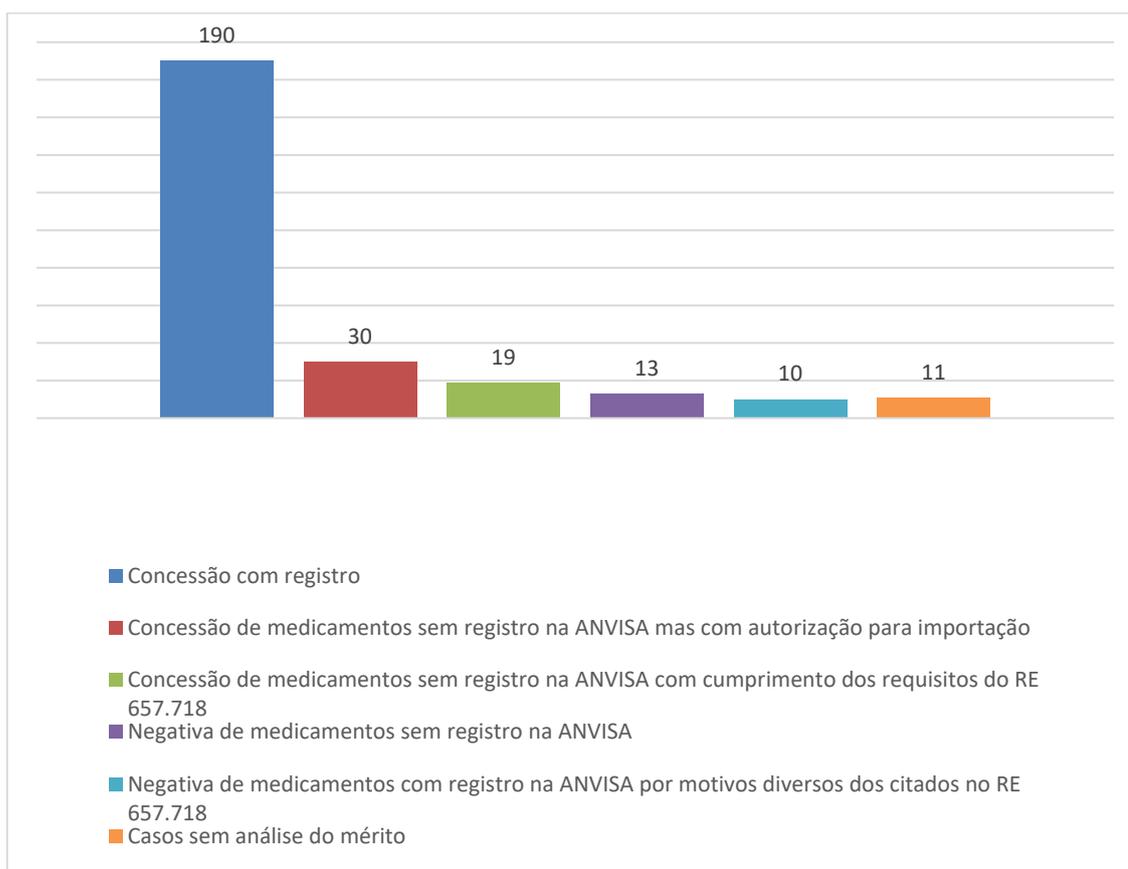
Por fim, quanto aos 12 (doze) julgados que não adentraram no mérito, analisado o inteiro teor destes, encontrou-se violação ao Recurso Extraordinário 657.718 apenas no caso em que se entendeu solidária a obrigação por conceder medicamentos sem registro na ANVISA e desnecessário o ajuizamento contra a União. Isso porque o Recurso Extraordinário 657.718 foi muito claro na exigência de ajuizamento da ação contra a União como requisito. Todavia, nesse julgado houve a citação de outro precedente do STF, o tema 793, em que foi reconhecida a obrigação solidária dos entes em matéria de saúde. Sendo assim, pode ter havido confusão pela existência de dois precedentes abordando a questão da solidariedade da obrigação em matéria de saúde.

Portanto, conclui-se que houve a violação ao RE 657.718 em apenas 7 dos 290 casos estudados. Essa violação ocorreu nos 3 (três) julgados que concederam medicamentos sem registro na ANVISA que não observaram os requisitos estabelecidos no precedente do Supremo para essa concessão excepcional. Também houve violação nos 3 (três) casos que não fizeram referência à existência ou não de registro. Por fim, houve violação no julgado que considerou desnecessário o ajuizamento contra da União da ação.

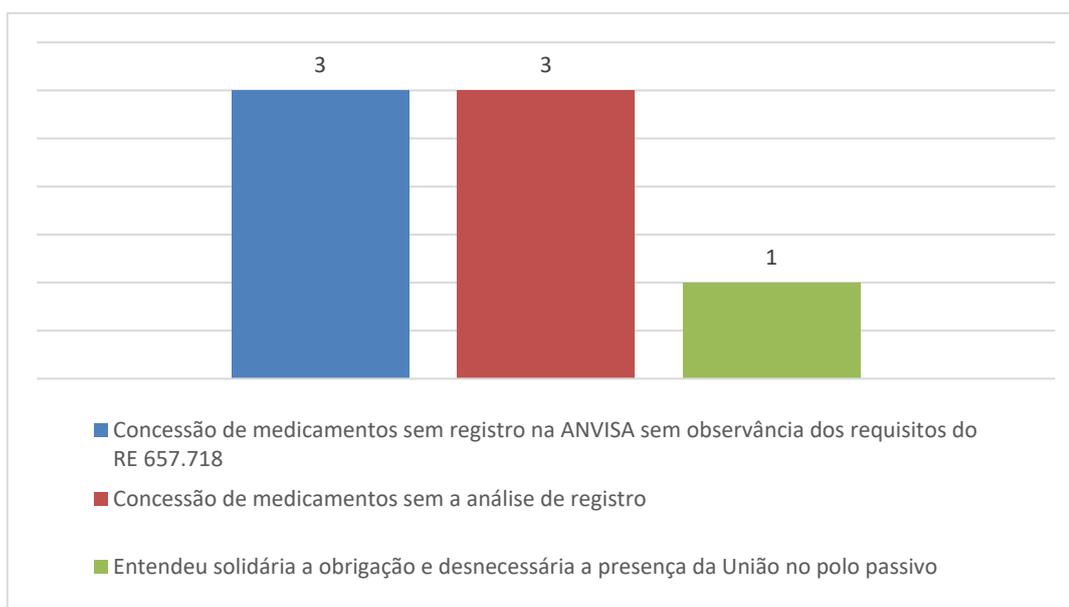
Todavia, observando-se a fundamentação desses 7 (sete) acórdãos, constatou-se a observância, em três dos casos, de outros precedentes que podem ser considerados vinculativos, como o Tema 793 do STF e o Tema 106 do STJ. Dessa forma, a inobservância ao RE 657.718 não necessariamente representou um desrespeito absoluto ao sistema de precedentes, mas possivelmente uma confusão em virtude da multiplicidade de precedentes existentes nas Cortes Superiores sobre assuntos afins.

Por outro lado, nos julgados 0001804-91.2019.4.03.6345, 5000003-52.2021.4.03.9201, 5006500-40.2021.4.03.0000 e 5000031-83.2022.4.03.9201, a violação ao RE 657.718 e igualmente ao Tema 106 do STJ foi severa, pois houve a citação desses julgados, os quais foram, a despeito disso, desconsiderados.

Quadro 45: Casos em que não houve violação ao RE 657.718 pelo TRF3 em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Quadro 46: Casos em que houve violação ao RE 657.718 pelo TRF3 em 2022

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Contudo, a partir da análise geral dos julgados do TRF3 sobre o assunto verifica-se que ocorreu um progressivo respeito ao sistema de precedentes e ao RE 657.718, uma vez que, concluiu-se da análise que houve o respeito ao precedente em 97,58% dos casos (290 julgados).

Quadro 47: Observância pelo TRF3 do RE 657.718 em 2022

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

O respeito ao precedente se revelou também pelas citações expressas ao RE 657.718, que ocorreram em 46,896% dos casos, percentual bastante superior ao de 2021, em que o RE 657.718 foi citado em apenas 37,12% dos casos.

A respeito disso, mantém-se aqui uma preferência clara do TRF3 em mencionar e observar o Recurso Especial 1.657.156, que foi citado em 253 dos 290 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STJ em 87,24% dos casos estudados.

Assim, reafirma-se - tendo em vista a imensa quantidade de julgados do TRF3 que citaram o Recurso Especial 1.657.156, em contraposição às menores citações do Recurso Extraordinário 657.718 - o questionamento acerca da possível distorção gerada no Ordenamento pela ausência de expressa previsão do regime da repercussão geral ao tratar dos precedentes vinculantes no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, conforme já mencionado no tópico anterior.

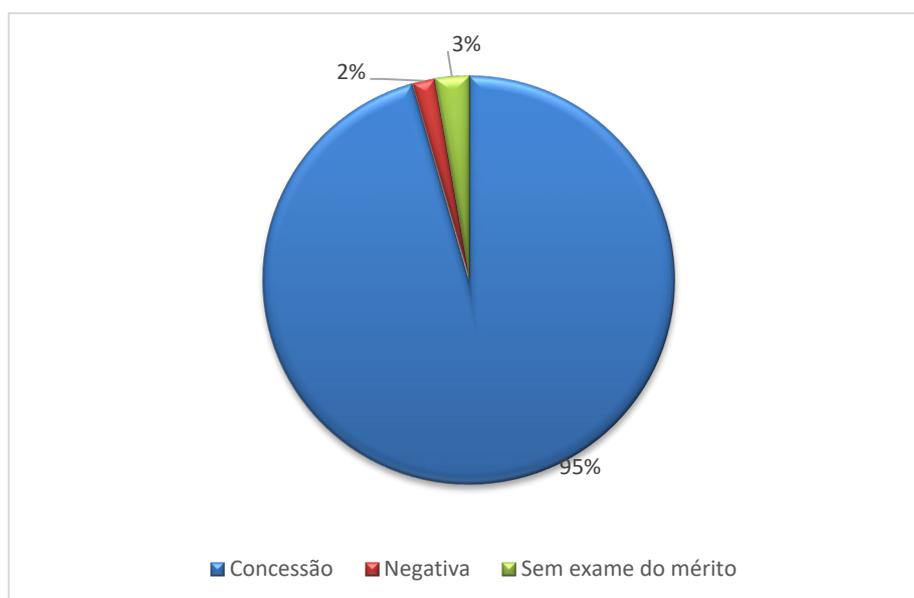
2.2.4. Análise de 2023

Entre 01/01/2023 e 27/06/2023, foram encontrados 158 (cento e cinquenta e oito) julgados com a busca “medicamentos E registro E ANVISA”; 1 (um) julgado com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718”; e 4 (quatro) julgados com a busca “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718”.

Os julgados encontrados com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 657.718” e “Medicamentos E registro E ANVISA E 657718” estavam todos contemplados na pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA”.

