



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

KID LENIER REZENDE

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESCOLHAS TRÁGICAS NECESSÁRIAS A UMA
CORRETA CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS PARA A OFERTA DE SOLUÇÕES
ABRANGENTES**

São Cristóvão

2024

KID LENIER REZENDE

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESCOLHAS TRÁGICAS NECESSÁRIAS A UMA
CORRETA CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS PARA A OFERTA DE SOLUÇÕES
ABRANGENTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal de Sergipe – na área de concentração Constitucionalização do Direito, linha de pesquisa Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos, sob a orientação do Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

São Cristóvão

2024

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

R467j Rezende, Kid Lenier
Judicialização da saúde : escolhas trágicas necessárias a uma
correta categorização dos direitos para a oferta de soluções
abrangentes / Kid Lenier Rezende ; orientador Henrique Ribeiro
Cardoso. – São Cristóvão, SE, 2024.
163 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de
Sergipe, 2024.

1. Direitos fundamentais. 2. Direito à saúde. 3. Acesso à justiça
- Aspectos da saúde. 4. Acesso aos serviços de saúde. I. Brasil.
Supremo Tribunal Federal. II. Cardoso, Henrique Ribeiro, orient. III.
Título.

CDU 342.7:614

KID LENIER REZENDE

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ESCOLHAS TRÁGICAS NECESSÁRIAS A UMA
CORRETA CATEGORIZAÇÃO DOS DIREITOS PARA A OFERTA DE SOLUÇÕES
ABRANGENTES**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito da Universidade Federal de Sergipe.

São Cristóvão,

Banca examinadora:

Henrique Ribeiro Cardoso – Orientador/Presidente
Doutor em Direito, Estado e Cidadania, Universidade Gama Filho (UGF/RJ)
Professor Associado da Universidade Federal de Sergipe (UFS) – Programa de Pós-graduação
em Direito (PRODIR)

Lucas Gonçalves da Silva – Membro Interno
Doutor em Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Professor Associado da Universidade Federal de Sergipe (UFS) – Programa de Pós-graduação
em Direito (PRODIR)

Fernando Gustavo Knoerr – Membro Externo
Doutor em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Professor do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) – Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania

GENTILEZA GERA GENTILEZA.

(José Datrino)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser bom o tempo todo e sempre me dar forças para seguir em frente, mantendo a minha determinação e felicidade, independente das adversidades colocados no caminho.

A minha família, especialmente meus pais, Kid e Rejane, por acreditarem em mim e serem fonte de inspiração e amor incondicional, em conjunto com meu irmão Mateus, por ser um amigo de todas as horas e exemplo de força e determinação na busca pelos seus objetivos. O apoio de vocês foram essenciais para concluir mais essa etapa em minha vida. Amo vocês incondicionalmente.

A minha parceira Maria Eduarda, por ter me apoiado dias e noites a fio, permanecendo ao meu lado independente dos momentos difíceis, Muito obrigado por todo amor e compreensão, te amo.

Ao meus amigos de longa data, obrigado por todo apoio e momentos de descontração ao longe desse período.

Aos meus amigos do mestrado, em especial Yago e Nayara, muito obrigado pelo companheirismo e pelas risadas, sou muito grato pelas pessoas que conheci e por tudo que pude aprender com vocês.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, por todas as orientações, ensinamentos e exigências que me motivaram a buscar sempre o melhor no âmbito acadêmico.

RESUMO

A judicialização do direito à saúde é um fenômeno complexo e crescente, no qual os cidadãos buscam garantir o acesso a tratamentos e medicamentos não disponibilizados pelo sistema público de saúde por meio de ações judiciais. Diante desse cenário, têm surgido novos mecanismos para auxiliar e organizar esse processo de judicialização, a exemplo do reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que estabelece um julgamento necessário a fixação de uma tese para auxiliar as demais instâncias judiciais na análise de demandas complexas, envolvendo, principalmente o direito à saúde, envolvendo procedimentos com novos canais de comunicação interinstitucionais para a produção de uma decisão socialmente justa; a objetivação dos processos inicialmente propostos para a satisfação de interesses subjetivos; a estruturação de um sistema de precedentes, estabilizador das expectativas sociais, com a vinculação dos Tribunais e dos juízes de primeiro grau. Esta dissertação investiga tais mecanismos a partir de pesquisas existentes, com foco especial nas decisões de repercussão geral proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa examina a atuação do STF em casos emblemáticos relacionados ao direito à saúde e como essas decisões impactam os novos mecanismos de judicialização. A abordagem metodológica inclui uma revisão sistemática da literatura sobre judicialização da saúde, analisando estudos que discutem as características e os efeitos dos novos mecanismos criados. Os resultados revelam que a judicialização do direito à saúde tem levado a uma sobrecarga do sistema judiciário e gerado impactos financeiros para o Estado. Além disso, identifica-se um aumento na utilização de novos mecanismos, como a criação de câmaras técnicas, admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, para facilitar o processo de judicialização. A análise das decisões de repercussão geral no âmbito do STF demonstra uma tendência de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais relacionados à saúde, com a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida como fundamentos para as decisões. Contudo, verifica-se também uma preocupação com o impacto orçamentário das demandas judiciais sobre a saúde pública, o que tem levado o STF a estabelecer critérios mais rigorosos para a concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo. Diante desses resultados, a dissertação propõe reflexões sobre o equilíbrio entre o acesso à justiça e a sustentabilidade financeira do sistema de saúde. Também sugere a necessidade de aprimorar os mecanismos de diálogo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para buscar soluções mais efetivas para a garantia do direito à saúde sem sobrecarregar o sistema judiciário. Ademais, destaca a importância de uma abordagem holística e multidisciplinar para o enfrentamento do problema, considerando aspectos jurídicos, políticos, econômicos e sociais envolvidos na judicialização do direito à saúde.

Palavras-chave: Judicialização; Direito à saúde; Supremo Tribunal Federal; Precedentes

ABSTRACT

The judicialization of the right to health is a complex and growing phenomenon, in which citizens seek to guarantee access to treatments and medicines not available by the public health system through legal actions. Given this scenario, new mechanisms have emerged to assist and organize this judicialization process, such as the recognition of general repercussion by the Federal Supreme Court, which establishes a judgment necessary to establish a thesis to assist other judicial bodies in the analysis of complex demands. , mainly involving the right to health, involving procedures with new interinstitutional communication channels to produce a socially fair decision; the objectification of the processes initially proposed to satisfy subjective interests; the structuring of a system of precedents, stabilizing social expectations, with the binding of the Courts and first-degree judges. This dissertation investigates such mechanisms based on existing research, with a special focus on decisions of general repercussion handed down by the Federal Supreme Court (STF). The research examines the STF's performance in emblematic cases related to the right to health and how these decisions impact new judicialization mechanisms. The methodological approach includes a systematic review of the literature on health judicialization, analyzing studies that discuss the characteristics and effects of the new mechanisms created. The results reveal that the judicialization of the right to health has led to an overload of the judicial system and generated financial impacts for the State. Furthermore, an increase in the use of new mechanisms has been identified, such as the creation of technical chambers, admission of amicus curiae and the holding of public hearings, to facilitate the judicialization process. The analysis of decisions of general repercussion within the scope of the STF demonstrates a tendency towards recognition and protection of fundamental rights related to health, with the prevalence of the principle of human dignity and the right to life as foundations for decisions. However, there is also concern about the budgetary impact of legal demands on public health, which has led the STF to establish stricter criteria for granting high-cost medicines and treatments. Given these results, the dissertation proposes reflections on the balance between access to justice and the financial sustainability of the health system. It also suggests the need to improve dialogue mechanisms between the Executive, Legislative and Judiciary branches to seek more effective solutions to guarantee the right to health without overloading the judicial system. Furthermore, it highlights the importance of a holistic and multidisciplinary approach to tackling the problem, considering legal, political, economic and social aspects involved in the judicialization of the right to health.

Keywords: Judicialization; Right to health; Federal Court of Justice; Precedents

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Quadro de categorização dos Temas de Repercussão geral quanto a teoria utilizada.....	138
Figura 2 - Quadro comparativo entre classe processual e teoria jurídica aplicada.....	143

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AI - Agravo de Instrumento
ARE - Agravo em Recurso Extraordinário
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ABRASCE - Associação Brasileira de Shopping Centers
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CID - Classificação Internacional de Doenças e a problemas Relacionados à Saúde CPC - Código de Processo Civil
CNSAUDE - Confederação Nacional de Saúde
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CONSU - Conselho de Saúde Suplementar
CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CREMERS - Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul
EC - Emenda Constitucional
ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
FNS - Fundo Nacional de Saúde
IAC - Incidente de Assunção de Competência
IRC - Incidente de Demandas Repetitivas
IVR - Índice de Valoração do Ressarcimento
IPSEMG - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais
INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
NatJus- Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário
PNI - Programa Nacional de Imunizações
PEC - Proposta de Emenda à Constituição
RE - Recurso Extraordinário
RAD - Resolução Adequada de Disputa
RDC - Resolução de Diretoria Colegiada
SUS – Sistema Único de Saúde
STF – Supremo Tribunal Federal
TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO ENTRE INOVAÇÃO E JUSTIÇA	15
1.1 Neoconstitucionalismo e seus reflexos	19
1.2 Judicialização da saúde: experiências e contrapontos	29
1.3 Inovação dos institutos jurídicos para auxiliar o processo de judicialização da saúde	44
CAPÍTULO 2 - AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA DE SAÚDE	47
2.1 Supremo Tribunal Federal e o controle judicial da Administração Pública	50
2.2 Supremo Tribunal Federal e o Sistema Único de Saúde	78
2.3 Supremo Tribunal Federal e o fornecimento de medicamentos	104
CAPÍTULO 3 – O CONFLITO ENTRE A DEFERÊNCIA JUDICIAL E A NECESSIDADE NA TOMADA DE DECISÕES TRÁGICAS: DOIS OLHARES SOBRE A IGUALDADE DA JUSTIÇA	122
3.1 Deferência Judicial: Insindicabilidade ou intervenção obrigatória?	123
3.2 Teoria das Escolhas trágicas na busca pela legitimação social	131
3.3 Decisões paradigmáticas, o prestígio a deferência da administração <i>versus</i> a assunção das escolhas trágicas do Poder Judiciário.....	138
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

A sociedade ao longo do tempo vem passando por diversas transformações em sua estrutura econômica, política e social devendo o Poder Judiciário acompanhar essas transformações a fim de adequar a sua atuação e promover decisões e julgamentos mais eficazes. Nesse contexto, o Brasil após o esgotamento dos regimes militares e autoritários que foram palco contra a toda e qualquer interpretação de dignidade da pessoa humana, bem como dos aspectos democráticos necessitava de uma nova ideologia constitucional.

O Neoconstitucionalismo teria como principais orientações a estabilidade democrática e o fortalecimento dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. O reconhecimento da força normativa da Constituição leva ao fortalecimento dos direitos previstos por ela e, como consequência, amplia o poder jurisdicional para atuar em defesa destes preceitos constitucionais.

Essa nova jurisdição constitucional estabelece um filtro axiológico que irradia pelas diversas áreas do direito, conferindo ao Poder Judiciário uma nova interpretação para a solução dos conflitos reduzindo os espaços de decisão democrática. Assim, o Poder Judiciário além de atuar como legislador negativo, também agiria como positivo quando se deparasse com omissões conscientes dos demais poderes. Essa postura *contra majoritária* adotada pelo Poder Judiciário coloca em conflito o ideal de democracia representativa, uma vez que estaria julgando questões sensíveis de interesse social no lugar dos cidadãos e de seus representantes devidamente eleitos.

A judicialização da saúde no Brasil constitui um fenômeno complexo e multifacetado que emerge como uma resposta às lacunas na efetivação do direito à saúde, garantido constitucionalmente. Este cenário é delineado por uma teia intrincada de escolhas trágicas, onde a limitação de recursos impõe a necessidade de categorizar direitos para otimizar a oferta de soluções abrangentes no cuidado à saúde. Esta dissertação busca explorar esta dinâmica, analisando como a intervenção do Poder Judiciário pode contribuir para uma distribuição mais justa e eficaz dos serviços de saúde, ao mesmo tempo que respeita os princípios constitucionais que norteiam o sistema de saúde brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um marco na consolidação do direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, conforme explicitado nos artigos 196 a 200. O artigo 196, em particular, destaca que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Este dispositivo constitucional reflete o compromisso do Brasil com a

saúde como um direito fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana e essencial para a realização de outros direitos.

A análise do tema da judicialização da saúde ganha uma dimensão particularmente relevante quando correlacionada ao Sistema Único de Saúde (SUS), à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a outros órgãos regulatórios e administrativos que desempenham papéis cruciais na gestão e na regulação dos serviços de saúde no Brasil. O SUS, estabelecido pela Constituição de 1988 como um sistema universal e integral, enfrenta desafios significativos em sua implementação, especialmente no que diz respeito à garantia de acesso equitativo aos serviços de saúde. A judicialização, nesse contexto, emerge tanto como uma resposta às deficiências percebidas na oferta de serviços pelo SUS quanto como um mecanismo através do qual os cidadãos buscam garantir seus direitos constitucionais à saúde.

Por outro lado, a atuação da ANS e de outros órgãos regulatórios é fundamental para a supervisão e regulação do setor de saúde suplementar, garantindo que as operadoras de planos de saúde cumpram com os padrões e as normativas estabelecidas para a proteção dos consumidores. A interação entre a judicialização da saúde e essas entidades regulatórias revela a complexidade das relações entre o público e o privado no setor da saúde, bem como os desafios de coordenar políticas e ações que assegurem a plena realização do direito à saúde. Assim, o estudo dessa dinâmica é crucial para compreender as tensões existentes entre os diferentes mecanismos de garantia desse direito e para explorar vias de aprimoramento do sistema de saúde brasileiro, de forma a reduzir a necessidade de intervenção judicial e promover uma gestão mais eficiente e equitativa dos recursos de saúde.

Entretanto, a operacionalização desse direito enfrenta desafios significativos, especialmente diante de um contexto de recursos finitos e demandas crescentes por serviços de saúde. É nesse interstício que a judicialização da saúde se manifesta como um fenômeno complexo, impulsionado tanto pela busca individual por tratamentos e medicamentos não disponibilizados pelo sistema público de saúde quanto pela necessidade de se confrontar políticas públicas consideradas insuficientes ou ineficazes.

A intervenção judicial, apesar de frequentemente criticada por representar uma invasão na esfera de competência do Executivo e por contribuir para a desigualdade no acesso aos serviços de saúde, também é reconhecida por seu potencial de garantir a efetivação do direito à saúde frente à inércia ou à insuficiência das políticas públicas. Através da análise de casos e da aplicação de princípios como o da universalidade e integralidade do acesso à saúde, o Judiciário é convocado a fazer escolhas trágicas, priorizando certos tratamentos e intervenções em

detrimento de outros, em um esforço de categorizar os direitos de maneira que maximize o bem-estar coletivo.

Esta dissertação se propõe, portanto, a investigar a tensão entre a necessidade de uma intervenção judicial na saúde e os princípios de eficiência, equidade e sustentabilidade que devem orientar a alocação de recursos no sistema de saúde. Será dada especial atenção à maneira como o Poder Judiciário pode equilibrar os imperativos éticos e constitucionais, contribuindo para uma categorização dos direitos à saúde que reconheça tanto as limitações práticas quanto a aspiração à justiça social. Por meio deste estudo, busca-se contribuir para o debate sobre a judicialização da saúde no Brasil, oferecendo perspectivas para a formulação de soluções abrangentes que respeitem os dispositivos constitucionais e atendam às necessidades de saúde da população de forma justa e eficiente.

Foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro capítulo explorará o fenômeno da judicialização da saúde sob a ótica do neoconstitucionalismo, abordando como essa prática tem sido influenciada pela evolução dos princípios constitucionais e pela emergência de novos institutos jurídicos. O capítulo incluirá uma reflexão sobre como o neoconstitucionalismo, com seu foco na força normativa da Constituição e na aplicação direta dos direitos fundamentais, tem contribuído para a expansão do acesso à justiça em questões de saúde. Além disso, o capítulo abordará os novos institutos jurídicos e mecanismos processuais que têm sido desenvolvidos para auxiliar no processo de judicialização, visando promover uma justiça mais ágil e efetiva. Será dada atenção especial à forma como essas inovações jurídicas buscam equilibrar a proteção do direito à saúde com a sustentabilidade do sistema de saúde, destacando o papel crucial do Poder Judiciário na mediação desses interesses e na promoção de soluções que conciliem inovação e justiça.

O segundo capítulo dedicar-se-á a uma análise aprofundada das decisões proferidas pelo STF em temas que representam pontos críticos na jurisprudência relacionada à saúde. Utilizando uma metodologia de pesquisa qualitativa, este capítulo desdobrará os votos dos ministros em cada tema de repercussão geral, individualizando-os para extrair e discutir os fundamentos jurídicos e princípios constitucionais invocados por eles. Esta abordagem minuciosa permitirá identificar não apenas as linhas argumentativas predominantes e as divergências entre os ministros, mas também revelará como o STF tem interpretado e aplicado o direito à saúde frente às demandas contemporâneas. Através deste exame detalhado, o capítulo buscará compreender o impacto das decisões do STF no cenário da saúde pública brasileira, explorando como as deliberações da Corte Suprema contribuem para a modelagem das políticas de saúde e para a garantia do direito constitucional à saúde.

Por fim, o terceiro capítulo se propõe a mergulhar na análise das teorias jurídicas fundamentais que moldam o entendimento e a aplicação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, o capítulo se dedicará a uma exploração detalhada das teorias que embasam as decisões judiciais em matérias de grande complexidade e impacto social, como é o caso da saúde. Esta análise teórica incluirá uma discussão sobre a deferência judicial — a prática de o Judiciário limitar sua intervenção em decisões primariamente políticas ou administrativas — e sobre a teoria das escolhas trágicas, que reconhece as inevitáveis decisões dolorosas impostas por limitações de recursos. Após estabelecer esse alicerce teórico, o capítulo avançará para identificar e discutir se e como os ministros do STF se alinham ou fazem menção a essas teorias em seus votos nos julgamentos de temas de repercussão geral relacionados à saúde. Através deste exame, buscar-se-á revelar as nuances ideológicas e filosóficas que influenciam as decisões judiciais, contribuindo para uma compreensão mais rica de como o direito à saúde é interpretado e efetivado no mais alto tribunal do país.

CAPÍTULO 1 – DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO ENTRE INOVAÇÃO E JUSTIÇA

A sociedade ao longo do tempo vem passando por diversas transformações em sua estrutura econômica, política e social devendo o Poder Judiciário acompanhar essas transformações a fim de adequar a sua atuação e promover decisões e julgamentos mais eficazes. Concomitantemente, a Administração Pública detém o dever constitucional de prover e assegurar os direitos que permeiam esses espaços, buscando uma atuação menos burocrática, responsável e mais cooperativa com os demais atores políticos e sociais.

Nesse contexto, o Brasil após o esgotamento dos regimes militares e autoritários que foram palco contra a toda e qualquer interpretação de dignidade da pessoa humana, bem como dos aspectos democráticos necessitava de uma nova ideologia constitucional. A qual alinhada as novas tecnologias, além da ampliação dos palcos de discussões das políticas públicas pelos agentes provocadores e aplicadores do direito – Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advocacia privada – possibilitou a criação de novos mecanismos visando auxiliar a judicialização dos direitos sociais (CARDOSO, 2017, p. 6).

E para tanto, o fenômeno da judicialização da política se mostra evidente, descrita por Fábio Engelmann e Márcio Camargo Cunha Filho (2013) como a busca pela resolução de conflitos por meio do judiciário em áreas cuja atuação é majoritariamente política através do

filtro axiológico da Constituição Federal. Essa nova jurisdição constitucional estabelece um filtro axiológico que irradia pelas diversas áreas do direito, conferindo ao Poder Judiciário uma nova interpretação para a solução dos conflitos reduzindo os espaços de decisão democrática. Assim, o Poder Judiciário além de atuar como legislador negativo, também agiria como positivo quando se deparasse com omissões conscientes dos demais poderes (BARROSO, 2005).

Luís Roberto Barroso (2005, p. 47) ressalta que diante dessa nova jurisdição constitucional, através da adoção de uma postura eminentemente política pelo Poder Judiciário levante um debate sobre a legitimidade desta atuação pela corte constitucional. E que, ao adotar um papel contra majoritário, concederia poderes a órgãos e agentes públicos não eleitos para afastar ou conformar as leis e atos normativos pelos representantes populares.

Diante dessa ausência legislativa que compete aos demais poderes, respeitadas suas competências exclusivas, o Poder Judiciário corrobora sua atuação como meio único possível para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. E foi no âmbito da saúde em que o poder Judiciário encontrou um campo livre para “legislar”, uma vez que a matéria envolve múltiplas entidades e órgãos que elevam a complexidade de ato executivo ou legislativo que regulamente as relações entre esses entes.

As decisões judiciais que não deveriam passar de jurisprudência, ganham força e representatividade no campo das fontes de direito com esse vácuo legislativo que leva ao uso de expressões como a “ressurreição do mandado de injunção” dado por Thiago Marrara (2010, p. 255). Assim as decisões judiciais passariam a ser consideradas como um remédio constitucional para assegurar que os seus preceitos fossem cumpridos na ausência de norma regulamentadora.

... passou o Supremo Tribunal Federal a exercer seu papel de ‘legislador ad hoc’ nos casos em que ‘a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’ (art. 5º, LXXI, CF). (HAIDAR, 2009; *apud* DI PIETRO, 2020, p. 160)

Contudo, os magistrados não possuem uma cognição adequada sobre os impactos das decisões judiciais que são proferidas nesses casos em que há uma lacuna legislativa. O processo judicial deveria ter um caráter *inter partes* restringindo seus efeitos às partes da respectiva ação judicial, não podendo outras pessoas serem afetadas pela decisão proferida pelo magistrado.

E em matéria de saúde, os impactos das decisões judiciais extrapolam os atores da ação judicial atingindo tanto os pares do mesmo segmento social do requerente e requerido, como também os entes que porventura estejam envolvidos na ausência de uma prestação de serviço público adequado. Os resultados destes impactos afetam a cognição da sociedade ao transmitir

a impressão de que o acesso a uma prestação de serviço público de saúde de qualidade e rápida só seria alcançada mediante a judicialização deste direito.

Se em um primeiro momento há nítida proeminência na construção da inafastabilidade do controle judicial para o reconhecimento efetivo dos direitos relativos à prestação da saúde pública, extensível também a um conjunto de direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial (moradia, educação, segurança pública, p. ex.), as situações de pânico postas em juízo passaram de exceção à regra: judicialização como condição ao acesso a uma prestação de saúde rápida, plena e ilimitada. (CARDOSO, 2017, p. 85)

O Brasil adota o sistema jurídico da *civil law* que se baseia nas normas escritas para fundamentar decisões e resolver casos judiciais, diferente da *common law* que dá muita força aos julgados que servirão de embasamento e orientação para as decisões judiciais futuras. O papel da jurisprudência como fonte do direito não possui tanta relevância quanto o da doutrina, uma vez que o juiz atua muito mais como intérprete do direito positivo do que como criador do direito (DI PIETRO, 2020, p. 157/158).

Com o advento do neoconstitucionalismo o Poder Judiciário sob o pretexto de conferir maior relevância à Constituição Federal e às prerrogativas contidas nela, vem produzindo jurisprudência como se fossem doutrina. Contudo, estas fontes do direito possuem premissas distintas, sendo a doutrina possuidora de um papel de maior relevância como referência e orientação na produção do direito positivo, influenciando também na construção de matéria jurisprudencial, sendo ponto de origem representativa e inspiradora (DI PIETRO, 2020).

Como descreve Maria Lúcia Barbosa e João Paulo Allain Teixeira (2017, p. 1120), a origem desse fenômeno surgiria nos países do Norte, os quais teriam sido precursores desta releitura constitucional, a partir da qual seria atribuído uma importância diferenciada a Constituição e à jurisdição constitucional, enquanto instância reconhecida como legítima intérprete dos direitos fundamentais. O que também seria o modelo normativo-principiológico característico do constitucionalismo europeu do pós-guerra, quando os agentes provocadores e aplicadores do direito foram convocados a discutir o que seria o referencial da dignidade da pessoa humana.

Nesse horizonte, questões ético-morais, relegadas pela tradição liberal clássica a um segundo plano, assumem status diferenciado, orientando e conduzindo a compreensão do direito enquanto ordem normativa especificamente voltada à realização dos direitos fundamentais. (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1120)

Desta forma, nos Estados Unidos da América do Norte surge pela primeira vez a ideia de que o Poder Judiciário é o responsável pela fiscalização da Constituição, através do que viria

a ser o controle de constitucionalidade (CHEHAB, 2012, p. 15/16). Através do julgamento do caso emblemático de *Marbury vs. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803) que se estabeleceu a doutrina do *judicial review*, que representava um marco para o controle do Poder Judiciário sobre as leis e atos normativos do Poder Legislativo e Executivo.

[...] The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means [...].

... omissis ...

Certainly all those who have framed written Constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be that no act of the Legislature repugnant to the Constitution is void.

This theory is essentially attached to a written Constitution, and is consequently to be considered by this Court as one of the fundamental principles of our society. [...]¹

O precedente criado pela Suprema Corte Americana serviu de base para o que se convencionou como controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o qual é constitucionalmente reconhecido como o guardião da Constituição, conforme prelecionado no artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Essa atuação constitucional do Poder Judiciário, projeta-se para além do âmbito de um processo judicial, buscando a demarcação dos direitos fundamentais adequados tanto em matéria objeto de julgamento, quanto políticas públicas submetidas ao processo político ou administrativo (CARDOSO, 2017). Com a judicialização, as fronteiras entre o sistema judiciário e o sistema político nas sociedades democráticas se afinam, a medida em que o trâmite e a decisão de assuntos sociais são transferidos da esfera política para a judicial.

Contudo, a atuação assumidamente política do Judiciário só é constatada quando interfere na atuação ou na matéria de outros poderes políticos (SANTOS, 1995 *apud* CARDOSO, 2017, p. 7). De igual modo, assevera Barroso (2005, pp. 47/48) que o controle das políticas públicas possui uma distinção entre a matéria que é legislada pela Constituição e aquela que compete exclusivamente a discricionariedade da Administração Pública ou da produção legislativa do Poder Legislativo.

Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o

¹ Tradução livre: [...] A Constituição é uma espécie superior, suprema lei, imutável por meios normais [...]. Certamente todos aqueles que têm elaborado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras da lei fundamental e primordial da nação, e conseqüentemente, decorre a teoria de cada governo deve considerar que um ato do legislador violador da Constituição é nulo. Esta teoria é essencialmente inerente a uma constituição escrita e, dessa forma, deve ser considerado por esta Corte como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade [...].

investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. (BARROSO, 2005, pp. 47/48)

Ana Paula de Barcellos (*apud* BARROSO, 2005, p. 48) corrobora o risco que seria a Constituição invadir o espaço discricionário administrativo, seja ele exercido pelo Executivo ou Legislativo, concedendo demasiada autoridade e poder aos representantes do Poder Judiciário; como também, se há a determinação de padrões mínimos ou procedimentos constitucionais a serem seguidos expressamente previstos no texto constitucional, não pode o Judiciário ser coibido de atuar em matéria de controle judicial como bem preceitua o princípio da sindicabilidade.