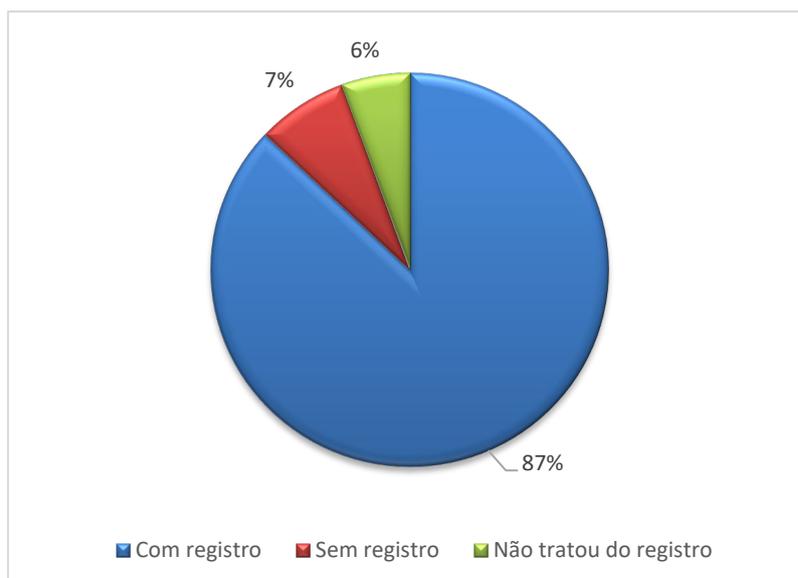
Inicialmente, foram excluídos os julgados que não tinham pertinência com a pesquisa, por não se referirem diretamente à concessão judicial de medicamentos. Foram 40 (quarenta) julgados nessa situação. Ademais, na pesquisa, não foram inseridos nas planilhas os julgados referentes ao mesmo processo no mesmo ano, quando não ocorreu alteração na decisão já estudada. Outrossim, o recurso não foi conhecido em um caso, o qual também não foi incluído na análise.

Assim, remanesceram 113 (cento e treze) processos cuja conformidade com o RE 657.718 foi analisada. Desses 113 (cento e treze) processos, em 108 (cento e oito) casos houve a concessão do medicamento, em 2 (dois) casos houve a negativa e em 3 (três) casos o acórdão não adentrou no exame mérito do exame do pedido. Portanto, verifica-se que em 95,57% dos casos houve a concessão do medicamento, em 1,76% a negativa do medicamento e em 2,65% não houve a análise do mérito no recurso.

Quadro 48: Casos de medicamentos analisados no TRF3 em 2023

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

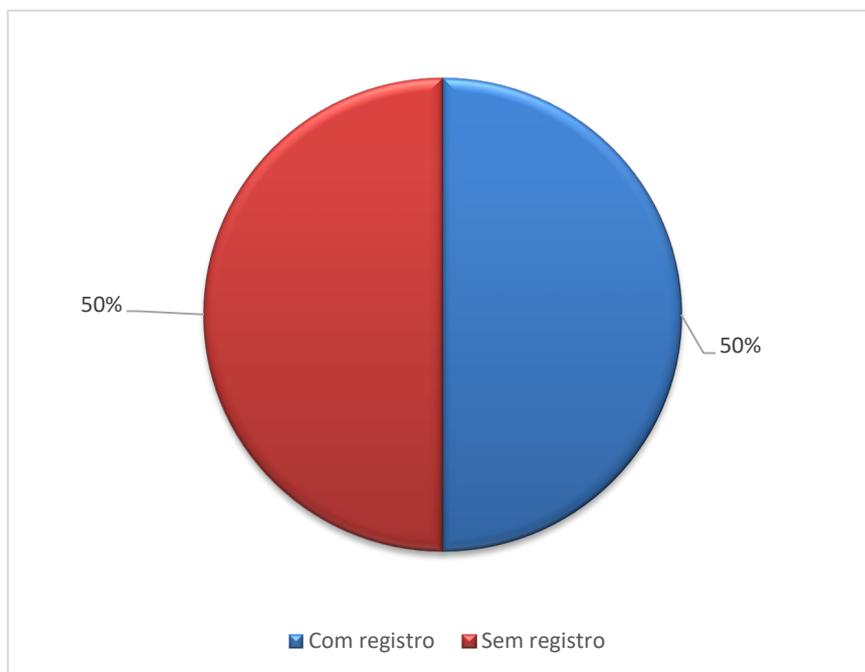
Entre os casos de concessão do medicamento, em 94 (noventa e quatro) foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA, em 8 (oito) foram concedidos medicamentos sem registro na ANVISA e em 6 (seis) foram concedidos medicamentos sem a análise da existência ou não de registro.

Quadro 49: Casos de concessão de medicamentos pelo TRF3 em 2023.

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Houve a negativa do medicamento em apenas 2 (dois) casos, sendo que desses casos, em 1 (um) o medicamento não tinha registro e em outro o medicamento tinha registro na ANVISA, mas não foi comprovada a imprescindibilidade do medicamento.

Quadro 50: Casos de negativa de medicamentos pelo TRF3 em 2023.



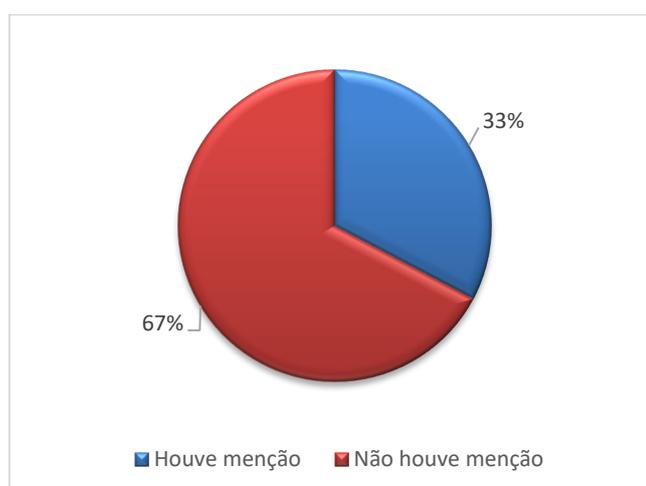
Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Entre os 3 (três) casos nos quais não foi analisado o mérito do pedido no recurso, 1 (um) entendeu solidária a obrigação de fornecimento e desnecessário o ajuizamento contra a União e em outros dois se tratou do direcionamento do cumprimento da obrigação entre os entes da federação em fase de execução.

Quadro 51: Casos de medicamentos sem análise do mérito no recurso pelo TRF3 em 2023.

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

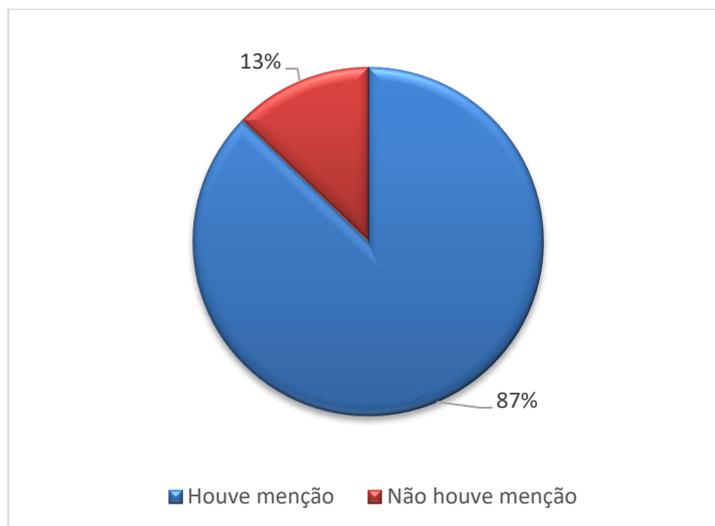
Quanto à menção do Recurso Extraordinário 657.718 na ementa ou no inteiro teor do acórdão, verificou-se a menção em 37 (trinta e sete) acórdãos e a ausência de menção em 76 (setenta e seis) acórdãos. Dessa forma, em 67,25% dos acórdãos não houve a menção ao precedente do STF, o qual foi citado em apenas em 32,74% dos casos.

Quadro 52: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 657.718 pelo TRF3 em 2023

Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Por fim, o Recurso Especial 1.657.156 foi mencionado em 102 (cento e dois) dos 113 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STF em 90,26% dos casos estudados.

Quadro 53: Casos em que houve menção ao Recurso Especial 1.657.156 pelo TRF3 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Com fulcro nos dados acima, quando se parte ao exame da conformidade dos acórdãos estudados com o julgado pelo STF no RE 657.718, verifica-se que não houve violação a esse precedente na imensa maioria dos julgamentos do TRF3 em 2023, embora tenha sido expressamente citado o RE 657.718 em apenas 32,74% dos casos.

Nos casos em que houve a concessão do medicamento com registro, não foi violado o precedente do 657.718, o qual se aplicava a medicamentos sem registro, de forma que, feito o *distiguishing*, não era aplicável o RE 657.718. Encontravam-se nessa situação, a maior parte dos acórdãos, uma vez que em 94 (noventa e quatro) casos foram concedidos medicamentos que tinham registro na ANVISA (83,18% dos casos estudados).

Quanto aos casos em que houve a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA (8 acórdãos), foi realizado o exame do inteiro teor no que toca à compatibilidade com os requisitos do RE 657.718: "(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”. E se ação foi ajuizada contra a União.

Deveras, em 5 (cinco) desses julgados, os processos eram relativos a substâncias a base de canabidiol, em que havia a autorização de importação do produto expedida pela ANVISA. Deveras, nos casos referidos, não foram desconsiderados os requisitos previstos no RE 657.718, mas sim realizado o *distinguishing*, em entendimento que foi inclusive sufragado no Recurso Extraordinário 1.165.959 (Tema 1161). Portanto, considera-se que nesses casos não houve violação ao tema 500, RE 657,718, pois foi abordada a importância do registro, mas considerado que a existência de autorização para importação do produto seria suficiente para atender esse requisito.

Entre os acórdãos que remanesceram, verificou-se que em 2 (dois) dos casos houve a observância do RE 657.718, com a análise do cumprimento dos requisitos exigidos neste para a concessão excepcional. Eram casos de concessão de medicamentos órfãos, para doenças raras, cujos medicamentos contavam com registro em renomadas agências de regulação no exterior. Ademais, não havia substituto terapêutico com registro no Brasil. Esses requisitos foram analisados e cumpridos nos acórdãos, de forma que estes observaram o precedente do RE 657.718.

Por conseguinte, em apenas 1 (um) caso houve a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA com desrespeito aos requisitos exigidos no RE 657.718. Isso ocorreu no acórdão 5002312-04.2021.4.03.0000, que não citou o RE 657.718, mas citou o Recurso Especial 1.657.156, e mesmo assim disse que a ausência de registro não impediria o fornecimento do medicamento. Tratou-se, portanto, de violação grave ao sistema de precedentes, já que sequer foi citado o Recurso Extraordinário 657.718 e, por outro lado, a despeito de citar o Recurso Especial 1.657.156, optou-se pela violação ao precedente vinculativo do STJ.

Quantos aos 6 (seis) casos em que não foi citada a existência ou não de registro do medicamento, foram analisados individualmente os fundamentos.

Em um deles (5034272-41.2022.4.03.0000), ocorreu a citação do Recurso Especial 1.657.156 e da modulação dos efeitos dessa decisão para as ações distribuídas a partir de 04.05.18. Assim, ele não representou um desrespeito absoluto ao sistema de precedentes, pois levou em conta recurso repetitivo do STJ que teve modulação de efeitos.