A Administração Pública prestadora dos serviços de saúde, ao instrumentalizar conceitos jurídicos indeterminados de universalidade e de integralidade, depara-se com situações de extrema tensão que não vem sendo solucionadas a contento, especialmente por se conceber que o tema saúde pública entrelaça medicina, política e direito – material e processual. (CARDOSO, 2017, p. 7).

O Estado como prestador do serviço de saúde tem a responsabilidade de promover este direito de forma universal e integral a toda sociedade, cabendo ao Poder Executivo a formulação de políticas públicas eficazes e ao Poder Judiciário o controle dessa atuação, suprimindo possíveis omissões. E é nessa relação de equilíbrio entre a autonomia dos entes estatais que surge o problema do limite a atuação do Judiciário na busca pela igualdade judicial em detrimento da igualdade social que seria responsabilidade do Executivo.

1.1 Neoconstitucionalismo e seus reflexos.

Necessário uma digressão a fim de determinar o referencial teórico que será utilizado para a análise das decisões judiciais em tema de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde em tópico posterior. A judicialização dos direitos sociais está alinhada a reestruturação realizada no constitucionalismo dos países do mundo, sendo que esse fenômeno teve algumas distinções se comparado o continente europeu ao latino americano.

Em matéria de saúde pública, no Brasil o fenômeno da judicialização ocorre como consequência da procura social pela garantia de acesso às ações e serviços públicos de saúde por intermédio dos processos judiciais, ante a ausência ou má-prestação pela Administração Pública, como também pelo interesse particular em detrimento do coletivo. Assim, as correntes que buscam a reavaliação do constitucionalismo pátrio trazem diferentes origens, bem como diferentes argumentos e instrumentos para a efetivação dos direitos constitucionais.

Flávia Cristina Piovesan (2002, p. 2) traz o conceito contemporâneo de direitos humanos introduzido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948:

[...] a concepção contemporânea de direitos humanos caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

O Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino Americano, apesar de serem termos semelhantes, desdobram-se em duas abordagens distintas sobre o papel e a natureza da Constituição em sociedades contemporâneas. Cabe analisar as diferentes nuances de ambos os termos a fim de buscar uma resposta efetiva para os problemas sociais que são enfrentados pela sociedade, em especial, neste trabalho, quanto ao direito à saúde.

Trata-se de um movimento doutrinário em que se propaga a importância da interpretação constitucional, onde a Constituição se porta como principal filtro axiológico na resolução das demandas sociais e judiciais. Determina a força normativa do texto Constitucional que é capaz de direcionar a vida política e jurídica da sociedade, seja delimitando as formas e instrumentos de participação popular dentro de uma democracia participativa quanto para delimitar a atuação do Poder Judiciário frente às omissões dos demais poderes, buscando a guarda da Constituição nacional.

O papel popular não está restrito apenas a atos eventuais de criação constitucional, mas também a um controle ativo e contínuo sobre a interpretação constitucional e implementação da Constituição realizada pelos Entes federados, sem que reste monopolizado este controle pelo Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, GOMES; 2018, p. 15).

O Neoconstitucionalismo fundamenta a força normativa da Constituição como última fonte de validade e legitimidade do sistema jurídico de um país através do pensamento eurocêntrico universalista ou totalizante, no qual busca o desenvolvimento humano e social através do “en-cobrimento”² das diferenças sociais sob o pretexto de se defender e promover o

² A expressão *en-cobrimento* é utilizada em referência a de Enrique Dussel, “1492 O ENCOBRIMENTO DO OUTRO (origem do “mito da modernidade”); cujo sentido é a subsunção e dominação política, econômica e ideológica do outro. Ou seja, o ato de se promover a defesa da maioria estaria, necessariamente, *encobrindo* uma minoria que deveria ter direito a participação na tomada das decisões e na promoção dos seus próprios direitos. A generalização dos direitos não abre oportunidade para uma construção coletiva, apenas a determinação da maioria.

todo. Esta expressão é utilizada como advertência a característica da colonialidade, descrita como:

Já a colonialidade diz respeito a um fenômeno histórico complexo que se estende até os dias de hoje e se refere a um padrão de poder que opera através da naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais e epistêmicas que possibilitam a reprodução de relações de dominação, que não apenas possibilitam a exploração pelo capital dos seres humanos em escala global, mas que subalternizam os conhecimentos, as experiências e as formas de vida. (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1117)

Através desta colonialidade é que se perpetua a legitimação da exclusão de diversos grupos sociais na busca dos direitos individuais e da liberdade da classe capitalista representada pelo homem branco. E, quando compreendemos o constitucionalismo (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017) como o conjunto de ferramentas que determinarão as formas de poder Estatal e o reconhecimento destas liberdades, notória a responsabilidade do Estado em indicar quais os direitos e liberdades deverão ser promovidos e resguardados, além de como se dará essa atuação.

Novamente retira-se o direito dos grupos sociais de participarem do processo de escolha dos seus próprios direitos ao passo que fortalecem a atuação dos Poderes no resguardo a Constituição. Este neoconstitucionalismo europeu é construído através da proteção da dignidade humana, principalmente como resposta aos regimes autoritários e totalitários que marcaram a história daquele continente como período em que as liberdades e direitos humanos foram altamente preteridos e ameaçados (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1120).

O Governo é responsável pela interpretação da Constituição de modo a garantir ao povo a fruição dos direitos fundamentais, contudo, cumpre reforçar que esta interpretação deverá estar sujeita a supervisão e correção direta pelo próprio povo, o qual deve possuir capacidade para atuar e emitir opinião com independência neste processo constitucional.

Lenio Luiz Streck, aponta o neconstitucionalismo como um movimento que promove uma ruptura do paradigma do Estado liberal:

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar repostas a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro. (STRECK, 2009)

Larry Kramer (2001 *apud* OLIVEIRA; GOMES, 2018, p. 16) levanta o problema do desincentivo sofrido pelos cidadãos frente a supremacia judicial quanto a decisões relevantes, a falsa concepção de ilegitimidade para contrapor os juízes da Suprema Corte, uma vez que

estes seriam os técnicos aptos a dar a última palavra em matéria de direito. Logo, necessário o rompimento deste pensamento de constitucionalismo representativo – alinhado ao neoconstitucionalismo europeu –, devolvendo a legitimidade e autonomia ao povo para participar e determinar as discussões construtivas do seu próprio direito fundamental.

Barbosa e Teixeira (2017, p. 1120) enumera as características do neoconstitucionalismo europeu: “a) Reconhecimento de um amplo catálogo de direitos fundamentais; b) afirmação da força normativa da Constituição; c) afirmação de técnicas ponderativas voltadas para a interpretação e aplicação do direito; d) afirmação do direito em uma dimensão principiológica”.

A busca pela ampliação e máxima efetividade dos direitos fundamentais seria a premissa para a afirmação da força normativa da Constituição, dando aos direitos um caráter de princípio e não apenas de norma legalmente prevista. A utilização apenas da ideia de norma tornaria estático um direito que tem caráter mutável a depender da época, do lugar e até das pessoas que o postulam.

O reconhecimento do direito em uma dimensão principiológica aproveita do pensamento de Robert Alexy (1993) que diz que os princípios não se igualam as normas que submetem a uma subsunção através do intérprete que a está utilizando, os princípios devem ser utilizados ao máximo da sua efetividade e aplicação, desde que respeitados os limites fáticos do caso concreto e dos outros princípios que porventura venham a colidir.

O Poder Judiciário, como provedor deste direito, possui a liberdade de julgar como será aplicado este direito, podendo, inclusive, incidir na seara dos Poderes Executivo e Legislativo, assumindo a responsabilidade em solucionar os conflitos sociais, atuando como legislador negativo (e positivo), o que pode afastar a ideia de democracia, uma vez que tira dos representantes da sociedade a legitimidade para atuar sobre questões sociais de interesse coletivo (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1121).

Este posicionamento é tido como positivo por alguns doutrinadores, a exemplo de Luís Roberto Barroso (2005, p. 45) quando afirma:

Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de

questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

E, ainda, reconhece esta atividade como legítima uma vez que cabe o Poder Judiciário a guarda da Constituição que seria a materialização da soberania popular, bem como preservar as condições essenciais para o bom funcionamento do Estado democrático exercendo o controle constitucional das políticas públicas. Este controle envolve quais direitos fundamentais serão protegidos e quais as políticas públicas que são aptas a realiza-los, cabendo a fiscalização sobre o investimento de recursos e opções entre políticas ao Poder Judiciário, ainda que a competência seja dos Poderes Executivo e Legislativo (BARROSO, 2005, pp. 47/48).

O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário que é objeto de discussão jurisprudencial e doutrinária, a exemplo das obras citadas de Luís Roberto Barroso e Henrique Ribeiro Cardoso, em 03 de julho de 2023 fundamentou a decisão do Tema de Repercussão Geral nº 698 no Supremo Tribunal Federal quando julgou os limites do Judiciário em determinar obrigações de fazer ao Estado, especificamente quanto a realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam ao direito social da saúde.

A análise aprofundada do referido acórdão será feita em momento oportuno no próximo capítulo, quando será possível analisar também o posicionamento adotado pelo ministro Luís Roberto Barroso – o qual fora o redator do acórdão – realizando um comparativo entre o seu posicionamento atual e o adotado antigamente quando discutia o tema antes de ser nomeado ministro em 2013. Desta forma, será possível evidenciar a diferença entre doutrina e jurisprudência, apesar de serem ambas fontes do direito, são institutos legais distintos.

As implicações dessa atuação do Poder Judiciário frente a autonomia dos demais poderes é ampla e imprevisível, não há como mensurar como serão adotadas as futuras intervenções judiciais. Diante desse papel contramajoritário adotado pelo Judiciário, principalmente pelo STF, provoca uma movimentação dos demais poderes a fim de resguardar a sua autonomia, a exemplo da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 08/2021 proposta pelo Senado Federal que veda a concessão de decisão monocrática que suspenda a eficácia de lei ou ato normativo com efeito geral ou que suspenda ato dos presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional (SENADO, 2023)³.

Assim, o Neoconstitucionalismo encontra dificuldades para solucionar os problemas envolvendo uma sociedade altamente complexa, onde encontra-se uma grande diversidade sexual, religiosa, étnica e econômica. Neste toar que o “en-cobrimento” destes grupos sociais

³ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/04/ccj-aprova-pec-que-limita-decisoes-monocraticas-e-pedidos-de-vista-no-judiciario>.

excluídos toma força num carácter universalista de proteção do direito de todos, sem a efetiva opinião de todos.

A dificuldade estaria em promover a aplicação eficaz das normas constitucionais de modo a abranger toda a diversidade social, uma vez que a eficácia jurídica é diferente da eficácia social. As normas constitucionais que tratam de direito possuem aplicação imediata, contudo por omissão do Poder Executivo em promover esses direitos ou do Poder Legislativo complementar a aplicação dos direitos programáticos, deságua no Poder Judiciário a responsabilidade de transformar a eficácia jurídica em social.

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. (SARLET, 2012, pp. 215/216)

Ou seja, deverá buscar através da via judicial que os efeitos gerem consequências na realidade social dos interessados, sendo esta postura legitimada pela corrente do neconstitucionalismo. Contudo, novamente, encontra-se a barreira da subjetividade do julgador o qual poderá privilegiar uma determinada classe em detrimento de outra e a promoção de um aspecto cultural das sociedades ocidentais modernas, qual seja o individualismo e a valorização da aparência.

Por outro lado, o Novo Constitucionalismo Latino Americano vem como um movimento mais recente com raízes na América Latina que surgiu para atender às necessidades da alteração jurídico-política vivenciada nos países da América Latina (DAULMAU, 2008, p. 23). Este Novo Constitucionalismo Latino Americano concentra-se em questões de inclusão e justiça social, enfatizando a importância da participação popular através da democracia participativa na elaboração e implementação da Constituição (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, pp. 1126/1127). A primeira diferença entre os movimentos diz respeito a legitimidade para ocupar um espaço de poder, a fim de tomar decisões e participar das discussões necessárias a elaboração de uma Constituição ou normas promovedoras de direito.

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han

sentido com fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos⁴. (DALMAU, 2008, p. 23)

Enquanto o Neoconstitucionalismo defende a possibilidade de o Poder Judiciário intervir no Poder Legislativo e Executivo que foram eleitos através da democracia representativa, sem usurpar a legitimidade desses, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano reconhece a representatividade dos entes políticos, mas ressalta a participação popular como definidora de uma Constituição caracterizada pela multiplicidade e pelo pluralismo (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017).

Não cabe apenas falar sobre o respeito ao voto, além da ampliação deste direito para todas as classes sociais a fim de que todas sintam se representadas, deve a Constituição e o Estado promover ferramentas efetivas de participação social na elaboração e ampliação destes direitos, a exemplo do referendo, plebiscito e da ação popular. O intuito é possibilitar aos destinatários de direitos fundamentais a participação efetiva no processo de interpretação constitucional, sendo a forma que mais se aproximaria dos anseios populares, além de se garantir ao exercício jurisdicional a legitimidade que não foi adquirida por intermédio das eleições (OLIVEIRA; GOMES, 2018, pp. 16/17).

De acordo com o Boaventura de Sousa Santos (2007b), “a nova Constituição deve ser um mecanismo que dê voz àqueles que não têm voz, ou seja, um meio de reconhecimento e de ampliação da cidadania dos grupos historicamente excluídos”. Jeremy Waldron (1999, p. 282) discorre sobre a concepção constitucional da democracia apenas existir quando indivíduos detentores de direitos terem a liberdade de determinar as suas escolhas e participar na construção das leis destinadas a si e, para além disso, ser capaz de refletir de forma responsável acerca dos seus interesses frente aos interesses da coletividade.