Nos outros cinco julgados, não foi citado o RE 657.718, porém foram citados os requisitos dos Recurso Especial 1.657.156, em especial a necessidade de registro do medicamento na ANVISA. Apesar disso, na análise do caso concreto não se mencionou de forma clara se o medicamento pleiteado tinha ou não registro na ANVISA. Sendo assim, não restou claro, pela simples leitura dos acórdãos, se os medicamentos tinham registro e isso ficou implícito, ou se, de forma contraditória, houve desrespeito aos requisitos do precedente do STJ citados nos acórdãos.

Para solucionar essa dúvida, realizou-se busca dos medicamentos pleiteados no site da ANVISA <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/>, no intuito de verificar se eles tinham ou não registro na Agência.

Nos processos 5020923-68.2022.4.03.0000, 5021694-46.2022.4.03.0000 5034272-41.2022.4.03.0000, buscava-se a concessão do medicamento VOXZOGO. Em consulta ao site da ANVISA realizada em 28/07/2023, encontrou-se registro para esse medicamento (1733300050018), válido por 24 meses a contar de 29/11/2021.

Por outro lado, no processo 5026849-30.2022.4.03.0000, buscava-se a concessão do medicamento Trastuzumabe Deruxtecana; e, no processo 5025063-48.2022.4.03.0000, o recorrente buscava a concessão do medicamento Ocrelizumabe 300 mg. Em consulta ao site da ANVISA, realizada em 28/07/2023, não se encontrou o registro desses medicamentos.

Portanto, conclui-se que nesses dois processos (5026849-30.2022.4.03.0000 e 5025063-48.2022.4.03.0000), apesar de ter sido citado o Recurso Especial 1.657.156, houve violação aos requisitos neste estabelecidos, já que os medicamentos concedidos não tinham registro na ANVISA. Outrossim, restou violado o RE 657.718, o qual, analogamente, exige como regra o registro na ANVISA, excepcionando apenas os medicamentos órfãos, conforme requisitos estabelecidos que não foram observados nos acórdãos referidos.

Verificou-se, nesses casos, violação grave ao sistema de precedentes, pois mesmo tendo sido citados o Recurso Especial 1.657.156 nos processos, os acórdãos ignoraram os requisitos estabelecidos nesse precedente e no RE 657.718 para julgar os casos.

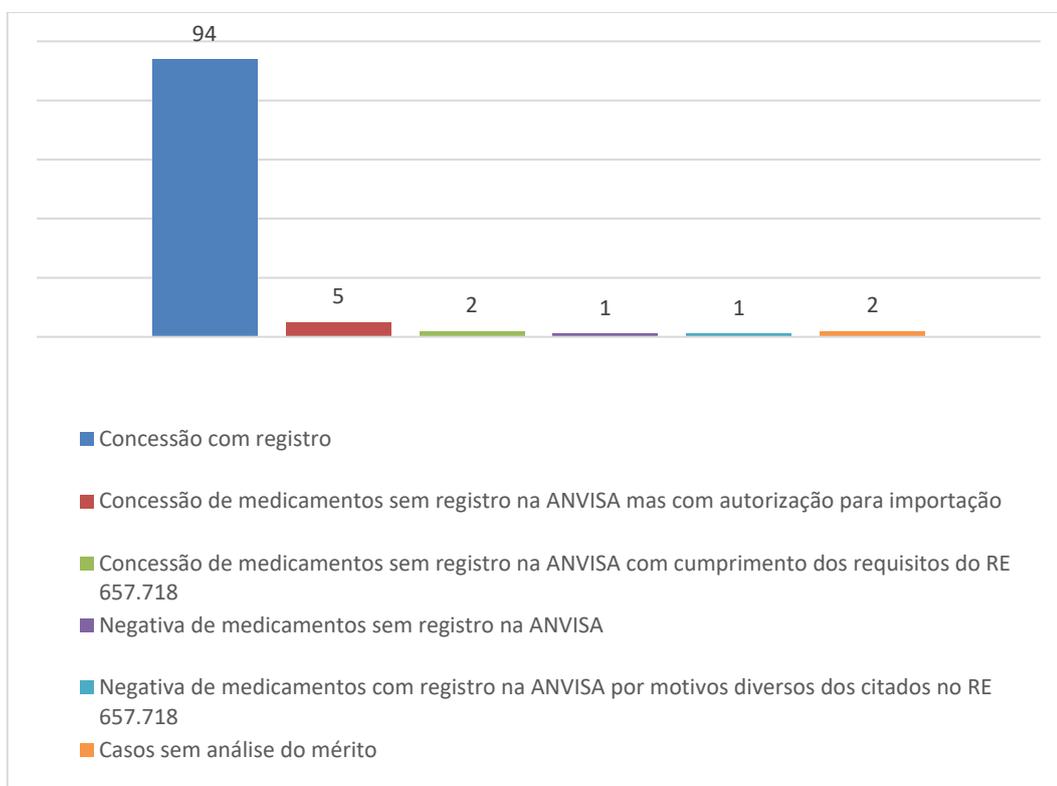
Outrossim, no que toca ao julgado em que ocorreu a negativa de medicamentos sem registro na ANVISA, este não violou o RE 657.718, pois neste precedente se entendeu que a negativa deveria ser a regra nos casos de ausência de registro, sendo

a concessão excepcional para os casos de medicamentos órfãos, obedecidos os requisitos estabelecidos pelo STF.

Quanto ao julgado que negou medicamento com registro, este se pautou em motivos diversos e não violou o RE 657.718, já que não fora comprovada a imprescindibilidade do medicamento.

Por fim, no que toca aos 3 (três) julgados que não adentraram no mérito, analisado o inteiro teor destes, encontrou-se violação ao RE 657.718 apenas no caso em que se entendeu solidária a obrigação por conceder medicamentos sem registro na ANVISA e desnecessário o ajuizamento contra a União. Isso porque o Recurso Extraordinário 657.718 foi muito claro na exigência de ajuizamento da ação contra a União como requisito. Todavia, nesse julgado houve a citação de outro precedente do STF, o tema 793, em que foi reconhecida a obrigação solidária dos entes em matéria de saúde. Sendo assim, pode ter havido confusão pela existência de dois precedentes abordando a questão da solidariedade da obrigação em matéria de saúde.

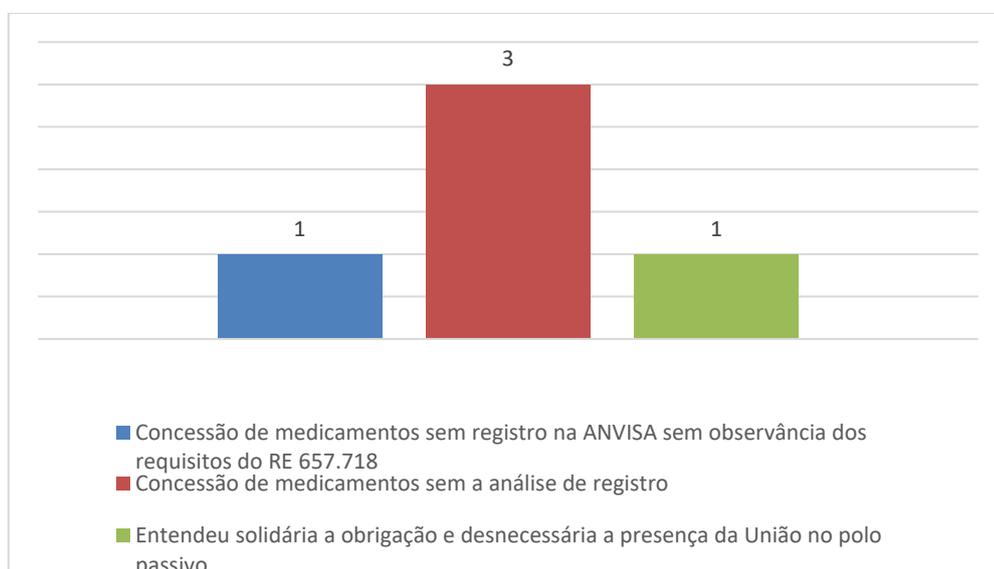
Quadro 54: Casos em que não houve violação ao RE 657.718 pelo TRF3 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Portanto, concluiu-se que, em 2023, houve a violação ao RE 657.718 em apenas 5 (cinco) dos 113 (cento e treze) casos estudados. Essa violação ocorreu no julgado que concedeu medicamento sem registro na ANVISA mas não observou os requisitos estabelecidos no precedente do Supremo para essa concessão excepcional (5002312-04.2021.4.03.0000). Também ocorreu nos 3 (três) casos que não fizeram referência à existência ou não de registro (5034272-41.2022.4.03.0000, 5026849-30.2022.4.03.0000 e 5025063-48.2022.4.03.0000). Por fim, houve violação no julgado que considerou desnecessário o ajuizamento contra da União da ação (5021356-09.2021.4.03.0000).

Quadro 55: Casos em que houve violação ao RE 657.718 pelo TRF3 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

Ressalta-se que, nos julgados 5002312-04.2021.4.03.0000, 5026849-30.2022.4.03.0000 e 5025063-48.2022.4.03.0000, a violação ao RE 657.718 e igualmente ao Tema 106 do STJ foi severa, pois houve a citação da necessidade de registro exigida pelo Resp 1.657.156, o que, a despeito disso, foi desconsiderado no julgamento.

Por outro lado, nos casos 5034272-41.2022.4.03.0000 e 5021356-09.2021.4.03.0000, a violação foi moderada, já que no primeiro caso foi citado o tema 106 e mencionada a modulação dos efeitos que ocorreu nesse precedente e, no segundo, foi mencionado outro precedente do STF (tema 793), que pode ter gerado confusão na interpretação do caso.

A partir da análise geral dos julgados do TRF3 sobre o assunto verifica-se que ocorreu um expressivo respeito ao sistema de precedentes e ao RE 657.718 em 2023, uma vez que este foi respeitado em 95,57% dos casos (108 julgados).

Quadro 56: Observância pelo TRF3 do RE 657.718 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

A respeito disso, manteve-se em 2023 uma preferência clara do TRF3 em mencionar e observar o Recurso Especial 1.657.156, que foi mencionado em 102 dos 113 acórdãos estudados. Portanto, foi citado o precedente do STJ em 90,26% dos casos estudados, enquanto o RE 657.718 foi mencionado em apenas 32,74% dos casos.

2.3. Análise acerca da observância ao precedente fixado no Recurso Extraordinário 1.165.959

2.3.1. Parâmetros da pesquisa

No site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>), foi possível acrescentar filtro relativo ao assunto, tendo sido selecionados os seguintes: “10069 - Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”; “11884 - Fornecimento de Medicamentos; e “12493 - Sem registro na ANVISA”.

No filtro “Classe”, utilizou-se os filtros “agravo de instrumento”; “agravo regimental”; “apelação cível”; e “apelação remessa necessária”. Pesquisou-se apenas os acórdãos existentes (julgamentos colegiados), excluindo-se, portanto, as decisões

monocráticas. Marcou-se a opção “pesquisar sinônimos”.

Como parâmetros para pesquisa, incluiu-se nas buscas de Jurisprudência dos sites oficiais do TJSP e do TRF3: “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”; e “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959 e “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”.

O Recurso Extraordinário 1.165.959 transitou em julgado em 01/04/2022, razão pela qual a pesquisa considerou os acórdãos prolatados após maio de 2022.