Essa capacidade cognitiva para tomada de decisões responsáveis no processo construtivo e dialógico de uma interpretação constitucional devolve a legitimidade da sociedade, afastando a sensação de dependência aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁴ Tradução livre: A evolução constitucional responde ao problema da necessidade. As grandes mudanças constitucionais estão diretamente relacionadas às necessidades da sociedade, às suas circunstâncias culturais e ao grau de percepção que essas sociedades têm sobre as possibilidades de mudar suas condições de vida, que, em geral, na América Latina não atendem aos requisitos e expectativas esperadas nos tempos atuais. Algumas sociedades latino-americanas, no calor dos processos sociais de reivindicação e protesto que ocorreram nos últimos tempos, sentiram fortemente esta necessidade, que se traduziu no que poderia ser conhecido como uma nova independência, duzentos anos depois da política. Independência que desta vez não alcance apenas as elites de cada país, mas as pessoas que são, principalmente, pobres.

The idea of democracy is not incompatible with the idea of individual rights. On the contrary, there cannot be a democracy unless individuals possess and regularly exercise what we called in Chapter Eleven ‘the right of rights’ – the right to participate in the making of the laws.

[...]

The identification of someone as a right-bearer expresses a measure of confidence in that person’s moral capacities – in particular his capacity to think responsibly about the moral relation between his interests and the interests of others⁵. (WALDRON, 1999, p. 282)

Uma Constituição que fuja totalmente da colonialidade ainda está distante, mas este Novo Constitucionalismo Latino-Americano é um movimento de transição rompendo com o padrão eurocêntrico e buscando o reconhecimento da pluralidade étnica, religiosa, sexual e econômica. E, Barbosa e Teixeira (2017) atribuem esse movimento de transição a impulsão por movimentos sociais políticos de esquerda que estariam mais preocupados com a participação popular na aprovação dos textos constitucionais e a valorização da diversidade nacional.

Essa tentativa de resposta foi possível graças à conjuntura política e social da América Latina nas últimas décadas, quando os movimentos sociais e os partidos políticos de esquerda passaram a disputar o poder. Essas lideranças políticas assumiram as pautas de segmentos sociais historicamente excluídos que não mais acreditavam no modelo de democracia representativa liberal e reivindicavam maior participação popular com o resgate da legitimidade perdida. (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, pp. 1126/1127)

Boaventura de Souza Santos (2007a) apresenta o conceito de plurinacionalidade como a origem da interculturalidade e pós-colonialidade, quando destaca a existência de uma duplicidade de conceitos sobre nação: um seria o conceito liberal que faz referência a coincidência entre nação e Estado, em outras palavras, nação como o conjunto de indivíduos que pertencem ao espaço geopolítico do Estado; e o outro seria um conceito comunitário não liberal de nação, o que não se confundiria com o conceito Estado, seria um conceito de autodeterminação. Esta autodeterminação seria uma identidade cultural, não necessariamente convergiria para uma única identidade política, o que pode levar a um risco acerca da necessidade de pluralismo jurídico.

⁵ Tradução livre: A ideia de democracia não é incompatível com a ideia de direitos individuais. Pelo contrário, não pode haver democracia a menos que os indivíduos possuam e exerçam regularmente o que chamamos no Capítulo Onze “o direito dos direitos” – o direito de participar da elaboração das leis.

[...]

A identificação de alguém como portador de direitos expressa uma medida de confiança nas capacidades morais dessa pessoa – em particular sua capacidade de pensar responsavelmente sobre a relação moral entre seus interesses e os interesses dos outros.

Acá está clara la idea de que estos países no pueden tener un sistema jurídico unitario. Este debe ser unificado pero no uniforme. De nuevo, se trata de la idea de que debe haber, por lo menos, dos sistemas jurídicos: uno eurocéntrico y uno indocéntrico, que no están totalmente separados porque eso sería peligroso para la unidad del Estado. Hay que crear formas de convivencia, que pueden ser, por ejemplo, un nuevo tribunal constitucional idóneo, una corte constitucional idónea, y ella misma plurinacional, intercultural y postcolonial, con capacidad para resolver conflictos⁶. (SANTOS, Boaventura de Souza, 2007a, p.24)

Os países que são utilizados como referências desse Novo Constitucionalismo Latino Americano são a Venezuela, Equador, Bolívia e a Colômbia, os quais tiveram suas Constituições promulgadas recentemente com um caráter de integração maior que os textos constitucionais europeus, dando maior participação as múltiplas facetas sociais, em especial a população indígena.

Amartya Sen (2010, p. 236) traz uma distinção útil que existe entre o valor da tolerância e a igualdade de tolerância, onde o primeiro pressupõe que haverá tolerância para diversas crenças, comprometimentos e ações de diferentes pessoas; enquanto o segundo assume que esta tolerância deve ser razoavelmente concedida a todos (exceto quando a tolerância para alguns leve a intolerância para outros). Conceito de tolerância como respeito a diversidade, permitindo a sua manifestação respeitados os limites individuais de cada pessoa.

No tocante a pluralidade de valores e a oportunidade de espaços de discussão dessa diversidade de grupos, José Luiz Quadros de Magalhães (MAGALHÃES, 2008, p. 208) afirma:

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Contudo, Rubén Martínez Dalmau (2018) levanta um questionamento sobre o caráter populista destas Constituições, que ao invés de efetivar uma democracia participativa numa

⁶ Tradução livre: Aqui fica clara a ideia de que estes países não podem ter um sistema jurídico unitário. Este deve ser unificado, mas não uniforme. Novamente, esta é a ideia de que deveria haver, pelo menos, dois sistemas jurídicos: um eurocêntrico e um indiocêntrico, que não são totalmente separados porque isso seria perigoso para a unidade do Estado. Devem ser criadas formas de convivência, que podem ser, por exemplo, um novo tribunal constitucional adequado, um tribunal constitucional adequado e ele mesmo plurinacional, intercultural e pós-colonial, com capacidade de resolver conflitos.

sociedade plural serviria como instrumento político de manobra para alcançar o lugar de poder frente ao Executivo e Legislativo, além de manter os líderes nestas cadeiras.

O centro do debate nestes momentos reside em saber se o novo constitucionalismo latino-americano propõe processos de mudança constitucional e de transformação social a partir de fundamentos democráticos ou, ao contrário, são simples instrumentos para o acesso dos governos ao poder, com líderes fortes próximos ao autoritarismo, mas que por essa mesma razão não teriam capacidade real de transformação e seriam programáticas; o que tem sido chamado de constitucionalismo populista. (DALMAU, 2018, p. 45)

Além deste questionamento, Dalmau (2018) faz um levantamento estatístico acerca dos aspectos positivos que as novas Constituições teriam alcançado após a sua promulgação e, através das tabelas, demonstra que houve um avanço na promoção e ampliação dos direitos dos grupos sociais excluídos, principalmente na participação da elaboração de normas próprias para ditar a convivência dos povos indígenas.

No entanto, ficou evidente que quanto a limitação do poder dos poderes constituídos não foi suficiente para promover o constitucionalismo democrático e criar mecanismos plurais de alternância no poder. Em todos os quatro países enunciados houveram decisões das Cortes Constitucionais, quando existente, contra a manifesta vontade popular em favor dos líderes autoritários que estavam e ainda permanecem no poder (DALMAU, 2018).

Além da necessidade de determinação dos direitos e a incorporação de garantias constitucionais, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano tende a buscar uma transformação democrática do Estado que consagre o limite ao poder e a erradicação de tendências autoritárias.

Um dos pontos para buscar essa superação das desigualdades sociais e econômicas neste movimento é a adoção de um modelo de bem-estar social sustentável, no qual o ser humano além de ter sua dignidade protegida, deve ser preservar as mesmas condições para as gerações futuras. Precisa ser repensado o modelo produtivo, em que a sociedade se organiza para garantir a produção de suas necessidades materiais básicas respeitando os direitos humanos e do meio ambiente, resume se a transição do capitalismo predador e da globalização para um pensar social sustentável (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1131).

O desenvolvimento dos grupos sociais excluídos, além da capacitação dos seus integrantes para que possam participar da elaboração e aplicação dos textos constitucionais é que promoverá a sua liberdade. Amartya Sen (2010, p. 232) promove esse pensamento quando defende o direito ao respeito que se traduz no modo que cada indivíduo é detentor de condições únicas e dificuldades particulares para o acesso aos seus direitos. Logo, sua liberdade de escolha

e participação tornará este direito efetivo, podendo, inclusive, fomentar novas políticas e ferramentas a fim de beneficiar os seus pares.

[...] as questões básicas aqui confrontadas têm um certo interesse para a abordagem principal deste livro, e envolvem tanto a importância da condição de agente (ver as pessoas como agentes, e não como pacientes) quanto o enfoque informacional sobre a privação de capacidades (em vez de apenas sobre a pobreza de renda). A primeira questão relaciona-se à necessidade, salientada em todo este livro, de ver as pessoas — mesmo os beneficiários — como agentes, em vez de pacientes inertes. Os próprios objetos da “política direcionada a um público-alvo” são ativos, e suas atividades podem fazer com que as realizações do direcionamento das políticas sejam bem diferentes das tentativas de direcionamento. (SEN, 2010, p. 142)

De igual modo, afirma Maria Lucia Barbosa e João Paulo Allain Teixeira (2017, p. 1129):

A partir do empoderamento político dos cidadãos (mulheres, povos indígenas, negros, camponeses, excluídos, dentre outros) travam-se as disputas por garantias e reconhecimento de direitos, o que possibilitou aos cidadãos participarem ativamente dos processos Constituintes.

E para o Brasil, como se porta a atuação dos Poderes na promoção e defesa dos princípios constitucionais? O Neoconstitucionalismo se resume a reverberação de conceitos eurocêntricos? É necessária uma Nova Constituição (Constitucionalismo)? Quais instrumentos foram criados para auxiliar no processo de judicialização e quais os resultados?

A discussão caminha para a análise da postura assumida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões sensíveis ao interesse social, especialmente quanto a saúde que é um direito fundamental reconhecido pela Constituição federal em seu art. 196 como dever do Estado. O constituinte ao tutelar o direito à saúde como bem jurídico incumbi os entes federados da responsabilidade de promover, fiscalizar e zelar pela manutenção das políticas públicas, sociais e econômicas idôneas, as quais devem garantir um amplo acesso a este direito de forma isonômica.

Assim, a partir dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal será possível identificar qual corrente neoconstitucional a Corte brasileira se assemelha, sendo possível inferir os limites e consequências da atuação do Poder Judiciário na apreciação do problema social e sua eficácia. Além de identificar como essa ampliação jurisdicional influencia na relação de independência entre os três poderes do estado e se a concessão de uma maior autonomia e responsabilidade ao Judiciário leva a promoção de um espaço mais democrático e deliberativo.

1.2 Judicialização da saúde: experiências e contrapontos

Como visto, a relação entre a judicialização e democracia não é uma matéria pacificada entre os pesquisadores, bem como entre os agentes políticos acerca da ingerência que cada ente federado teria nas leis e atos administrativos dos demais. Convém ressaltar que o fenômeno da judicialização também não é matéria pacífica ou padronizada nos países em que foi identificado, depende das influências e objetivos identificados como necessários a promoção dos direitos fundamentais e promoção da Constituição, bem como não se esgota no ativismo de minorias políticas (PIMENTA, 2016).

Em um cenário de cooperação entre agentes nacionais e internacionais, principalmente com a promoção e defesa dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, muitos atores e interesses estão envolvidos no fenômeno da judicialização e cada ator é responsável pela reflexão crítica sobre o tema. Carlini (2012 *apud* PIMENTA, 2016, p. 15) afirma que a busca pelo Poder Judiciário no Brasil, em matéria de direito à saúde, não representa uma participação política democrática do indivíduo na proteção do direito social, trata-se da busca individualizada. Assim, entende que o campo dialógico para construção social estaria apenas no espaço político, enquanto o espaço judicial seria a postulação de direito próprio individual.

Henrique Ribeiro Cardoso (2017, p. 61) contesta essa visão objetiva dos espaços dialógicos, quando defende que o processo judicial levado por uma índole objetiva, com a participação plural dos atores envolvidos, enfrentando diversas questões sociais externas ao processo poderia levar a melhor compressão do direito à saúde discutido, bem como os reflexos advindos deste julgamento. A judicialização da saúde evidencia necessidade de uma análise sistêmica e multidisciplinar sobre o tema, uma vez que a compreensão dos operadores do direito, profissionais de saúde e gestores divergem sob a influência de diversos aspectos – quais sejam políticos, éticos, jurídicos, sociais, administrativos, orçamentários, sanitários, dentre outros.

A análise de questões como cronograma de atendimento das unidades de saúde, publicidade das listas de cirurgias e de atendimento, existência ou não de programas de implementação gradativa de políticas públicas de saúde levaria a um melhor julgamento, bem como a uma legitimidade maior do controle jurisprudencial realizado pelo Poder Judiciário (CARDOSO, 2017). Contudo, essas questões serão aprofundadas quando da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, ao se verificar se foram observados a extensão dos precedentes formulados, bem como a preocupação quanto aos demais efeitos do fenômeno da judicialização.

Se observado o campo do Poder Judiciário em suas instâncias iniciais, os impactos e reflexos das decisões proferidas pelo Juízo monocrático ou colegiado não possuem força ou

representatividade suficiente frente à coletividade a fim de promover impactos imediatos, uma vez que existem institutos e recursos jurídicos suficientes para suspender ou recorrer dos efeitos e teor das referidas decisões judiciais. Contudo, ao avançar para o âmbito do Supremo Tribunal Federal, principalmente em decisões que tenham reconhecida sua repercussão geral *vide* o artigo 1.035 §1º e §3º do CPC, surgem decisões de observância obrigatória, não somente para o caso concreto analisado, mas para todos os casos futuros iguais (DI PIETRO, 2020, pp. 158/159).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, pp. 158/159) ressalta que as hipóteses de sentenças com efeito *erga omnes* – seus efeitos são oponíveis a todos – possuem previsão constitucional no artigo 102, §2º da Constituição Federal que atribuiu efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez proferidas essas decisões, com o seu trânsito em julgado, tornar-se-ão imutáveis produzindo coisa julgada oponível aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, das esferas federal, estadual e municipal.