2.3.2. Pesquisa acerca da observância do RE 1.165.959 pelo TJSP

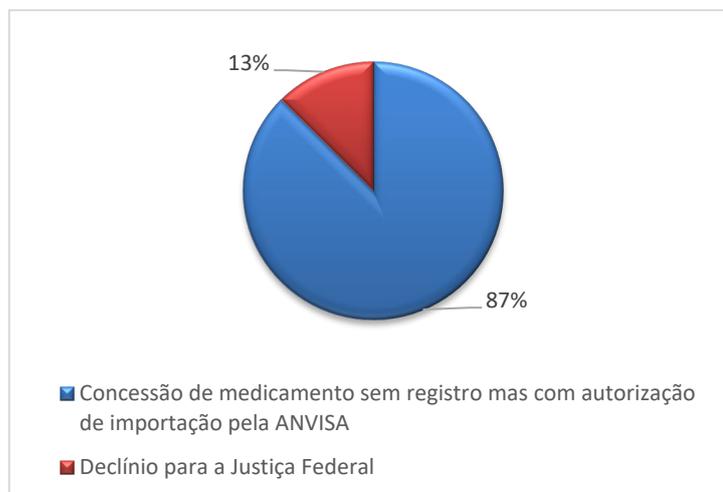
2.3.2.1. Análise 2022

No período de 01/05/2022 a 31/12/2022, encontrou-se 9 julgados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”; 4 acórdãos com o parâmetro “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959”; e nenhum acórdão com o parâmetro e “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”.

Os quatro acórdãos encontrados com o parâmetro “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959” estavam inseridos na pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”.

Portanto, foram analisados 9 (nove) acórdãos no período referido. Porém, 1 (um) se referia a medicamento que não tinha autorização de importação e, portanto, não preenchia os critérios para aplicação do precedente 1.165.959. Assim, foram considerados no exame apenas os 8 (oito) acórdãos que apreciaram medicamentos com autorização importação. Desses, 7 (sete) concederam medicamentos sem registro mas com aprovação de importação e 1 (um) considerou a Justiça Estadual incompetente para apreciar a demanda.

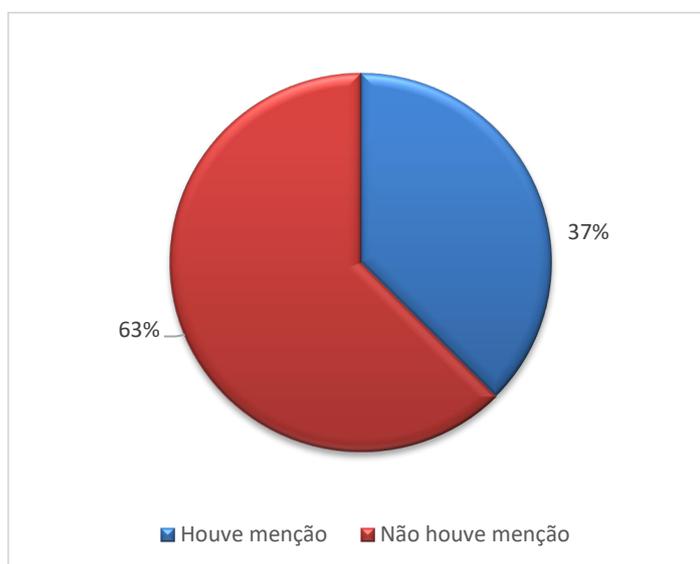
Quadro 57 – Casos do TJSP analisados no que toca à observância ao RE 1.165.959 em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

Deveras, verificou-se que precedente 1.165.959 foi obedecido em todos esses julgamentos, embora tenha sido expressamente citado em apenas 3 dos 8 casos.

Quadro 58: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 1.165.959 pelo TJSP em 2022



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TJSP (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>)

O caso de declínio não descumpriu o precedente 1.165.959 e, ainda, atendeu ao tema 500, que exige a presença da União no polo passivo das ações relativas a medicamentos sem registro na ANVISA. Todavia, cumpre refletir se a

autorização para importação concedida pela ANVISA supre o registro para que se possa dispensar o ajuizamento em face da União.

2.3.2.2. Análise 2023

No período de 01/01/2023 a 30/06/2023, encontrou-se 3 julgados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”; e nenhum acórdão com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959”; e “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”.

Portanto, foram analisados 3 (três) acórdãos no período referido. Porém, 1 (um) se referia a a temática diversa e não preenchia os critérios para aplicação do precedente 1.165.959. Assim, foram considerados no exame apenas os 2 (dois) acórdãos que apreciaram a concessão pelo Estado de medicamentos com autorização importação da ANVISA. Desses, os dois acórdãos concederam medicamentos sem registro mas com aprovação de importação.

Deveras, verificou-se que o precedente 1.165.959 foi obedecido nos dois julgamentos, embora não tenha sido expressamente citado em nenhum deles.

2.3.3. Pesquisa acerca da observância do RE 1.165.959 pelo TRF3

2.3.3.1. Análise 2022

No período de 01/05/2022 a 31/12/2022, encontrou-se 62 (sessenta e dois) julgados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”; nenhum acórdão com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959”; e 4 acórdãos com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”.

Entre os 62 (sessenta e dois) julgados encontrados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”, 37 (trinta e sete) eram acórdãos relativos à seara criminal, de forma que foram excluídos da análise. Além disso, 1 (um) acórdão tratava de medicamento com registro na ANVISA e, portanto, não se referia à temática do RE 1.165.959. Portanto, excluídos esses 38 (trinta e oito) acórdãos, terminaram sendo analisados 24 (vinte e quatro) casos que tratavam da concessão de medicamentos sem registro mas com autorização

de importação da ANVISA.

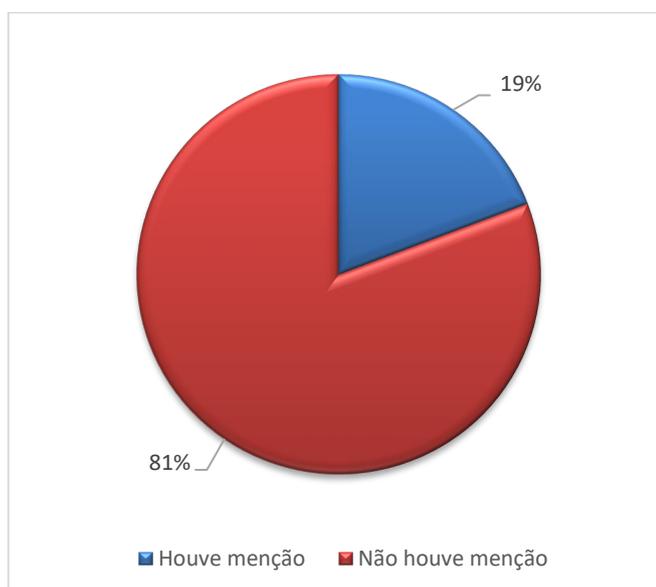
Por outro lado, entre os 4 acórdãos encontrados com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”, apenas dois se referiam à temática estudada e não estavam contemplados na busca “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”. Esses 2 (dois) acórdãos foram inseridos na análise.

Outrossim, foram, ao final, analisados 26 (vinte e seis) julgados sobre a temática, verificando-se a compatibilidade destes com o decidido pelo STF no RE 1.165.959. Após a leitura do inteiro teor destes, concluiu-se que todos eles respeitaram o decidido no precedente RE 1.165.959.

Deveras, os 26 (vinte e seis) acórdãos estudados concederam medicamentos que, embora não detivessem registro na ANVISA, possuíam autorização para importação expedida pela Agência Sanitária. Todos eles consideraram que essa autorização era suficiente para impor ao Estado a obrigação de fornecer o medicamento.

Quanto à citação expressa do RE 1.165.959 (tema 1161), a maioria dos julgamentos não realizou essa menção. A citação expressa do Recurso ocorreu e apenas 5 (cinco) dos processos analisados. Em 21 (vinte e um) dos julgados, não houve referência expressa ao precedente. Portanto, ocorreu a citação do RE 1.165.959 (tema 1161) em apenas 19,23% dos casos, não tendo ocorrido a citação em 80,76% dos julgados analisados.

Quadro 59: Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 1.165.959 pelo TRF3 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

2.3.3.2. Análise 2023

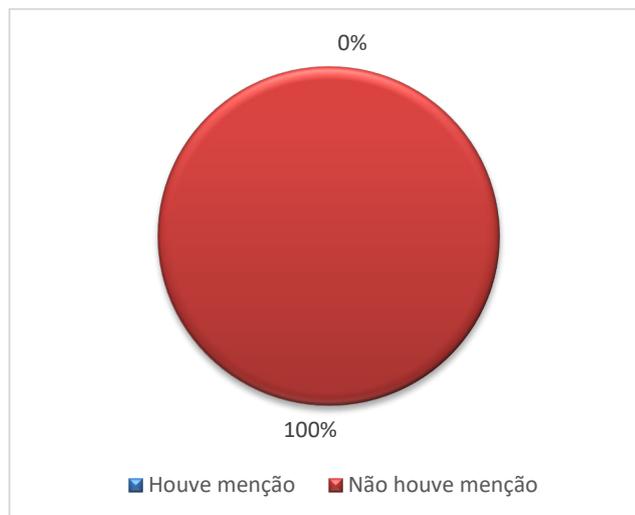
No período de 01/01/2023 a 30/06/2023, encontrou-se 29 (vinte e nove) julgados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”; e nenhum acórdão com os parâmetros “Medicamentos E registro E ANVISA E 1.165.959” e “Medicamentos E registro E ANVISA E 1165959”.

Entre os 29 (vinte e nove) julgados encontrados com os parâmetros para pesquisa “medicamentos E registro E ANVISA E autorização E importação”, 22 (vinte e dois) eram acórdãos relativos à seara criminal, de forma que foram excluídos da análise. Além disso, 1 (um) acórdão tratava de medicamento com registro na ANVISA e, portanto, não se referia à temática do RE 1.165.959. Portanto, excluídos esses 22 (vinte e dois) acórdãos, terminaram sendo analisados 7 (sete) casos que tratavam da concessão de medicamentos sem registro mas com autorização de importação da ANVISA, verificando-se a compatibilidade destes com o decidido pelo STF no RE 1.165.959. Após a leitura do inteiro teor destes, concluiu-se que todos eles respeitaram o decidido no precedente RE 1.165.959.

Deveras, entre os 22 (vinte e dois) acórdãos estudados, 6 (seis) deles concederam medicamentos que, embora não detivessem registro na ANVISA, possuíam autorização para importação expedida pela Agência Sanitária. Todos eles consideraram que essa autorização era suficiente para impor ao Poder Público a obrigação de fornecer o medicamento. Apenas um dos acórdãos negou a concessão de medicamento que possuía autorização para importação, por considerar que não fora comprovada a “efetividade do medicamento para quadro clínico”.

Quanto à citação expressa do RE 1.165.959 (tema 1161), nenhum dos julgados sobre a temática citou expressamente esse julgado. Portanto, embora o precedente tenha sido respeitado, não houve menção expressa a esse na fundamentação dos julgados, o que gera dúvidas sobre a observância proposital ou fortuita do precedente.

Quadro 60 - Casos em que houve menção ao Recurso Extraordinário 1.165.959 pelo TRF3 em 2023



Fonte: autoria própria a partir dos dados constantes do site oficial de busca de Jurisprudência do TRF3 (<https://web.trf3.jus.br/base-textual/>)

3. Os possíveis reflexos da aplicação ou não aplicação dos precedentes vinculantes do STF acerca da concessão de medicamentos nas políticas públicas relativas à saúde

O subfinanciamento do Sistema Único de Saúde e a segmentação da saúde brasileira estão em dissonância com as previsões constitucionais que previram um Sistema de Saúde de matriz universal e igualitário. Essa dissonância, conforme já se viu em detalhes no primeiro capítulo, acarreta a ampla judicialização da saúde, já que, apesar das previsões legais e constitucionais, a população como um todo não consegue ver atendido o direito subjetivo à saúde previsto constitucionalmente.

Por outro lado, ao se analisar o fenômeno da judicialização da saúde de forma mais detida, verifica-se que o resultado dessa judicialização muitas vezes amplia a regressividade do sistema, fornecendo a poucas pessoas recursos bastante elevados do orçamento da saúde, sem uma análise global das políticas públicas de saúde, análise esta para a qual o Poder Judiciário não está preparado.

Na busca por solucionar esse problema, surge a necessidade de requisitos sólidos cumpridos pelas Cortes em seus julgamentos, que impeçam a concessão de todo e qualquer medicamento independentemente de custo. Para que esses

requisitos sejam de fato observados, essencial o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual veio atrelado à necessidade de tornar o processo um local apto à garantia de direitos fundamentais, já que a demora excessiva ou a ausência de isonomia não garantem o cumprimento da Constituição.

Deveras, as Cortes precisam observar os fundamentos legais e principiológicos que geraram a instituição do sistema de precedentes: a busca pela integridade e uniformidade nos julgamentos, a estabilidade no sistema, a universalização, todos os quais são princípios que pressupõem uma mudança na nossa cultura judicial.

Outrossim, os precedentes precisam ser construídos de forma fundamentada e sólida, com julgamentos verdadeiramente colegiados, a participação das partes e da sociedade civil em litígios de dimensão coletiva. Por outro lado, a *ratio decidendi* necessita ser clara a fim de que os precedentes possam ser corretamente aplicados.

Tendo em vista esses princípios, ao se analisar a construção precedentes do STF sobre direito à saúde, nos casos RE 657.718 e 1.165.959, verificou-se no presente estudo que houve amplo debate para a criação dos precedentes fixados, com discussões entre os ministros, citações doutrinárias e votos trazidos em mesa por praticamente todos os ministros.

Ademais, ao longo da evolução jurisprudencial do STF sobre a concessão judicial de medicamentos, pôde-se visualizar a participação da sociedade civil na alteração da postura da Corte, já que, após a audiência pública 04, houve grande mudança nos julgamentos prolatados.

Inicialmente, a Corte partiu de uma análise genérica em que concluía que o Estado brasileiro não poderia se omitir na garantia do direito à saúde das pessoas, de forma que caberia a concessão judicial de medicamentos. Essa análise gerou uma ampliação do fenômeno da judicialização da saúde com repercussões intensas no orçamento da saúde. Em virtude da multiplicidade de recursos, foi agendada, pelo Ministro Gilmar Medes, a audiência pública 04, que ocorreu em abril de 2009.

Nessa audiência pública, os debates com ampla participação dos setores da sociedade civil envolvidos demonstraram que nem sempre a judicialização da saúde envolvia questões práticas de orçamento versus direito à saúde, mas que se tratava, muitas vezes, de decidir entre o direito à saúde do indivíduo no caso concreto e o direito à saúde de inúmeras outras pessoas, já que grandes aportes orçamentários a apenas uma pessoa terminavam impactando o Sistema Único de Saúde. Sendo o

orçamento da saúde finito, o destino de um grande valor a uma única pessoa terminava comprometendo as políticas públicas de saúde destinadas à generalidade dos brasileiros.

Passou-se, então, a considerar a questão das tragic choices nas decisões da Corte Suprema. Assim, no julgamento das Suspensões de Tutela (STA) ns. 175 e 278, das Suspensões de Segurança ns. 3724, 2944, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47 pelo STF, em 17 de março de 2010, o Ministro Gilmar Mendes trouxe esses pontos em sua análise, mencionando a importância da ANVISA e das listas do RENAME para fins de padronização e garantia de segurança e eficácia nas medicações concedidas.

Visualizou-se, portanto, a mudança de postura nas análises realizadas pela Suprema Corte a partir da audiência pública realizada, mudança esta que também repercutiu nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 566.471 (tema 6), 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), nos quais houve grandes debates entre os ministros. Os votos e ponderações dos Ministros Alexandre de Moraes no RE 566.471 e Luis Barroso no RE 657.718 foram profundos. Ademais, os outros Ministros também trouxeram votos e ponderações complexos, objetivando uma análise completa do direito de saúde e dos reflexos da intervenção judicial na temática.

Deveras, visualizou-se no presente estudo o esforço da Suprema Corte brasileira em construir julgados justos, com participação da sociedade civil, analisando todos os pontos envolvidos na judicialização da saúde.

Assim, os precedentes do STF em matéria de saúde, em especial os Recursos Extraordinários 566.471 (tema 6), 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), embora possam ter alguns pontos questionados, foram construídos após amplo debate e análise da Suprema Corte, necessitando ser respeitados não apenas pela cogência do Sistema de Precedentes instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, mas igualmente pela amplitude e qualidade dos debates que levaram à sua criação.

Partindo-se, então, à análise da observância pelo TJSP e pelo TRF3 dos Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), pôde-se concluir, a partir do estudo de caso realizado, que essas Cortes observaram os precedentes referidos na grande maioria dos casos, embora não os tenham citado expressamente. Por conseguinte, a hipótese principal do estudo não restou confirmada, já que se suspeitava que essa observância não estaria ocorrendo.

Todavia, visualizou-se que, embora tenham ocorrido violações pontuais, os precedentes estudados foram respeitados na maioria dos julgados prolatados. Outrossim, mesmo nos casos em que não houve observância a esses precedentes, foram mencionados outros precedentes vinculativos, que podem ter gerado confusão nos intérpretes.

Assim, a conclusão a que se chegou foi de que o TJSP e o TRF3 tiveram como postura o respeito ao sistema de precedentes na maioria dos julgamentos prolatados, o que torna clara a importância dos requisitos estabelecidos pelas Cortes Superiores em seus julgamentos na garantia do direito à saúde e na efetividade das políticas públicas destinadas a garantir esse direito.

Nesse ponto, cumpre ressaltar, conforme já asseverado ao longo do estudo promovido, que a multiplicidade de precedentes sobre a mesma temática pode gerar confusão nos intérpretes, sendo importante que, em respeito ao sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, haja coerência e integridade nos julgamentos das Cortes Superiores, o que significa também que deve haver clareza quanto aos precedentes vinculativos que existem sobre cada temática e quais devem ser observados.

As Cortes Superiores também precisam respeitar seus próprios precedentes, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, de forma que a prolação de mais de um precedente sobre temática semelhante não se trata de prática que se coadune com os princípios do Código de Processo Civil de 2015. Ademais, viola a segurança jurídica, o que termina por ofender a Constituição e também vai contra os objetivos da reforma promovida na legislação processual civil.

Nesse aspecto, constatou-se na pesquisa realizada, que em muitos dos julgados houve a citação do Recurso Especial 1.657.156, julgado pelo STJ na sistemática repetitiva. A imensa quantidade de julgados do TRF3 e do TJSP que citaram o Recurso Especial 1.657.156, em contraposição às poucas citações do Recurso Extraordinário 657.718, gera o válido questionamento acerca de possível distorção gerada no Ordenamento pela ausência de expressa previsão do regime da repercussão geral ao tratar dos precedentes vinculantes no artigo 927 Código de Processo Civil de 2015.

Assim, surgiu com o presente estudo a hipótese de que a maior citação do Recurso Especial 1.657.156 pode ser decorrente da ausência de previsão, no artigo 927, dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral entre os precedentes

vinculantes do CPC, tendo sido mencionados apenas os recursos repetitivos, entre os quais se inclui o Recurso Especial 1.657.156.

Essa ausência de citação dos julgados da Suprema Corte gera uma inconstitência no Sistema de Precedentes brasileiro, “já que a função e a razão de ser” do STF é “a de proferir decisões paradigmáticas, que sirvam de “modelo” aos demais órgãos do Poder Judiciário. Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade”. (ALVIM, 2019)

Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal é a Corte com autoridade maior na interpretação da Constituição, e sendo o direito à saúde de matriz constitucional, os Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959 deveriam ser respeitados pelas Cortes inferiores e citados nas fundamentações dos acórdãos.

Dessa forma, há duas formas de eliminar a ambiguidade gerada no sistema em virtude da ausência de previsão do Recurso Extraordinário com repercussão geral no artigo 927 do Código de Processo Civil.

A primeira delas, mais complexa, é a alteração legislativa do artigo 927, para que passe a contemplar expressamente o Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida entre suas hipóteses.

A segunda, mais simples e ainda com outras vantagens, seria que as teses fixadas nos Recursos Extraordinários com repercussão geral fossem editadas na forma de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

As súmulas vinculantes foram previstas constitucionalmente para a finalidade de vincular tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública, de forma que a edição delas teria a vantagem de acabar com qualquer dúvida acerca da necessidade de observância aos precedentes construídos nos Recursos Extraordinários pelos juízes e Tribunais inferiores e de impedir o descumprimento pela Administração Pública dos entendimentos consolidados pela Suprema Corte.

Deveras, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o Sistema de Precedentes para a finalidade de trazer sistematicidade, eficiência e segurança jurídica para o Ordenamento Jurídico processual, em consonância com as previsões constitucionais e sempre com o objetivo maior de resguardar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Quando se trata especificamente do direito à saúde, resta clara a vantagem que a construção de precedentes com requisitos claros para a concessão de medicamentos pode trazer à gestão dos recursos da saúde e garantia do direito à

saúde da população. Todavia, não basta a construção desses precedentes, conforme já visto ao longo da presente dissertação. Eles precisam ser cumpridos, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pela própria Administração, a fim de que possam surtir reflexos na garantia do direito.

Assim, não pode haver dúvidas sobre a vinculação ou não dos precedentes da Suprema Corte, sendo a edição de súmulas vinculantes o caminho mais célere para que haja esse respeito, garantindo que o intuito do Código de Processo Civil de 2015 de garantir estabilidade e coerência das decisões possa ser atingido no que toca à garantia do direito à saúde dos brasileiros.

Por fim, também se pôde constatar pela pesquisa realizada que na maior parte dos julgamentos houve a concessão dos medicamentos pleiteados. Ademais, entre os medicamentos concedidos, também se verificou que a maioria tinha registro na ANVISA ou autorização de importação. Portanto, quanto à concessão de medicamentos sem registro na ANVISA, verificou-se que essa ocorreu em poucos casos e, quando ocorreu, em geral foram observados os requisitos exigidos pelo STF para tanto, ou seja, era para medicamentos órfãos, relativos a doenças ultra-raras.

Assim sendo, não obstante as ponderações ocorridas nos julgamentos do STF acerca dos impactos no orçamento da saúde gerados pela judicialização excessiva, não se vislumbrou uma redução no número de concessões dos medicamentos em razão da aplicação do RE 657.718 e do RE 1.165.959, já que a maior parte dos julgamentos referiu-se a medicamentos que tinham registro na ANVISA. Ademais, não era objeto desses dois recursos os medicamentos constantes fora das relações do SUS, muitos dos quais de alto custo, que foram apreciados no RE 566.471.