Ainda é o que ocorre na hipótese do artigo 102, § 2º, da Constituição (com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-04 – Emenda da Reforma do Judiciário), que atribuiu efeito vinculante às decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, das esferas federal, estadual e municipal. (DI PIETRO, 2020, P.158)

Deste forma, há o pressuposto de quem mais legisla é o Poder Judiciário através da produção de coisa julgada, uma vez que tanto o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 quanto os artigos 502 e seguintes do Código de Processo Civil preveem proteção e reconhecem o referido instituto jurídico como semelhante a uma lei.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Art. 5º.

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

O Código de Processo Civil reconhece a coisa julgada como autoridade legal que não pode ser questionada, uma vez que todas as instâncias recursais já teriam sido superadas equiparando a decisão que a originou a uma lei, dentro os limites do objeto que fora expressamente decidido no lide. E, por outro lado, a Constituição Federal traz que a lei não poderia prejudicar a coisa julgada, dando proteção constitucional as decisões de mérito proferidas pelo Poder Judiciário, de modo a afastar a incidência do Poder Legislativo nas questões tecnicamente decididas.

No mais, com o advento do neoconstitucionalismo, bem como a ausência de regulamentação no vasto campo do direito à saúde, oportuniza ao Poder Judiciário a capacidade de decidir diversas matérias que após o trânsito em julgado das decisões equiparam-se a uma lei, desta forma exerceria a função de legislador *ad hoc* como já demonstrado. Utilizando-se o filtro axiológico da Constituição Federal que prevê o efeito *erga omnes* as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, esta corte constitucional ultrapassa o caráter da coisa julgada de equipara-se a um ato legislativo com efeitos *inter partes*, estendendo-se a toda coletividade ao contrário do que prevê o artigo 506 do Código de Processo Civil.

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Mas, até que ponto a observância de uma decisão colegiada proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderia ser considerada como prejudicial a terceiros externos ao processo objeto da lide? O prejudicado, em matéria de direito à saúde pública, seria a Administração Pública? Como há a previsão constitucional de que a Administração Pública é responsável pela prestação do direito à saúde com qualidade, a decisão judicial que lhe obriga a cumprir sua responsabilidade seria considerado um prejuízo?

Diversas questões são levantadas quanto a relevância que a atuação do Poder Judiciário e do Poder Executivo envolvendo o âmbito do direito a saúde e, com o fenômeno da judicialização, a atuação destes poderes em contato com o Poder Legislativo é cada vez mais intrínseco. Desta forma, necessário uma análise do que diz a doutrina e o que faz a jurisprudências, observando suas limitações, os reflexos e consequências que advém da atuação de cada um dos poderes frente as atribuições, responsabilidades e, principalmente, a inércia dos demais.

Os instrumentos teóricos da “ciência” do direito, sejam sistêmicos e dogmáticos, sejam pós-positivistas, não fornecem qualquer parâmetro à atuação do Judiciário chamado a intervir na concretização de programas de políticas públicas. O planejamento da Administração, titular primeira das escolhas trágicas, foi simplesmente substituído pela discricionariedade do juiz de plantão que, muitas vezes, em antecipações de tutela, esgota todo o conteúdo do processo, determinando tratamentos e fornecimentos de medicamentos *inaudita altera pars*. A discricionariedade abre espaço ao arbítrio, e as administrações municipais, estaduais e federal avançam na influência do Judiciário através de atuações legítimas – relatórios acerca dos impactos das decisões, atuações em grupos de trabalho com Tribunais de Justiça... – no intuito de subsidiar o julgador e demonstrar o excesso e a desestruturação causada com as concessões das medidas judiciais. (CARDOSO, 2017, pp. 85/86)

José Afonso da Silva (2005) aborda a divisão clássica entre os poderes e destaca a importância em distinguir o que seria a separação dos poderes, bem como a harmonia entre os poderes. Reforça ainda que essa visão tradicional é essencial para compreender as mudanças

que vem acontecendo quanto a atuação do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que assume um papel mais ativo e representativo frente a sociedade.

Cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário.

[...]

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2005, pp. 108/110)

A possibilidade de interferência é algo previsto, inclusive a doutrina entende como algo necessário na busca pelo equilíbrio da atuação de qualidade e eficiente, principalmente para evitar o arbítrio e autoritarismo dos poderes frente aos governados. As decisões judiciais, tratando sobre a força da coisa julgada, ao contrário de leis elaboradas pelo Poder Legislativo, são específicas ao caso concreto. A equiparação a força de lei pode criar rigidez e dificuldade para a adaptação do ordenamento jurídico as mudanças sociais e econômicas que aquela decisão irá originar.

Esse ponto pode ser bem observado com o que foi determinado no julgamento de dois recursos extraordinários – RE 955227 (TEMA 885) e RE 949297 (TEMA 881) -, que tratou de decisão envolvendo a coisa julgada em matéria tributária pelo Supremo Tribunal Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que uma decisão definitiva (coisa julgada), sobre tributos recolhidos de forma continuada, perderia seus efeitos caso a Corte constitucional decidisse em sentido contrário, com base na legislação e jurisprudência que a possibilidade de alteração de uma decisão, transitada em julgada, se houver mudança no quadro fático e jurídico que lhe deu causa⁷.

O trâmite para a alteração de uma decisão judicial possuem mais etapas do que a possibilidade de promulgação de emendas supressivas, modificativas ou aditivas as leis promovidas pelo Poder Legislativo. Além de que as partes responsáveis por promover sua alteração devem possuir legitimidade para apresentar a mudança do quadro fático e jurídico que

⁷ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>. Acesso em: 15 set. 2023.

levou a decisão que se busca alterar. No âmbito do Poder Legislativo, há uma maior possibilidade de provocação, inclusive por meio dos governados, para a alteração de ato legislativo que tenha refletido negativamente no ordenamento jurídico ou na coletividade.

José Afonso da Silva (2005, pp. 50/52) afirma que o Supremo Tribunal Federal possui um papel importante no controle de constitucionalidade, o qual lhe foi outorgado pela Constituição Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos da Administração Pública que estivessem contrários, formal ou materialmente, a preceitos ou princípios constitucionais. Contudo, a cognição dos magistrados acerca dos reflexos e impactos de suas decisões judiciais no exercício da função executiva da Administração Pública e na sociedade é limitada aos fatos e provas carreados aos autos processuais.

Para gerir não basta apenas saber do direito, o Poder Judiciário não é competente para atuar frente a organização e execução de políticas públicas, uma vez que há a limitação dos fatores disponíveis no processo, bem como seus efeitos levam em consideração apenas as partes litigantes. Para uma boa governança, a Administração Pública faz uso principalmente da sua discricionariedade para definir estratégias de execução e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com o intuito de promover políticas públicas e prestação de serviços de interesse social com qualidade.

Representa, na pena dos autores acima citados, a capacidade que os governos têm de:

- a) assegurar que a vontade dos cidadãos seja capturada nos planejamentos estratégicos, táticos e operacionais;
- b) selecionar pessoas e instituir normas e processos adequados para executar as ações planejadas;
- c) articular a ação de todos os agentes públicos e privados;
- d) alcançar e controlar os resultados previstos;
- e) estabelecer indicadores de desempenho para verificar o quanto foi ou não foi alcançado;
- e f) divulgar todas essas etapas à sociedade. (CARDOSO, 2017, pp. 82/83)

Inclusive, pelo princípio da autotutela, a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos ou até mesmo revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade com o objetivo de promover uma melhor adequação das suas ações às necessidades sociais específicas ou à circunstâncias variáveis que porventura venham a aparecer. O referido princípio foi chancelado pelo Supremo Tribunal Federal nas súmulas nº 346 e 473.

Súmula nº 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Para uma boa governança, é imperativo que os administradores tenham competências que vão além do conhecimento jurídico, sendo necessário uma organização e planejamento estratégico que vai além do âmbito judicial e trabalha com a interdisciplinaridade da atuação da Administração Pública.

A Administração é muito mais que alguns gráficos, a Administração é a participação de pessoas na tomada de decisões com o uso da liberdade que demanda responsabilidade e disciplina. A descentralização da Administração permite a participação das pessoas na tomada de decisões.

[...]

As decisões sociais também se tornaram centralizadas na figura de uma autoridade pública que representa a vontade de um número de pessoas, esta centralização não necessariamente é ruim, mas acaba por colocar interesses pessoais daqueles que organizam e gerem a burocracia acima do bem-estar geral. (KUHAR, 2021)

Alan Kuhar ao analisar o trabalho social de organização de Philip Selznick (1949 *apud* KUHAR, 2021) traz que um aspecto importante na atuação da administração é a tomada de decisões, desde que observados a responsabilidade e a demanda inerente ao exercício da função. A capacidade da Administração Pública centralizar e descentralizar sua forma de governo possibilita resultados mais efetivos ao bem-estar geral, através de planejamento estratégico, entendimento político e o gerenciamento de recursos que estão vinculados a sua atuação, requerendo um equilíbrio entre o rigor legal e a compreensão das complexidades sociais, econômicas e políticas.

Essa eficácia administrativa é evidenciada quando diferentes campos de conhecimento, como economia, sociologia, ciência, política e gestão são integrados ao conhecimento jurídico enriquecendo a tomada de decisões e facilitando abordagens mais holísticas e efetivas. Desta forma, o Poder Judiciário ser um órgão técnico e possuir conhecimento jurídico de forma pública e notória, não o torna competente a atuar como Administrador invadindo a competência do Poder Executivo que, diferente daquele, possui responsabilidades que são limitantes da sua atuação, a exemplo da responsabilidade orçamentária prevista na Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

Quando chegamos ao escalão da administração, a análise da tomada de decisões torna-se por demais difícil, não somente por serem as decisões mais importantes ou mais complexas, mas porque uma nova lógica emerge. A lógica da eficiência se aplica com clareza a unidades subordinadas, geralmente às que possuem objetivos operacionais bem definidos, critério limitado, veículos de comunicação estabelecidos e uma posição segura dentro da estrutura de comando. Nesses níveis mais baixos é de se esperar que encontremos a utilização eficiente de planos simples para o aumento do

controle e eficiência; e é aqui, justamente, que as técnicas científicas de observação e experiência se mostram mais avançadas e eficazes.

Entretanto, a lógica da eficiência vai perdendo terreno à medida que nos aproximamos do ápice da pirâmide. Os problemas neste nível resistem mais ao ataque normal dos peritos. Metáforas mecânicas – a organização comparada a uma máquina de produção homogênea – sugerem uma ênfase especial na organização pura e simples e nas técnicas eficientes de administração. É provável que essas ênfases inabilitem o analista para observar o relacionamento entre política e administração, resultando daí que a verdadeira experiência em liderança organizacional com frequência passa despercebida. (SELZNICK, 1971)

Além dos aspectos organizacionais, muito também se fala sobre a liderança na administração pública, onde a busca pela eficácia administrativa seria encontrar um equilíbrio entre meios e fins. Através da ideia de gestão, a administração dos recursos destinados a um resultado de qualidade e eficaz seria um dos aspectos inerente a um bom administrador, o que não pode ser conferido ao Juiz que está restrito a promover uma sentença que atenda de forma eficaz e com qualidade os pedidos pleiteados pelas partes.

Segundo os executivos entrevistados no estudo de Oliveira, Sant'Anna e Vaz (2010), entre as competências requeridas aos gestores públicos, face às demandas do contexto da nova administração pública, destacam-se: conhecimento da máquina pública, conhecimento jurídico, capacidade de promover o envolvimento da sociedade, capacidade de lidar com o público, objetividade, orientação para resultados, perspectiva global, relacionamento interpessoal e visão sistêmica. Já para o “líder eficaz” requerem-se atributos de competência, como: capacidade de comunicação, capacidade de lidar com os liderados, legitimidade, bom senso, capacidade de agregação, disciplina, visão sistêmica e espírito de corpo (*esprit de corps*). (OLIVEIRA, SANT'ANNA E VAZ, 2010 *apud* MURGA, 2013, p. 38)

O culto da eficiência na teoria administrativa é um meio moderno de enfatizar os meios e negligenciar os fins, já pela eficiência no Poder Judiciário seria enfatizar os fins a que se destinam uma decisão judicial, o que leva os magistrados a promover jurisprudência como se fossem doutrinas. Convém retomar essa discussão que será determinante para a análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, quando ao reconhecer um objeto como de repercussão geral, estende seus efeitos de um caso concreto a todos os casos análogos a ele, sem uma pesquisa ampla sobre o tema e os reflexos que aquela decisão irá originar, como bem faria a doutrina.

A Administração Pública deve sopesar as suas atitudes e políticas públicas pelo prisma da sustentabilidade, onde suas decisões não podem vir a prejudicar ou esgotar os recursos públicos disponíveis com a sociedade atual em detrimento da sociedade que há de vir no futuro.

A questão da sustentabilidade, deste modo, deve ser levada em consideração na busca de compatibilizar o direito individual à prestação da saúde pública ao direito de todos ao funcionamento do sistema público de saúde, agora e no futuro – direito este que, em tese, coincide com o interesse primário do Estado. Se tal postura é mais clara e viável no âmbito do planejamento ou governança da Administração Pública, refoge aos olhos do Poder Judiciário posto a julgar situações individuais ou mesmo coletivas, situando-se em um dos pontos cegos da Justiça. (CARDOSO, 2017, p. 63)

A distinção entre doutrina e jurisprudência é um tópico complexo e multifacetado no campo do direito, envolvendo a interseção da teoria legal, prática judiciária e filosofia do direito. A doutrina e jurisprudência, apesar de ambas serem fontes do direito brasileiro, possuem premissas distintas, uma vez que a jurisprudência trata a análise técnica pelo magistrado da melhor aplicação de uma norma legal ao um fato concreto levado a judiciário para que fosse julgado conforme fatos e provas colacionados ao processo.