Dessa forma, ressalta-se que é de suma importância que a Suprema Corte conclua o julgamento do RE 566.471, com estabelecimento de requisitos para a concessão excepcional de medicamentos de alto custo, no intuito de que haja critérios claros e mais restritivos para essas análises, de forma que o Poder Judiciário não conceda todo e qualquer medicamento independentemente do valor deste, já que, conforme já asseverado ao longo deste estudo e dos próprios julgados da Suprema Corte, o orçamento da saúde não é infinito e necessita ser distribuído de forma justa.

Cumprido ressaltar que os requisitos estabelecidos pelo STJ no Recurso Especial 1.657.156 - que tratou da concessão de medicamentos constantes fora dos programas governamentais (muitos dos quais de alto custo) - não impediram que, na maioria dos casos estudados, houvesse a concessão de medicamentos.

Considera-se, ademais, a partir do estudo promovido acerca do direito à saúde e judicialização, que o valor elevado do medicamento solicitado não deveria ser desconsiderado na análise dos requisitos para a concessão, já que pode tornar inviável a garantia do direito à saúde de inúmeras outras pessoas e prejudicar o Sistema Único de Saúde.

Dessa forma, seria importante que o Supremo Tribunal Federal fixasse a tese do Recurso Extraordinário 565.471 (tema 6) para a concessão de medicamentos de alto custo, no intuito de estabelecer requisitos e critérios que permitam a garantia do direito à saúde de todos, sem o comprometimento das políticas públicas de saúde como um todo, levando-se em conta, entre outros critérios, o valor do medicamento

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por objetivo a análise dos possíveis reflexos da judicialização da saúde e da aplicação do sistema de precedentes vinculantes na garantia do direito à saúde no Brasil.

Para realizar essa análise, inicialmente foi estudado o direito à saúde e a judicialização da saúde. Após, no segundo capítulo, estudou-se o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. Por fim, o último capítulo destinou-se a analisar a evolução jurisprudencial do STF no que toca ao direito à saúde e, por fim, o exame da observância, pelo TJSP e pelo TRF3, de dois precedentes do STF sobre a concessão judicial de medicamentos, os Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), ambos os quais relativos a medicamentos sem registro na ANVISA. A evolução do estudo culminou na verificação de como a construção e aplicação de precedentes impacta a garantia do direito à saúde no Brasil.

O primeiro capítulo analisou, a partir da ampla pesquisa bibliográfica, o direito à saúde no Brasil e suas principais mazelas. Terminou concluindo pelo subfinanciamento do Sistema Único de Saúde e a segmentação da saúde, em dissonância com as previsões constitucionais que previram um sistema de matriz universal e igualitário. Essa dissonância acarreta como resultado a larga judicialização da saúde, já que, apesar das previsões legais e constitucionais, a população como um todo não consegue ver atendido o direito subjetivo à saúde previsto constitucionalmente.

Por outro lado, ao se analisar o fenômeno da judicialização da saúde de forma mais detida no primeiro capítulo, verificou-se que a judicialização da saúde pode ampliar a regressividade do sistema, fornecendo a poucas pessoas recursos bastante elevados do orçamento da saúde, sem uma análise global das políticas públicas de saúde, análise esta para a qual o Poder Judiciário não está preparado.

Todavia, diante da impossibilidade de barrar o acesso à Jurisdição, tendo em vista a força normativa da Constituição e a necessidade de garantir o direito à saúde à totalidade dos brasileiros, a fixação de requisitos para o julgamento dos casos trazidos ao Poder Judiciário, por meio de precedentes vinculantes, torna-se uma forma de equalizar as distorções possíveis em virtude das demandas judiciais.

Vislumbra-se, portanto, a grande importância do sistema de precedentes

instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, com suas nuances normativas e principiológicas, para evitar as distorções decorrentes da judicialização no Sistema de Saúde brasileiro.

Conforme visto, a instituição do sistema de precedentes no Brasil veio inserida em um contexto cultural próprio, de aproximação entre as tradições do Common Law e do Civil Law, em virtude da pulverização de decisões judiciais em sentidos diversos sobre questões fáticas idênticas, decorrente justamente da força normativa da nossa Constituição, do seu caráter analítico e principiológico e do controle difuso de constitucionalidade que permitiu a todos os magistrados em território nacional a análise da constitucionalidade das regras legais.

O Sistema de Precedentes no Brasil foi inserido em uma tentativa de uniformização jurisprudencial, em uma busca pelo processo justo e previsível, num contexto de constitucionalização do Processo Civil. Deveras, veio atrelada à necessidade de tornar o processo um local apto à garantia de direitos fundamentais, já que a demora excessiva ou a ausência de isonomia jamais poderia garantir o cumprimento da Constituição.

Por conseguinte, não se pode estudar o sistema de precedentes sem levar em conta, principalmente, que a sua instituição está diretamente atrelada à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, já que ele decorreu da constitucionalização do processo e da busca pela garantia dos direitos constitucionalmente previstos.

Esse objetivo importante, contudo, conforme pôde ser visto ao longo do estudo do sistema de precedentes, não ocorrerá apenas com a previsão legal do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015. Deveras, as Cortes precisam observar os fundamentos legais e principiológicos que geraram a instituição do sistema de precedentes: a busca pela integridade e uniformidade nos julgamentos, a estabilidade no sistema, a universalização, todos são princípios que pressupõem uma mudança na nossa cultura judicial.

Os precedentes precisam ser construídos de forma fundamentada e sólida, com julgamentos verdadeiramente colegiados, a participação das partes e da sociedade civil em litígios de dimensão coletiva. Por outro lado, a *ratio decidendi* necessita ser clara a fim de que os precedentes possam ser corretamente aplicados. Outrossim, o *overruling* e o *distinguishing* não podem ser institutos banalizados, é necessária a verdadeira observância e manutenção dos precedentes, evitando-se a

constante alteração de entendimentos pelas Cortes Superiores e a não aplicação irrefletida de precedentes por magistrados de primeira instância.

Quando se trata especificamente do processo de formação e aplicação de precedentes relativos à saúde e à concessão judicial de medicamentos, resta claro que a simples existência de precedentes sobre a questão não será suficiente para trazer a necessária uniformização e sistematicidade na gestão dos recursos orçamentários destinados à saúde.

Assim, no terceiro e último capítulo deste estudo, analisou-se a evolução da Jurisprudência do STF no que toca ao direito à saúde, para verificar de que forma foram construídos os precedentes da Suprema Corte sobre o assunto, que culminaram no julgamento dos Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161).

Objetivou-se visualizar o sistema de precedentes em movimento, em sua aplicação concreta, visualizando o processo de construção dos precedentes do STF sobre o assunto e, posteriormente, o processo de aplicação de dois desses precedentes - dos Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161) - pelas Cortes de grau inferior.

Quanto à evolução jurisprudencial do STF sobre a concessão judicial de medicamentos, pôde-se visualizar que houve uma mudança na postura da Corte após a audiência pública 04. Inicialmente, fora realizada uma análise genérica em que se concluía que o Estado brasileiro não poderia se omitir na garantia do direito à saúde das pessoas. Essa conclusão do STF terminou gerando uma ampliação desenfreada do fenômeno da judicialização da saúde com repercussões intensas no orçamento da saúde. Em virtude da multiplicidade de recursos ajuizados pelo Poder Público, foi agendada, pelo Ministro Gilmar Medes, a audiência pública 04.

Nessa audiência pública, a ampla participação dos setores da sociedade civil envolvidos demonstrou que muitos processos envolviam as chamadas *tragic choices*, a escolha entre o direito à saúde do indivíduo no caso concreto e o direito à saúde de inúmeras outras pessoas, já que os grandes aportes orçamentários a apenas uma pessoa terminavam impactando o direito à saúde de outras pessoas. Sendo o orçamento da saúde finito, o destino de um grande valor a uma única pessoa terminava comprometendo as políticas públicas de saúde destinadas à generalidade dos brasileiros.

Houve, a partir dessa audiência, esforço da Suprema Corte brasileira em

construir julgados justos, com participação da sociedade civil, analisando todos os pontos envolvidos na temática. Assim, os precedentes em matéria de saúde, em especial os Recursos Extraordinários 566.471 (tema 6), 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), foram construídos após amplo debate e análise da Suprema Corte, necessitando ser respeitados pela amplitude e qualidade dos debates que levaram a sua criação, além da cogência do Sistema de Precedentes instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015.

Partindo-se, então, à análise da observância pelo TJSP e pelo TRF3 dos Recursos Extraordinários 657.718 (tema 500) e 1.165.959 (tema 1161), concluiu-se que essas Cortes respeitaram os precedentes referidos na grande maioria dos casos. Outrossim, mesmo nos casos em que não houve observância aos precedentes estudados, foram seguidos outros precedentes vinculativos. Portanto, não se confirmou a hipótese inicial de que não estaria ocorrendo a observância dos precedentes fixados.

Na pesquisa realizada, visualizou-se que imensa quantidade de julgados do TRF3 e do TJSP citaram o Recurso Especial 1.657.156, em contraposição às poucas citações do Recurso Extraordinário 657.718, o que gerou válido questionamento acerca da distorção gerada no Ordenamento pela ausência de expressa previsão do regime da repercussão geral ao tratar dos precedentes vinculantes no artigo 927 Código de Processo Civil de 2015.

A multiplicidade de precedentes sobre a mesma temática pode gerar confusão nos intérpretes, sendo importante que, em respeito ao sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, haja clareza quanto aos precedentes vinculativos que existem sobre cada temática e quais devem ser observados. Por outro lado, as Cortes Superiores precisam respeitar seus próprios precedentes, de forma que a prolação de mais de um precedente sobre temática semelhante não se coaduna com os princípios do Código de Processo Civil de 2015, agride a segurança jurídica e viola a Constituição Federal.

Nesse ponto, cumpre ressaltar a divergência existente acerca da inclusão ou não dos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida entre o rol dos precedentes vinculantes, tendo em vista que a redação do artigo 927 do CPC não previu expressamente a terminologia “repercussão geral”.

O Código de Processo Civil de 2015 teve por objetivo gerar um sistema lógico de julgamentos e não haveria lógica em excluir os julgamentos da Suprema Corte,

que é a Corte vértice onde desembocam todos os julgamentos que atentam contra a Lei maior brasileira.

Não obstante essa interpretação, o Código de Processo Civil de 2015 deixou de prever no artigo 927 os Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, o que gera multiplicidade de interpretações acerca da temática, havendo autores que defendem que esses recursos não se incluem entre aqueles considerados vinculantes pelo Código.

Essa dúvida não contribui para a segurança jurídica almejada pelo Código de Processo Civil de 2015, já que pode acarretar o descumprimento de Recursos proferidos pela Suprema Corte, que é a Corte vértice do Ordenamento Jurídico.

Dessa forma, sugeriu-se duas formas de eliminar a ambiguidade gerada no sistema em virtude da ausência de previsão do Recurso Extraordinário com repercussão geral no artigo 927 do Código de Processo Civil.

A primeira delas seria a alteração legislativa do artigo 927, para que passe a contemplar expressamente o Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida entre suas hipóteses. A segunda, que seria mais simples e ainda teria outras vantagens, seria prever em súmulas vinculantes as teses fixadas pelo STF nos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral reconhecida.