E, por outro lado, a doutrina promove a pesquisa em direito, sobre um olhar mais filosófico e sistemático de cooperação entre os diversos operadores do direito, além dos possíveis beneficiados da aplicação deste direito em rede. A doutrina tem um papel inspirador muito importante no âmbito do ordenamento jurídico, servindo fundamentação e orientação para decisões administrativas e judiciais, bem como para promoção de novos institutos legais ou legislações produzidas pelo legislativo.

Uma autoridade reconhecida na área jurídica, desinteressada e cientificamente focada, pode ser sobremaneira importante na evolução do que se entende por direito, pois, se a ideologia de quaisquer grupos sociais é fonte material do direito, mais ainda será a opinião daqueles que fazem do direito seu campo de pesquisa. (ADEODATO, 2020, p. 121)

Maria Silvia Zanella Di Pietro (2020, p. 161) reforça essa importância quando fala sobre as fontes do direito administrativo que não possuem uma codificação própria sendo fundamentado principalmente em doutrinas, princípios e normas gerais.

... a doutrina tem a natureza de fonte material, porque ela não integra o direito aplicável, mas serve de fundamentação e de orientação para as decisões administrativas e judiciais, como também serve de inspiração para o legislador. O papel da doutrina como fonte do Direito Administrativo também é mais de orientação, de fundamentação ou de referência para as decisões judiciais e administrativas. (DI PIETRO, 2020, p. 161)

Como regra geral, a jurisprudência não constitui fonte obrigatório do direito, salvo nas hipóteses em que produz efeito vinculante, possui função meramente indicativa, facultativa ou orientadora das decisões judiciais futuras e para Administração Pública acerca de atos administrativos que tenham sido reconhecidos como ilegais (DI PIETRO, 2020, p. 160). Ao

contrário da doutrina que desempenha um papel importante como fonte do direito, uma vez que serve de fundamentação para decisões administrativas e judiciais, como também é incorporada ao direito positivo através das produções legislativas.

Desta forma, a jurisprudência se refere ao conjunto de decisões reiteradas em casos semelhantes, formando um precedente que orienta futuras interpretações e julgamentos como forma de reduzir o quantitativo de processos estagnados no Poder Judiciário e dar mais celeridade no julgamento das demandas encaminhadas ao judicial. Contudo, a sociedade é altamente mutável e caberá ao poder judiciário conseguir acompanhar essa dinamicidade quando na aplicação das jurisprudências, por isso o caráter indicativo, facultado a sua aplicação ao caso concreto, uma vez que não pode se presumir a norma ou a sociedade como estática.

A exigência de coerência produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa. Do ponto de vista externo, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação. Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes. (DIDIER, 2017, p. 141)

Os julgamentos futuros sobre o objeto de uma mesma jurisprudência não podem ser utilizados em sua integralidade sem observar as nuances de cada caso concreto, o magistrado deve observar as mudanças sociais e as diversas interpretações em constante transformação do direito que a doutrina promove. O Poder Judiciário vem praticando o caminho inverso a esse entendimento, quando confere caráter de doutrina as suas jurisprudências, tornando-as de caráter obrigatório e prejudicando a análise sistêmica do direito.

O Poder judiciário ao confundir ou sobrepor esses dois conceitos distintos, compromete fundamentos teóricos sólidos de interpretação e aplicação do direito, a devida separação dos poderes e, conseqüentemente, a previsibilidade e estabilidade do sistema legal. Por isso a importância dos institutos do *distinguishing* e *defiance* promovidos pela doutrina, a qual é essencial para a compreensão aprofundada dos institutos jurídicos, fornecendo uma visão crítica e abstrata que não pode ser substituída pela mera aplicação de precedentes.

A doutrina então prevê que através do *distinguishing* o Poder Judiciário pode deixar de aplicar precedente vinculante por reconhecer que a situação *sub judice* não é compatível com as teses e condições de determinado precedente. Já o *defiance* seria a afronta direta ao entendimento consolidado por um precedente. Diferente da premissa da jurisprudência, a

doutrina ao promover esses institutos apenas direcionam a sua utilização, não prevê regras rígidas e engessadas as quais eles se enquadram, ficando a cargo do operador do direito determinar a sua incidência.

À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos” das decisões. Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”. A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica. Sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, a interpretação justa do Direito torna-se, rigorosamente, impossível. A principal utilidade da ciência jurídica é exatamente possibilitar o uso coerente dos inúmeros conceitos jurídicos. (DIDIER, 2017, p. 143)

Se as decisões judiciais fossem tratadas como doutrina, poderia surgir um ciclo de auto referência, onde o Poder Judiciário se baseia em suas próprias decisões anteriores como fundamento teórico, levando a criação de um sistema fechado de autolegitimação. Essa legitimação nas próprias jurisprudências reduziria a possibilidade de novas ideias e interpretações, limitando a evolução do pensamento jurídico e enrijecendo o ordenamento jurídico.

A jurisprudência, por sua natureza, é moldada por casos concretos e suas peculiaridades, a dinamicidade é um aspecto obrigatório a fim de que ela sirva de resposta tanto para as necessidades atuais quanto para as mudanças futuras que ocorrerem. Considerá-la como doutrina pode levar a uma interpretação excessivamente literal e restrita do direito enrijecendo o sistema, impedindo o desenvolvimento de conceitos jurídicos em resposta às transformações sociais, tecnológicas e culturais.

Um dos outros riscos a confusão entre jurisprudência e doutrina é o favorecimento ao ativismo judicial, onde os juízes, ao invés de seguir os princípios teóricos, baseiam suas decisões apenas em precedentes específicos proferidos pelo próprio órgão. Essa fundamentação em si mesmo pode comprometer a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, enfraquecendo a separação dos poderes.

A doutrina deve sempre ter destaque frente as fontes do direito, uma vez que é fundamental para fornecer uma base teórica e abstrata do direito, contribuindo para a formação de um pensamento jurídico mais sólido e amplo, bem como a análise crítica do direito independente do fato concreto estudado, permitindo a evolução e adaptação do direito de forma mais eficaz.

Os doutrinadores analisam as leis a partir de um ponto de vista crítico, buscando entender seu significado, alcance e implicações explorando diferentes interpretações e possibilidades, oferecendo um aprofundamento teórico para além da simples aplicação da lei. Em contrapartida, a jurisprudência é produzida a partir da análise dos casos concretos, que servem como exemplos reais da aplicação das leis as situações fáticas.

Um aspecto importante da comunicação entre essas duas fontes do direito é que a doutrina, por sua natureza teórica, propõe ideias e interpretações que vão além da prática atual da jurisprudência. Isso pode levar a um avanço progressivo do direito, com a doutrina impulsionando mudanças na interpretação e aplicação das leis.

Por outro lado, a jurisprudência pode, às vezes, restringir a amplitude da doutrina, servindo como um lembrete prático das limitações e realidades da aplicação da lei. As decisões judiciais podem refutar teorias doutrinárias ou demonstrar a necessidade de ajustá-las à prática jurídica atual. Importante observar a interseção entre elas, onde a doutrina oferece a fundação teórica e a profundidade da análise, enquanto a jurisprudência fornece a aplicação prática e a realidade da lei em ação.

Contudo, Henrique Ribeiro Cardoso pontua que ao arrepio das fontes jurídicas, acaba que o Poder Judiciário toma suas decisões com fundamento em valores próprios ou interpretam os institutos jurídicos da forma que lhe convém, influenciados pelo apelo social, quiçá o emocional ao se utilizar do fator humano daquele quem julga. A doutrina apresenta uma orientação que resta ignorada pela decisão aplicada, a qual também sequer se comunica com jurisprudência semelhante ao fato analisado.

Mas a percepção que se tem, até agora, é que nenhum método, nenhuma baliza conhecida estaria à disposição para ser utilizada pelo Judiciário: casos idênticos com decisões contrárias, sempre com fundamento na proporcionalidade ou na razoabilidade, locais comuns do direito administrativo que são utilizados, na atualidade, ao bel prazer do julgador. Em casos semelhantes, mas em juízos distintos, tanto servem para conceder quanto para denegar o acesso a saúde. Muitas vezes, o saber contar melhor a história, ou mesmo juntar uma fotografia da pessoa que padece, contando com a comiseração do julgador, é fato decisivo para o êxito na demanda. Talvez se trate da aplicação pura e simples, pelo juiz, sem que o mesmo se aperceba, da teoria realista do direito – realismo jurídico –, sendo a decisão judicial mais influenciada por estímulos sociais ao elemento psicológico do julgador do que por fontes jurídicas, sendo as razões de decidir mera fundamentação aparente a justificar uma escolha preconcebida. (CARDOSO, 2017, pp. 86/87)

O direito à saúde, com o advento da Constituição Federal de 1998, tomou um lugar de destaque dentre os direitos fundamentais sociais, previsto no art. 6º e no art. 196 da Constituição.

Além da sua determinação, também se tornou uma ferramenta importante nas questões políticas e jurídicas do país, onde as decisões judiciais que contém este direito apresentam uma representatividade grande dos interesses políticos representados pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais necessitam da atuação do Judiciário para suprir suas lacunas e limitações (BARROSO, 2005 p. 51).

O constituinte ao tutelar o direito à saúde como bem jurídico compete aos entes federados a responsabilidade de promover, fiscalizar e zelar pela manutenção das políticas públicas, sociais e econômicas idôneas, as quais devem garantir um amplo acesso a este direito de forma isonômica. Por isso, a Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos concernentes ao direito à saúde, desde a sua constituição como direito fundamental social, até a sua regulamentação e pertinência em outras áreas do direito como a trabalhista e seguridade social.

Schwartz (2001, pp. 43/48) afirma que embora as Constituições Federais anteriores abordassem normas referentes a matéria da saúde, o objetivo principal era apenas estabelecer competências legislativas e administrativas. Contudo, na Constituição de 1988, o direito a saúde se torna um direito fundamental do cidadão, de eficácia direta e imediata (BARROSO, 2005, p. 34), na forma do artigo 5º, §1º do próprio texto constitucional, constituindo-se em direito prestacional oponível ao Estado que deveria prover com o máximo de amplitude e eficiência.

Outro marco importante foi a promulgação da Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica de Saúde – foi sancionada a fim de melhor regulamentar as ações e serviços de saúde em todo território nacional, além de estabelecer e determinar as diretrizes e objetivos do Sistema Único de Saúde. Dispõe em seu artigo 2º e parágrafos sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a quem é responsável essas atribuições que não são exclusivas do Estado, vejamos:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

A responsabilidade originária do Estado proveniente do *pacto sunt servanda* entre a sociedade e o Estado, não exime o dever dos demais atores sociais de buscar promover, proteger e recuperar a saúde. O artigo 197 da Constituição Federal prevê a capacidade discricionária do Poder Público em dispor da regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços atinentes à saúde, nos termos da Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde, vejamos:

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

Além disto, o direito a saúde também se enquadra como elemento da seguridade social, conforme prevê o artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Com base neste dispositivo, abre-se a discussão jurídica e política sobre a boa gestão dos recursos públicos voltados a promoção do direito à saúde e de políticas públicas sobre saúde, além da preocupação orçamentária responsável pela manutenção do direito e das políticas públicas. Uma das maiores dimensões do problema enfrentado pela busca ao direito à saúde é referente a ausência de investimento público no setor. A respeito desta problemática, Maria Fernanda Godoy Cardoso de Melo (2017, p. 107) pontua através do estudo estatístico que:

Para se ter uma ideia bastante simples e de caráter introdutório, o Brasil, apesar de declarar ter um sistema público universal (SUS), tem um gasto público com saúde menor do que o gasto do setor privado, incluído aí o gasto direto desembolsado pelas famílias, o chamado out-of-pocket. Além disso, no conjunto do gasto público e privado, o Brasil gasta menos do que muitos países, inclusive países da América Latina que sequer tem sistemas universais.

No que se refere a produção acadêmica sobre o tema da judicialização da saúde pública no Brasil, obras tem sido publicada de forma significativa, contudo incapazes de abordar toda a amplitude e complexidade do tema, principalmente diante da multidisciplinaridade e da alta gama de atores e operadores deste direito. Através de uma pesquisa no Google Acadêmico⁸ foram identificados uma diversidade de trabalhos nos portais de pesquisa, como Scielo, portal periódico da CAPES, sites e revistas especializadas no tema. Apesar da variedade, o tema ainda possui peculiaridades que estão sendo discutidas e são objeto de processos judiciais recentes, principalmente quando analisadas sobre o prisma constitucional dos julgamentos dos Temas de Repercussão Geral que ocorrem no Supremo Tribunal Federal.

É possível identificar que a produção científica gira em torno da relação direta entre a deficiência do fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde e o crescimento dos processos judiciais reivindicando o seu fornecimento, em regra, pela má gestão da política de assistência farmacêutica pelos Poderes Executivo Estadual e Municipal; bem como da desigualdade de acesso ao direito que a judicialização acaba produzindo, desequilibrando a

⁸ <https://scholar.google.com.br/?hl=pt>.

distribuição de competências no sistema, com potencial de sobrecarregar o Poder Executivo em seu planejamento e gestão orçamentária (BITTENCOURT, 2016).

Ademais, possível identificar a falta de padronização que existia quanto ao fornecimento de medicamentos órfãos no Brasil, bem como a ausência de pré-requisitos que deem acesso a tratamentos de doenças raras; e ainda a crescente preocupação do trabalho conjunto entre advogados particulares trabalhando em associação com médicos a fim de atender os interesses da indústria farmacêutica.

A categorização dos processos judiciais envolvendo o direito a saúde pode ser utilizado para demonstrar as deficiências do Sistema Único de Saúde, bem como evidenciar os pontos da falha da atuação do poder estatal. A devida categorização permitiria trabalhar os pontos que demandam uma maior atenção ou ainda, serviriam como objeto de fundamentação das discussões de planejamento estratégico e orçamentário.