Conforme visto, as súmulas vinculantes foram previstas constitucionalmente para a finalidade de vincular tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública, de forma que a edição delas teria a vantagem de acabar com qualquer dúvida acerca da necessidade de observância aos precedentes construídos nos Recursos Extraordinários pelos juízes e Tribunais inferiores, além de impedir o descumprimento pela Administração Pública dos entendimentos consolidados pela Suprema Corte.

Deveras, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu o Sistema de Precedentes com a finalidade de trazer sistematicidade, eficiência e segurança jurídica para o Ordenamento Jurídico processual, em consonância com as previsões constitucionais e sempre com o objetivo maior de resguardar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Quando se trata especificamente do direito à saúde, resta clara a vantagem que a construção de precedentes com requisitos claros para a concessão de medicamentos pode trazer à gestão dos recursos da saúde e garantia do direito à saúde da população. Todavia, não basta a construção desses precedentes, conforme já visto ao longo da presente dissertação. Eles precisam ser cumpridos, tanto pelo

Poder Judiciário, quanto pela própria Administração, a fim de que possam surtir reflexos na garantia do direito.

Assim, não pode haver dúvidas sobre a vinculação ou não dos precedentes da Suprema Corte, sendo a edição de súmulas vinculantes o caminho mais célere para garantir que haja esse respeito, garantindo que o intuito do Código de Processo Civil de 2015 de garantir estabilidade e coerência das decisões possa ser atingido no que toca à garantia do direito à saúde dos brasileiros.

Concluiu-se também que, não obstante as ponderações ocorridas nos julgamentos do STF acerca dos impactos no orçamento da saúde da judicialização excessiva, não houve, pela aplicação do RE 657.718 e 1.165.959, uma redução no número de concessões dos medicamentos pleiteados, já que a maior parte dos julgamentos referiu-se a medicamentos que tinham registro na ANVISA. Ademais, não eram objeto desses dois precedentes os medicamentos constantes fora das relações do SUS, muitos dos quais são de alto custo, os quais foram apreciados no RE 566.471 pelo STF.

Dessa forma, é de suma importância que a Suprema Corte conclua o julgamento do RE 566.471, com estabelecimento de requisitos para a concessão excepcional de medicamentos de alto custo, no intuito de que haja critérios claros e mais restritivos para essas análises, de forma que o Poder Judiciário não conceda todo e qualquer medicamento independentemente do valor deste, já que o orçamento da saúde não é infinito e necessita ser distribuído de forma justa.

Por conseguinte, conclui-se que o TJSP e o TRF3 demonstraram, no que toca aos Recursos Extraordinários 657.718 e 1.165.959, respeito ao sistema de precedentes, de forma que a organização e clareza dos precedentes vinculativos existentes sobre a temática de saúde pode vir a contribuir de forma decisiva para a garantia do direito à saúde no Brasil.

Nesse ponto, a edição de súmulas vinculantes sobre os temas julgados pelo STF em Recursos Extraordinários com repercussão geral seria uma técnica eficiente para garantir essa clareza e organização dos precedentes existentes, contribuindo também para tirar dúvidas acerca do caráter vinculante dos precedentes emanados da Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade.

É importante a previsão de requisitos sólidos, pelo STF, que restrinjam a concessão de medicamentos cujo valor comprometa o orçamento existente, impedindo a regressividade na alocação dos recursos do Sistema Único de Saúde, o

qual possui matriz universal e necessita ser organizado de forma a garantir o direito à saúde de todos os brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A – LIVROS E ARTIGOS

- ABIRO, G.; DE-ALLEGRI, M. Universal health coverage from multiple perspectives: a synthesis of conceptual literature and global debates. *BMC International Health and Human Rights*, v. 15, n. 17, 2015.
- AGUIAR, Z. N. (Org). *SUS – Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. 2. Ed, São Paulo: Martinari, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* [1983]. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio et al. *Gestão de Serviços de Saúde*. São Paulo: Edusp. 2001.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro* [livro eletrônico] / Teresa ArrudaAlvim, Bruno Dantas. -- 4. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e Escolha. Renovar*: Rio de Janeiro, 2001. Apud
- ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAHIA, L.. *As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde*. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. v.13, n.5, pp.1385-1397, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *As origens históricas do Civil Law e do Common Law*. *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 3, pp. 1456 - 1486, 2018 _____. *Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira*. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 56, pp. 177 - 207, 2014
- BERTOLI FILHO, C. *História da Saúde Pública no Brasil*. 5ª Ed., São Paulo: Ática, 2011.
- BIN, Marino. *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*. Padova: CEDAM, 1995, p. 223/224
- BLUMBERG, Linda J. et al. *Who Are the Remaining Uninsured, and What Do Their Characteristics Tell Us about How to Reach Them?* Washington, DC: Urban

Institute, 2016.

BORGES, D.N.; UGÁ, M.A.D. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1a. instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 59- 69, jan, 2010.

BUSATO, Ivana Maria Saes; CUBAS, Raquel Ferraro. *Política de Saúde no Brasil*. Editora Intersaberes: 2020.

BRASIL, STF. *Repercussão Geral: Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática (2013-2021)*. Supremo Tribunal Federal: Brasília, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110274035.819/html>. Acesso em: 22 de maio de 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè. 1968.

CASAUX-LABRUNÉE, L. “Le ‘droit à la santé’”. In CABRILLAC, R.; FRISON-ROCHE, M-A; REVET, T. *Libertés et droits fondamentaux*. 6 ed. rev. e aum. Paris: Dalloz, 2000, p. 631 e ss. Apud. FIGUEIREDO, M. F, *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas*. In: Ré, A. I. M. R. (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 1.

CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. P. F. E.. *Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática*. *Physis*, vol. 26, n. 4, pp. 1335- 1356, dez. 2016.

CECILIO, L. C. O. Modelos tecno-assistenciais em saúde: da pirâmide ao círculo, uma possibilidade a ser explorada. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 3, n. 13, p. 469-478, 1997.

CHIEFFI, A.L.; BARATA, R. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago. 2009, p. 1839-1849, p. 1840.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONASS – CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Assistência de média e alta complexidade. Brasília, 2011. v. 4.

CORRÊA, Daniel Marinho; DO AMARAL, Ana Cláudia Zuin Mattos; MARQUESI, Roberto Wagner. A judicialização das questões relativas à recusa do estado em fornecer medicamentos de alto custo. *Scientia Iuris*, v. 25, n. 1, p. 49-67.

COSTA, N. R.; VAITSMAN, J.. Universalization and Privatization: How Policy Analysis can Help Understand the Development of Brazil's Health System. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, v. 16, n. 5, pp. 441-456, out/ 2014.

COSTA, R. C. R. da. Descentralização, Financiamento e Regulação: a Reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 18, pp. 49-71, 2002.

COTTURRI, G. "Culture e soggetti della sussidiarietà". In: LABSUS Papers (2007), Paper n. 2, p. 1-2 e p. 11. Disponível em: http://www.labsus.org/media/Cotturri_2.pdf, acesso em 14-04- 2010. Apud FIGUEIREDO, M. F, O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: Ré, A. I. M. R. (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 1.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 374.

DALLARI, S. G.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DE MORAIS, J. L. B.; DO NASCIMENTO, V. R. O direito à saúde e os "limites" do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, n. 2, p. 251-266, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 36, p. 114ss, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do Precedente e Amicus Curiae no Direito Imperial Brasileiro: o interessante decreto nº 6.142/1876. In: *Revista de Processo*, vol. 220, p. 410-441. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes do novo código de processo civil. JusBrasil, 4 dez. 2014. Disponível em: <http://elpidiado.nizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dosprecedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 30 mar. 2020.

DO VALLE, Gustavo Henrique Moreira; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Sanitário, v. 11, n. 3, p. 13-31, 2011.

DWORKIN, Ronaldo. O Império do Direito. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. A Justiça e o alto custo da saúde. In: _____ a virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-449.

EISENBERG, Melvin Aron. The Nature of the Common Law, p. 54/56.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: Ferrajoli, Luigi et al. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001. p. 53.

FERRAZ, O. L. M. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. Health and human rights, p. 33-45, 2009.

FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: Ré, A. I. M. R. (Org.). Temas aprofundados da Defensoria Pública. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 1, p. 115.

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz. Linha do tempo. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/linha-do-tempo>>. Acesso em: 30/09/2021.

FLEURY, Sônia. Judicialização pode salvar o SUS. In: Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr/jun. 2012.

FREITAS DE ALMEIDA, Luiz Antônio. A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Direito, Estado e Sociedade, n. 55, 2019.

FREY, Andrea L. Introduction: positioning universal health coverage in the post-2015 development agenda. Washington international law journal, v. 54, n. 3, 2015.

FUNCIA, F. R.; MENDES, A.. O SUS e seu financiamento. In: MARQUES, R. M.; PIOLA, S. F.; ROA, A. C. (Orgs.). Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde; OPAS/OMS

no Brasil, pp. 139-168, 2016.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2ª edição. Tradução de AM Hespanha e LM Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GROTE, Rainer. Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat - The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: [www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html]. Acesso em: 15 abr. 2009, p. 3

HÄBERLE, Peter. Dimensões dos Direitos Fundamentais à Luz de uma Comparação de Níveis Textuais de Constituições. Seção Especial – Textos Clássicos, Revista Síntese de Direito público / Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), DPU Nº 55 – Jan-Fev, Porto Alegre: 2014.

HENRIQUETA, Fernanda. Da judicialização da vida aos precedentes judiciais obrigatórios: uma análise do impacto na efetividade dos direitos da personalidade no Brasil. Rio de Janeiro, Editora Processo: 2022.

HIXON, A. L.; MASKARINEC, G. G. The declaration of Alma Ata on its 30th anniversary: relevance for family medicine today. Fam Med, v. 40, n. 8, p. 585- 588, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

INTERNATIONAL CONFERENCE ON PRIMARY HEALTH CARE. Declaration of Alma Ata. 1978. Disponível em: <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/almaata-declaration-en.pdf?sfvrsn=7b3c2167_2>. Acesso em: 07 out. 2021.

KANT, Immanuel. Grounding for the metaphysics of morals [1785]. 3. ed. Trad. James W. Ellington, Indianapolis: Hackett Pub, 1993, p. 50,

KASER, Max et al. Direito privado romano. 2011.

KONTIS, Vasilis et al. Future life expectancy in 35 industrialised countries: projections with a Bayesian model ensemble. The Lancet, v. 389, issue 10076, pp. 1323-1335, 2017.

LAGO, Davi; PAVINATO, Thiago. STF e o direito fundamental à saúde: dez anos de um olhar sobre o tema. Brasília. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/stf-saude-sta-175>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF. Brasília/DF. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>. Acesso em: 30 ago. 2022.

LEMOS, Vinicius Silva. A repercussao geral no novo CPC: a construcao da vinculacao da decisao de merito proferida em repercussao geral pelo STF. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 18, n. 1, 2017.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução: Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JR., R. P. Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, M. A. A. et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. Rev. Saúde Pública, São Paulo , v. 45, n. 3, pp. 590-598, jun. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019

MÂNICA, Fernando Borges. Universalidade, integralidade e gratuidade no SUS: uma análise à luz dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). In: DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo P. (Coord.). Direito Santário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde. Curitiba: Juruá, 2019.