A decisão de reconhecimento de repercussão geral em sede de julgamento no Supremo Tribunal Federal não implica em sua consequente resolução, a qual ainda pode perdurar por tempo indeterminado. Assim, a partir do referencial teórico apresentado, bem como da análise do tema sobre a ótica das facetas que a corrente neoconstitucional adota nas diferentes localidades do globo, serão estudados os Temas de Repercussão Geral sobre o tema da saúde pública no Supremo Tribunal Federal no estado em que se encontram a época da redação deste trabalho.

Assim, o presente trabalho pretende investigar o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil com foco no conjunto de ações em andamento na Corte Constitucional, analisando o fenômeno a partir da análise dos julgamentos dos processos judiciais em trâmite no Supremo Tribunal Federal em conjunto ao estudo teórico acerca do tema. O estudo dos julgamentos busca identificar como é abordado o fenômeno da judicialização do direito à saúde, enquanto direito fundamental social constitucionalizado, sob o prisma de duas correntes de pensamento distintas: por um lado a que identifica o ativismo político do judiciário como empecilho para a efetivação do direito à saúde, enquanto direito coletivo; e por outro lado a que atribui a este fenômeno da judicialização uma forma de ampliação da cidadania e fortalecimento da democracia.

Após analisados os julgados, deverá ser possível categorizar o direito à saúde e determinar quais as soluções mais eficientes para sua efetivação, bem como o agente responsável por estabelecer as diretrizes necessárias a sua implementação e manutenção. O acesso universal e igualitário promovido pela Constituição Federal se dá apenas com a participação judicial? As decisões levam a manutenção de uma sociedade igualitária?

1.3 Inovação dos institutos jurídicos para auxiliar o processo de judicialização da saúde

Através de uma revisão de literatura foi possível identificar os novos mecanismos jurídicos criados para auxiliar no processo de judicialização do direito à saúde no Brasil. De acordo Henrique Ribeiro Cardoso (2017, p. 89), o ano de 2016 sinaliza ser um divisor de águas na cultura jurídica brasileira, com a formatação de um verdadeiro sistema de resolução adequada de disputas (RAD), a objetivação dos processos inicialmente propostos para a satisfação de interesses subjetivos e a estruturação de um sistema de precedentes, estabilizador das expectativas sociais, com a vinculação dos Tribunais e dos juízes de primeiro grau.

O sistema de resolução adequada de disputas (RAD) estabelece procedimentos com novos canais de comunicação interinstitucionais para a produção de uma decisão socialmente justa. Essa inovação pode alterar substancialmente as práticas reivindicatórias do direito à saúde no Brasil e impactar a atuação de todos os atores sociais, renovando radicalmente a prática processual, em especial a atividade judicante do juiz de primeiro grau. Além disso, a objetivação dos processos inicialmente propostos para a satisfação de interesses subjetivos também seria uma inovação importante.

[...] uma busca pela influência do Poder Judiciário pela Administração Pública como estratégia apta a ofertar ao julgador uma visão multidisciplinar, especialmente quanto a questões orçamentária, administrativa e médica, estreitando-se os laços através de colaborações. (CARDOSO, 2017, p. 11)

Essa inovação seria uma importante ferramenta de combate a excessiva judicialização em processos individuais em tema de saúde pública, uma vez que a visão focada do julgador apenas nos fatos e documentos acostados ao processo individual e singular tende a produzir mais injustiça do que justiça. Na busca pela igualdade judicial na concepção do direito no campo judicial, geral uma repercussão negativa na igualdade social a qual terceiros estão submetidos, por muitas vezes incapazes de buscar ou acessar o Judiciário.

O sistema de resolução adequada de disputas (RAD) agiria como uma câmara de prevenção e solução administrativa de conflitos, incorporando a estrutura administrativa a capacidade de mediação e conciliação das demais individuais, sem a necessidade de ajuizamento de uma ação. A legitimidade do sistema estaria diretamente relacionada a sua estruturação, bem como a capacitação dos profissionais responsáveis por mediar a relação entre os administrados e a Administração Pública.

Ademais, a estruturação de um sistema de precedentes, estabilizador das expectativas sociais, com a vinculação dos Tribunais e dos juízes de primeiro grau, é outra inovação que impactaria significativamente a judicialização do direito à saúde no Brasil.

No Brasil, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades, busca-se estabilizar a jurisprudência. Para tanto, é essencial que os precedentes sejam formados como respostas às questões de todos os polos envolvidos no debate, e que não sejam aplicados de modo mecânico em causas repetitivas como um fechamento argumentativo, sem a análise dos julgados que lhes deram a formação. O NCPC tem nítida preocupação com a valoração dos fatos e dos argumentos fundantes (*ratio decidendi*) dos precedentes, que deverão ser identificados e enfrentados pelo juiz ao acatá-los ou rejeitá-los em sua decisão, em hipótese de diferenciação (*distinguishing*). (CARDOSO, 2017, p. 130)

A estruturação de um sistema de precedentes ajudaria a suprir a falta de interdisciplinaridade entre os atores e operadores do direito, uma vez que a análise objetiva com a participação ampla de diversos profissionais aproximaria o julgamento da realidade enfrentada. De igual modo, abrangeria as questões políticas, econômicas e sociais envolvidas na judicialização da saúde, para além das questões jurídicas.

Tanto a estruturação dos precedentes através do reconhecimento de repercussão geral promovendo a aplicação dos seus efeitos *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, quanto em demandas repetitivas identificadas pelo Incidente de Demandas Repetitivas (IRC) ou pelo Incidente de Assunção de Competência (IAC) fora das situações específicas de controle constitucional, contribuem para a ampliação dessa interdisciplinaridade entre os atores buscando sempre a objetivação destes processos (CARDOSO, 2017, p. 11).

O alinhamento destes novos mecanismos a outros já existentes, a exemplo das audiências públicas, permitiriam uma maior participação da sociedade nos processos decisórios, bem como na formação do convencimento do julgador. No contexto das ações de saúde, as audiências públicas ofereceria um espaço de debate e diálogo entre os atores envolvidos, incluindo pacientes, profissionais de saúde, gestores públicos, organizações não governamentais e especialistas.

Além de permitir uma maior participação social, também fomenta a transparência do sistema judiciário e a legitimidade das suas decisões, em que os cidadãos poderiam ter a fala franqueada e serem ouvidos efetivamente, intervindo na tomada de decisões sem a necessidade de uma representação política (SOMBRA, 2017, p. 238). Thiago Sombra (2017, p. 261) reforça

que seria dentro do ambiente de participação social por meio da audiência pública em que se efetivaria o papel político do Supremo Tribunal Federal:

É neste panorama que o STF robusteceria a sua condição de ator político representativo ao se utilizar das audiências públicas para compartilhar consequências políticas, promover a inclusão de minorias e dar voz aos mais variados segmentos marginalizados da sociedade civil que não necessariamente teriam legitimidade constitucional para provocar e atuar nas ações originárias de controle de constitucionalidade, ainda que estejam habilitados a atuar na estreita via recursal.

Contudo, a implementação desses novos mecanismos jurídicos para auxiliar a judicialização do direito à saúde no Brasil enfrenta diversos obstáculos, que vão desde questões políticas e econômicas até questões culturais e sociais. Um dos principais obstáculos é a falta de recursos financeiros para a implementação desses mecanismos, que exigem investimentos em tecnologia, capacitação de profissionais e infraestrutura.

Além disso, a implementação destes mecanismos jurídicos também enfrenta resistência por parte de alguns setores da sociedade, que veem a judicialização como uma forma de privilegiar os mais ricos em detrimento dos mais pobres. Essa visão é reforçada pela excessiva litigiosidade individual em temas de saúde pública, que tende a produzir mais ostensão e dispersão do que justiça (CARDOSO, 2017, p. 51/52).

Outro obstáculo importante é a falta de capacitação dos profissionais envolvidos na implementação desses mecanismos, que muitas vezes não possuem o conhecimento técnico necessário para lidar com questões complexas relacionadas à saúde pública. Isso pode levar a decisões equivocadas e a uma maior litigiosidade, o que acaba por agravar o problema da judicialização.

Uma forma de promover uma maior conscientização da sociedade sobre a importância da judicialização como forma de garantir o acesso à saúde para todos os cidadãos pode ser feito por meio de campanhas de informação e de conscientização, que busquem esclarecer a população sobre os direitos e deveres relacionados à saúde pública, bem como sobre os mecanismos disponíveis para a defesa desses direitos.

[...] a criação de comissões ou câmaras de assessoramento, de natureza eminentemente técnica, cujo objetivo é subministrar – seja ao juiz causa, seja às partes que acionam o Poder Judiciário, seja às equipes de procuradores incumbidos da defesa do Estado, através de elementos técnicos e/ou informações clínicas e/ou farmacológicas – uma avaliação independente acerca da aplicabilidade do tratamento solicitado pelo autor da demanda, bem assim, sempre que isto se mostrar possível, parâmetros de segurança/efetividade no emprego da terapêutica, com base em evidências clínicas seguras, objetivas e estatisticamente confiáveis. (LEITE; 2023, p. 85)

Mauro Salles Ferreira Leite (2023, pp. 85/86) traz que uma das estratégias consistentes para a informação técnica aos órgãos estatais que atuam diretamente com a judicialização da saúde foi o e-NatJus, plataforma colaborativa implantada em âmbito nacional pelo Conselho Nacional de Justiça, ferramenta oficial de suporte técnico ao Poder Judiciário instituída pela Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, DJE/CNJ n. 61/10, de 7 de abril de 2010.

A implementação dessa ferramenta se deu após a realização da Audiência Pública nº 04 realizada pelo Supremo Tribunal Federal para o debate das questões atinentes às demandas judiciais quanto ao fornecimento de prestações de saúde (LEITE, 2023, p. 85). Demonstra a importância que tanto os novos mecanismos, quanto os já previamente estabelecidos possuem quando analisado o fenômeno da judicialização da saúde, buscando uma análise mais objetiva e técnica sobre a matéria.

CAPÍTULO 2 - AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL EM MATÉRIA DE SAÚDE

Adiante serão analisadas decisões recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal constituindo temas de repercussão geral. Será feito um recorte quanto ao direito a saúde, a fim de direcionar a análise da atuação do Poder Judiciário frente a um direito social programático que depende da atuação efetiva e constitucionalmente obrigatória do Estado.

Como já demonstrado, o Neconstitucionalismo é uma corrente que busca dar maior efetividade e centralidade à Constituição como norma fundamental do Estado, através do reconhecimento da sua força normativa incidente sobre os demais ramos do direito. No mais, a interpretação constitucional prevê a utilização da Constituição Federal e de seus preceitos como filtro axiológico determinante na atuação de todos os Poderes e, principalmente, no Judiciário.

Como prevê o artigo 102 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal é o guardião da constituição e a promoção do Neoconstitucionalismo traz consequências práticas a exemplo da atuação mais ativa deste tribunal constitucional. Como apresenta Glauco Salomão Leite (2014, pp. 24/25), a postura adotada pelos ministros sofreu uma modificação ao longo do tempo, quando passou de uma postura mais receosa e velada para uma mais impositiva, deixando um pouco de lado o prelecionado no §2º do artigo 103 da Constituição Federal de não só declarar a inconstitucionalidade das normas, como atuar como legislador positivo e determinar os procedimentos a serem adotados durante a vacância da norma necessária.

[...] a Corte expandiu seus poderes político-normativos. Ela abandonou a posição inicial, que se restringia a pronunciar a inércia do legislador, cientificando-o da mora

legislativa. A reiterada omissão legislativa revelou que esse modelo de decisão não era satisfatório para assegurar o exercício de direitos fundamentais não regulados. Em outros termos, diante da eficácia limitada de preceitos constitucionais que exigiam norma integradora, o STF também produzia decisões ineficazes. O estado de anomia, portanto, subsistia. Porém, ao se promover uma guinada em sua jurisprudência, a Corte firmou sua competência para suprir o vazio normativo, permitindo o exercício do direito subjetivo, inicialmente no caso concreto. (LEITE, 2014, p. 29)

Glauco Salomão Leite (2014) faz uma abordagem acerca do ativismo judicial frente a inércia legislativa, o qual seria o Poder responsável para promover o debate político a respeito de diversos temas sensíveis e importantes para a coletividade. Enumera possibilidades para a inércia, as quais podem ser diante da ausência de consenso sobre referido tema ensejando uma postergação das deliberações ou até uma inércia consciente, tendo em vista o desgaste político que poderia causar.

Os políticos por dependerem de um eleitorado, não buscam a promoção de leis a fim de beneficiar a coletividade social, mas apenas uma forma de corresponder às expectativas da classe social que compõe o seu eleitorado. E para fugir desse desgaste, transfere a solução do conflito para o ambiente judicial. E para essa atuação judicial é necessária uma Constituição Federal apta a possibilitar a legitimação desta atuação:

Práticas ativistas dependem da existência de determinados elementos institucionais, políticos e/ou culturais e, muitas vezes, são respostas a esses estímulos. Em outros termos, o ativismo judicial tende a se manifestar em um ambiente político-institucional favorável à expansão dos poderes decisórios das Cortes, especialmente quando tal expansão não põe em risco a sua própria independência institucional. (LEITE, 2014, p. 12)

Essa jurisdição constitucional que envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tem como principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, a exemplo do mandado de injunção no qual é centrada a discussão de Glauco Salomão Leite. Luís Roberto Barroso (2005, p. 47) ressalta a complexidade do debate envolvendo a atuação *contramajoritária* assumida pelo Poder Judiciário:

A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contramajoritário*: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

De igual modo Hans Kelsen (2003 *apud* LEITE, 2014, p. 11) destaca a importância do Tribunal na proteção das minorias, contudo, pondera que as Cortes Constitucionais deveriam evitar fundamentar suas decisões em princípios jurídicos, dado o seu conteúdo indeterminado,

o que poderia levar a usurpação da atribuição do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. O espaço destinado ao debate do conflito de princípios deveria se ater apenas ao Poder Legislativo, o qual é escolhido para representar os diferentes interesses sociais.