MARCATO, Antonio Carlos. Crise da Justiça e Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Civil Brasileiro. 2008. 244 f. Tese apresentada para concurso ao cargo de professor titular de direito processual civil do departamento de direito processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTEN, Robert et al. An Assessment of Progress Towards Universal Health Coverage in Brazil, Russia, India, China and South Africa (BRICS), 384 LANCET 2164, 2165 (2014).

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. Ciência & Saúde Coletiva, v. 18, p. 1089-1098, 2013.

MELLO, Celso de. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do 416 Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em

23/04/2008. Revista de Direito Administrativo, p. 201-247, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41536/40884>. Acesso em: 9 abr. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 27. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 1º de março de 2023.

MENDES, E. V. As redes de atenção à saúde. 2 ed. Brasília: Organização PanAmericana da Saúde, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 864

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Direito Público, v. 1, n. 4, 2004.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 507 - 520 | Ago / 2011.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO. Rogelio. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press. 2007.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes [livro eletrônico]: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32ª edição, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 907.

MORAES, Alexandre de. Vídeo da sessão de julgamento do RE 566.471 de 11/03/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fAiULuEfE&t=2284s>. Acesso em 03/02/2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1976, 5 vol.

MPPR. Declaração Alma-Ata. Disponível em <https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/sd>. Acesso em: 14/09/2021.
NORONHA, J. C. Universal health coverage: how to mix concepts, confuse objectives, and abandon principles. Cadernos de Saúde Pública, v. 29, n. 5, p. 847-849, mai. 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil

Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 944-945.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil. Grupo Gen- Editora Método Ltda., 2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica e Súmula Vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010.

OCDE (2015). Health at a Glance 2015: OECD Indicators. OECD Publishing, Paris, pp. 165-166. Disponível em: <http://www.oecd.org/health/health-systems/health-at-a-glance-19991312.htm> Acesso em: 15 jun 2017.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> . Acesso em: 6 out. 2021.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 dez. 2021.

PAHO – PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION; WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Final report. Washington, 53rd Directing Council. 66th Session of the Regional Committee of WHO for the Americas. 2014. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34483/CD53-FR-e.pdf;sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2021.

PANUTTO, Peter. Precedentes Judiciais Vinculantes: o Sistema Jurídico-Processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PAULUS JÚNIOR, A.; CORDONI JÚNIOR, L. Políticas públicas de saúde no Brasil – Public Health Policies in Brazil. Revista Espaço para a Saúde, Londrina, v. 8, n. 1, p. 13-19, dez. 2006.

PECZENIK, Alexander. On law and reason. Lexington: Springer, 2009, p. 132. Essa sinonímia revela-se, com alguma clareza, na obra de autora expressamente influenciada pelo pensamento de Dworkin: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014

PESSOA, L. R. et al. Reallocating the Unified Health System's supply to face attend future problems: the case of traumatology in Brazil. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 40, n. 110, pp. 9- 19, 2016, p. 13

PESSOTO, Umberto Catarino et al. Desigualdades no acesso e utilização dos serviços de saúde na Região Metropolitana de São Paulo. Ciência & saúde coletiva, v. 12, n. 2, Rio de Janeiro, pp. 351-362, abr /2007.

PEZARINI, Gustavo Luppi; PITTA, Rafael Gomieiro. A importância dos

precedentes judiciais na evolução do Direito brasileiro. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC, Londrina, v. 5, n. 1, p. 31-44, jan/jul, 2020.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004.

PIMENTEL, Vitor Paiva et al. Sistema de saúde brasileiro: gestão, institucionalidade e financiamento = Brazilian health system: governance, institutions and finance. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 46, p. 7-77, set. 2017.

PIOLA, SF.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S.. Financiamento Público da Saúde: uma história a procura de rumo. Texto para discussão 1.846. Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 10.

PORTUGAL. Acórdão 810/1993 do Tribunal Constitucional Português. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

PRADO, Danilo Luchetta et al. Renúncia de receita tributária como política pública. 2020.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito (1973), 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

REIS, C.; BARBOSA, L.; PIMENTEL, V. P. O desafio do envelhecimento populacional na perspectiva sistêmica da saúde. BNDES Setorial, n. 46, p. 87-124, set. 2016.

ROUQUARYOL, M. Z.; SILVA, M. G. C. da. Epidemiologia & Saúde. 7ª Ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2013.

ROSENBAUM, S.. Medicaid at Fifty. The Oxford Handbook of U.S. Health Law. Oxford Handbooks Online, 2015, p. 1. Disponível em: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199366521.001.0001/oxfordhb9780199366521-e-36>

SALAZAR, A. L.; GROU, K. B.; SERRANO JR., V. “Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação”. In: MARQUES, C. L. [et al.] (coord.) Saúde e Responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. 455 f. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

SANTOS, I. S.. Evidência sobre o mix público-privado em países com cobertura duplicada: agravamento das iniquidades e da segmentação em sistemas nacionais de saúde. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 6, pp. 2743-2752, 2011.

SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: realidade e futuro do SUS. In: A Saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/MS/SAE-PR, v. 4, 2013.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: Ré, A. I. M. R. (Org.). Temas aprofundados da Defensoria Pública. Salvador: JusPODIVM, 2014, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (edits.). La protección judicial de los derechos sociales. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 241- 299.

SECONDAT, Charles-Louis de. DO ESPÍRITO DAS LEIS. 1. ed. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1973.

SILVA, E.; ALMEIDA, K. C.; PESSOA, G. S. C.. Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 6, n. 1, pp. 112-126, 2017.

SIMPSON, A. W. B., The common law and legal theory. In: Horder, Jeremy (ed.). Oxford essays in jurisprudence. Oxford: Clarendon Press, 1973.

STARFIELD, B. Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: Unesco e Ministério da Saúde, 2002.

STRAPASSON, Kamila Maria; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Diretrizes para o aperfeiçoamento das decisões colegiadas do STF à luz da teoria de Dworkin. Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 131, p. 556-580, 2022.

STRÄTZ, Murilo. Aportes à desmistificação do art. 927 do novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo. 2017. p. 433-463.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Novos Estudos Jurídicos, v. 14, n. 2, p. 03-26, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC (LGL20151656)? Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref2]. Acesso em: 21.08.2023.

STUCKLER, David et al. Background Paper for the Global Symposium on Health Systems Research: The Political Economy of Universal Health Coverage 2 (Nov. 16-19, 2010). Disponível em:

<http://healthsystemsresearch.org/hsr2010/images/stories/8political_economy.pdf;
Acesso em 14/09/2021>.

STUCKLER, D.; FEIGL, A.; BASU, S. The political economy of universal health coverage. Background paper for the global symposium on health systems research. Monograph. 2010. Disponível em: . Acesso em: 22 mai. 2017.

TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *civilistica. com*, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et a l. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. *Revista de Processo*. v. 255/2016. p. 359-372. mai. 2016, DTR\2016\4695

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humano>. Acesso em 14/09/2021.

USP. Carta de Ottawa. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6407215/mod_folder/content/0/Ottawa.pdf?forcedownload=1. Acesso em: 14/09/2021.

VAN CAENEGEM, R. C. Uma introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VIANNA, S. M. A seguridade social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 43-58, 1992.

VIEGAS, S. M. F.; PENNA, C. M. M.. O SUS é universal, mas vivemos de cotas. *Ciênc. saúde coletiva*, v.18, n.1, pp.181-190, 2013.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. *Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 10, n. 3. Brasília: UnB, 2016.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. *Nota Técnica no 28*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

VOLPE, R. A. *Novo Regime Fiscal - Emenda Constitucional 95/2016 Comentada* (Estudo Técnico n. 26 de 2016). Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 20. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2016/et26-2016-novo-regime-fiscal-emenda-constitucional-95-2016-comentada>.

WERNECK VIANNA, M. L. T. *A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WILKINSON, R.; PICKETT, K.. O nível: Porque uma sociedade igualitária é melhor para todos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 46; Irti, Natalino. Codice Civile e società politica. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes A constitucionalização do processo [livro eletrônico]: do problema ao precedente: da teoria do processo ao código de processo civil de 2015 / Hermes Zaneti Júnior; coordenadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos Pereira. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? Revista de Processo, v. 257, jul. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.21.PDF. Acesso em: 8 set. 2020.

B – DIPLOMAS ESTRANGEIROS, DIPLOMAS NACIONAIS, LEIS, PROJETOS DE LEI, JURISPRUDÊNCIAS E RELATÓRIOS TÉCNICOS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados consolidados da saúde suplementar. Brasília, 2016. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-eindicadores-do-setor>>. Acesso em 18 dez 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2026.042%2C%20DE%2017%20DE%20DEZEMBRO%20DE,PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20DOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20DO%20BRASIL%3>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015.

BRASIL. FIOCRUZ. Entrevista de Luiz Augusto Facchini. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-declaracao-de-alma-ata-se-revestiu-de-uma-grande-relevancia-em-varios>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Declaração Alma-Ata. Disponível em https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em: 17/12/2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 01/2017. Disponível em:

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0001_03_10_2017.html. Acesso em 14/09/2021.

BRASIL. MPSP. Convenção de Genebra. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/normativa_internacional/Sistema_ONU/DH.pdf#:~:text=Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Genebra%20I%20Adotada%20em%20pela%20Confer%C3%Aancia,e%20ratificada%20em%2026%20de%20junho%20de%201957. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Nações Unidas Brasil. Agenda 2030. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 17/12/2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. Carta das Nações Unidas – Decreto-lei n. 19.841/1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 17/09/2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. Carta das Nações Unidas – Decreto-lei n. 19.841/1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 17/09/2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Decreto 591/1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 14/09/2021.

BRASIL. TJSP; Apelação Cível 1016563-05.2014.8.26.0053; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 17 de março de 2010.a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3724, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgad em 17 de março de 2010.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 2944, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgad em 17 de março de 2010.c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgad em 17 de março de 2010.d

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 278, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgad em 17 de março de 2010.e

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3345, Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgad em 17 de março de 2010.f

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3355, Relator Ministro Gilmar Mendes.

Julgado em 17 de março de 2010.g

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 05 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 581.488/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça da União, 8 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 211. Relator Ministra Ellen Gracie. Julgado na sessão virtual de 08 a 14 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5595 MC/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Acompanhamento Processual. 31 ago 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Agr 657.718, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, Redator do acórdão Ministro Luiz Roberto Barroso, julgado em 22 de maio de 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, Redatir do acórdão Ministro Luiz Roberto Barroso, julgado em 22 de maio de 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado em 11 de março de 2020. Informativo 969.

BRASIL. STF. Informativo 969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo969.htm#Direito%20%C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20dever%20de%20o%20Estado%20fornecer%20medicamento%20%E2%80%93%203>>. Acesso em 29 de nov de 2021.

BRASIL. STF. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Sessão de julgamento do RE 566.471. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fAilULuEfE&list=PLippyY19Z47t7sfSeDQBozqa-IC3jjUng&index=1>>. Acesso em 29 de nov de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). TC 009.253/2015-7. Relator: Ministro Bruno Dantas. Relatório, item 92. Julgado em 16/08/2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A925320157/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520. Acesso em 27/01/2022.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION. Health systems financing: the path to universal coverage. Geneva: WHO, 2010. Disponível em: <https://www.who.int/whr/2010/10_summary_en.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. World health statistics 2017: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals. Geneva: World Health Organization, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Global Health Observatory. Disponível em: <https://www.who.int/data/gho/data/indicators>. Acesso em: 23 de outubro de 2023.