A fundamentação em normas existentes preservaria a segurança jurídica, dando plena oportunidade para que as partes afetadas por decisão superveniente tivessem substrato suficiente a questionar ou promover o interesse próprio. Afastaria a confiabilidade apenas na subjetividade do ministro julgador, o qual pode fundamentar sua decisão de forma a enquadrar o caso concreto no seu próprio entendimento.

No mais, foi promovida a necessidade de quando enfrentar assuntos de grande relevância social, conferir efeito *erga omnes* para as decisões promovidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, o instituto da repercussão geral, introduzido em 2004 no Brasil pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem ganhado relevância no ordenamento jurídico nacional, ganhando inclusive previsões legislativas no Código de Processo Civil de 2015, quando prevê o sobrestamento de todos os processos no âmbito nacional que discutam a matéria em pauta no Supremo Tribunal Federal, preservando princípios constitucionais como a segurança jurídica.

Os temas de repercussão geral discutidos pelo Supremo Tribunal Federal transparecem a importância atribuída aos direitos fundamentais e aos valores do Neoconstitucionalismo, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, a proteção ao meio ambiente, a saúde e tantos outros. Assim, serão analisados os nove temas de repercussão geral atinentes ao direito a saúde a fim de identificar os elementos neoconstitucionais nas decisões, além das consequências que reverberam para os demais Poderes e toda a sociedade. Um dos objetivos é também identificar a amplitude da cognição dos ministros no que tange aos impactos e implicações de seus votos.

Esse exame crítico busca compreender não apenas as motivações legais e constitucionais subjacentes às decisões, mas também avaliar a profundidade do discernimento dos magistrados sobre as consequências práticas e suposições teóricas dos seus posicionamentos. A escolha deste enfoque justifica-se pela relevância da repercussão geral como mecanismo de filtragem de recursos no Supremo Tribunal Federal, uma ferramenta essencial para gestão do volume de processos e para a garantia da uniformidade interpretativa da Constituição Federal.

Ao concentrar-se nos votos proferidos em tais casos, o presente estudo busca identificar até que ponto os ministros consideram os efeitos amplos de suas decisões, que muitas vezes transcendem o caso concreto e têm o potencial de influenciar significativamente a sociedade e o ordenamento jurídico como um todo.

Para tanto, será empregada uma metodologia qualitativa de análise de conteúdo, por meio da qual os votos serão examinados, permitindo uma avaliação detalhada das razões jurídicas, dos argumentos empregados e do reconhecimento explícito ou implícito dos efeitos das decisões. Tal abordagem permite não apenas uma compreensão aprofundada das linhas de pensamento dos ministros, mas também uma análise crítica de como a consciência sobre os reflexos de suas decisões molda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ao analisar as decisões do temas de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal sobre a ideia do fenômeno da judicialização como algo posto e existente, oferece um olhar inovador que se distancia da fatídica dicotomia entre os vantagens e desvantagens. Desta forma, amplia a compreensão sobre a interação entre a teoria jurídica e a prática judiciária, ou seja, será possível identificar como a jurisprudência aplica a doutrina nos casos concretos.

2.1 Supremo Tribunal Federal e o controle judicial da Administração Pública.

A análise dos julgamentos de Temas de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente aqueles que tangenciam o direito à saúde e sua interseção com as prerrogativas e obrigações da Administração Pública, constitui o cerne deste tópico. A análise da jurisprudência do STF sobre este tema é de vital importância, não apenas por seu impacto direto nos cidadãos que buscam no judiciário a garantia de seus direitos fundamentais à saúde, mas também por sua influência na formulação e execução de políticas públicas de saúde pelo Estado. Este estudo pretende mapear, de forma crítica e detalhada, como o STF tem equacionado as tensões entre a garantia do acesso universal e igualitário à saúde e as limitações fiscais e administrativas enfrentadas pelo Estado.

No contexto brasileiro, a saúde é reconhecida como um direito de todos e um dever do Estado, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Este tópico examinará como essa premissa constitucional tem sido interpretada pelo STF em suas decisões, especialmente aquelas que abordam a obrigação do Estado ou incidam diretamente na atividade administrativa desempenhada pela Administração Pública. Será dada especial atenção aos critérios utilizados pelo STF para balancear os direitos individuais à saúde com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e sustentabilidade fiscal do Estado.

Adicionalmente, este tópico abordará o papel do STF na definição dos limites da discricionariedade administrativa em matéria de saúde pública. Através da análise de casos emblemáticos, discutiremos como o Tribunal tem estabelecido parâmetros para a intervenção judicial em decisões administrativas, buscando evitar o ativismo judicial excessivo, mas sem

abrir mão da tutela de direitos fundamentais. Será explorada a tensão entre a necessidade de uma gestão eficiente e eficaz dos recursos públicos e a obrigação estatal de assegurar o máximo possível o direito à saúde, dentro de um quadro de equidade e justiça social.

Por fim, o tópico se propõe a refletir sobre as implicações das decisões do STF para a gestão da Administração Pública e para as políticas públicas de saúde no Brasil. Serão analisadas como essas decisões influenciam a formulação de políticas públicas de saúde, a alocação de recursos e a priorização de intervenções sanitárias pelo Estado. Busca-se, assim, contribuir para um entendimento mais aprofundado das dinâmicas entre direito, saúde e administração pública, destacando os desafios e as oportunidades que emergem desse cenário para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

Especificamente quanto ao direito a saúde envolvendo controle judicial da Administração Pública, há sete temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tratam desta temática de forma direta, os quais serão analisados na presente seção.

Inicialmente serão analisados o Tema nº 55 – Reserva de lei complementar estadual de contribuição compulsória para custeio de assistência médico-hospitalar, julgado através do *leading case* RE 57354073⁹ e o Tema nº 431 – Contribuição para assistência à saúde incidente sobre proventos e pensões dos servidores públicos no interregno das EC nº 20/98 e nº 41/03, foi julgado através do *leading case* AI 831223¹⁰ por envolverem a mesma temática e um corroborar o entendimento do outro.

O Tema nº 55 trata-se de um recurso extraordinário interposto pelo Estado de Minas Gerais e pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) em que se discute a constitucionalidade da contribuição instituída pelo artigo 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, que tem por finalidade o custeio dos serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica prestados pelo Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais (IPSEMG).

Art. 85. O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º desta Lei Complementar, aos servidores detentores exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, aos agentes políticos e aos servidores admitidos nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 573.540, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14 de abr. de 2010. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 11 de jun. de 2010. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 831.223, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16 de jun. de 2011. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 06 de out. de 2011. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

1990, extensiva aos seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.

§5º A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para pagamento da folha de servidores públicos do Estado.

O ministro relator Gilmar Mendes (STF, 2010, p. 7) inicia a fundamentação do seu voto discutindo a obrigatoriedade prevista no parágrafo 5º da lei complementar analisada, demonstrando a natureza eminentemente tributária, uma vez que a cobrança é compulsória, ainda que o servidor não utilize os referidos serviços. Assim, sob o prisma da Constituição Federal, o sistema tributário adotado caracteriza-se pela rigidez e pela exaustividade da sua regulamentação acerca não só da competência, mas também no tocante as contribuições – tributos que se caracterizam pela afetação de sua receita ao atendimento de determinada finalidade pública.

Neste contexto, a Constituição Federal prevê em seu artigo 149, *caput*, a atribuição de competência exclusiva da União para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Contudo, a essa regra cabem duas exceções, quais sejam:

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, **contribuições para custeio de regime próprio de previdência social**, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão **instituir contribuição**, na forma das respectivas leis, **para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros públicos**, observado o disposto no art. 150, I e III.

O relator (STF, 2010, pp. 11/12) elenca essas duas premissas como primordiais para a interpretação do artigo 195, §4º da Constituição Federal que estabelece fontes alternativas para a manutenção e expansão da seguridade social. Trata-se de previsão constitucional acerca da competência residual para instituição de contribuições destinadas ao custeio da previdência social, o qual interpretado em consonância com o artigo 149, denota que apenas a União poderá exercer aquela competência para contribuições sociais, interventivas ou corporativas.

A partir do caráter tributário, a referida lei já seria considerada inconstitucional, agora sob a alegação de que a União e os Estados possuem competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde não é suficiente para a instituição de contribuição voltada ao custeio de sistema de saúde criado em favor dos seus servidores.

A saúde, embora integrante do plano de seguridade social, distingue-se substancialmente da previdência social em vários aspectos fundamentais. Enquanto a previdência é essencialmente focada na proteção contra os riscos econômicos decorrentes da perda da capacidade laboral, a saúde abrange um espectro mais amplo de proteção, visando garantir o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, não entrando na competência tributária do Estado. Logo, os Estados somente poderão instituir contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores, não permitindo interpretações extensiva ou análoga em respeito as regras de competência tributária (STF, 2010, pp. 11/12).

Não há dúvida, portanto, de que os termos “saúde” e “previdência” retratam realidades distintas. Por conseguinte, revela-se infundada a tese segundo a qual a expressão “regime previdenciário” também englobaria os serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos prestados pela autarquia previdenciária estadual. (STF, 2010, p. 12)

Gilmar Mendes (STF, 2010, p. 13) faz referência a precedente julgado pelo próprio Supremo Tribunal Federal para corroborar a fundamentação e manter a linha de fundamentação, ainda que passados oito anos do julgado, como também será identificado a manutenção do entendimento jurisprudencial sedimentado no STF também no Tema nº 431.

Outro ponto, a assistência à saúde prestada pelo IPSEMG, diante do dispositivo da lei complementar que o regulamenta, não se comunica com as ações realizadas pelo Sistema Único de Saúde. As diretrizes que norteiam o SUS são a universalidade, equidade e integralidade, distinguindo-se do “sistema” estadual que atende apenas os seus servidores que são compelidos a aderir ao plano e contribuir com o mesmo. Assim, a criação de um plano de saúde pelo ente federativo não se afiguraria inconstitucional, mas a compulsoriedade na adesão ao plano e no financiamento deste sim (STF, 2010, p. 14).

Adiante, o Tema nº 431 trata-se de agravo de instrumento, convertido em recurso extraordinário, que versa sobre a constitucionalidade da instituição de contribuição à saúde incidente sobre o valor de proventos e pensões de servidores públicos, no interregno das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03. Observa-se que a lide processual revolve matéria já julgada no Tema nº 55 envolvendo inclusive o próprio Estado de Minas Gerais e o instituto de assistência instituído pelo ente federativo.

Um ano após o julgamento do Tema nº 55, o Supremo Tribunal Federal foi provocado novamente para tratar do mesmo tema, agora sob o recorte temporal elencado pelas emendas constitucionais referidas. Contudo, houve a manutenção da jurisprudência pelos ministros, os quais já haviam entendido pela inconstitucionalidade de contribuição previdenciária instituída

sobre proventos e pensões de servidores públicos com finalidade de assistência à saúde diferenciada, ainda que no interregno das Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03 (STF, 2011, p. 4).

O ministro relator Cezar Peluso (STF, 2011, p. 6) faz um breve relatório sobre os precedentes que comungam alguma similitude com o tema discutido para fundamentar a inconstitucionalidade da matéria. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da obrigação da cobrança dos servidores públicos para custeio de serviços de assistência de saúde, inconcebível a sua restituição, ainda que de servidores inativos, qual seja o caso discutido no *leading case* do Tema nº 431.

Diante da exaustiva discussão do tema, não houve maiores discussões entre os ministros acerca da fixação da tese, tampouco nem todos sequer se manifestaram ao longo dos julgamentos.

O Tema nº 698 – Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção, foi julgado através do *leading case* RE 684612¹¹. Este tema é de extrema relevância pois toca em questões sensíveis que envolvem a alocação de recursos escassos, a eficiência da gestão pública e a garantia de direitos sociais.

A análise deste tema poderá demonstrar a aplicação das teorias da deferência judicial e das escolhas trágicas pelo Poder Judiciário frente às decisões administrativas. A teoria da deferência judicial sugere uma postura mais cautelosa do Judiciário, reconhecendo a expertise e o âmbito de discricionariedade da administração pública para tomar decisões complexas e tecnicamente embasadas. Por outro lado, a teoria das escolhas trágicas ressalta os dilemas morais e as restrições práticas enfrentadas pelo Estado ao tentar satisfazer todas as demandas sociais com recursos limitados, o que muitas vezes coloca o Judiciário na posição de fazer escolhas difíceis entre direitos igualmente válidos.

Essas teorias serão aprofundadas no capítulo três deste trabalho, quando será feita a análise dos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na redação dos seus votos, além de auxiliar a reflexão sobre a adequação dos instrumentos jurídicos e constitucionais na promoção do direito à saúde, considerando as implicações dessas teorias para a elaboração de políticas públicas eficazes e a distribuição de recursos.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 684.612, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03 de jul. de 2023. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 07 de ago. de 2023. Disponível em: <https://portal.Supremo.Tribunal.Federal.jus.br/> Acesso em: 02 fev. 2024.

Trata-se de recurso extraordinário contra condenação do Município do Estado do Rio de Janeiro, obrigado a realizar concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além de corrigir irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina, diante da alegada contrariedade aos artigos 2º e 196 da Constituição Federal.

O ministro relator Ricardo Lewandowski, o qual restou vencido neste julgamento, proferiu voto em desfavor do recurso entendendo por constitucional a sentença que determinou obrigação de fazer ao ente municipal para a realização de concurso público a provar cargos de médicos e funcionários técnicos para a unidade hospitalar. De modo a corroborar seu voto, o ministro relator (STF, 2023a, pp. 11/12) destaca os dispositivos constitucionais que preveem o direito subjetivo público à saúde e o dever estatal na sua efetiva consecução, observadas as diretrizes da universalidade, equidade e integralidade às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Concomitante a esse objetivo, a Administração Pública não pode negligenciar o orçamento público, maximizando a eficácia dos serviços com o limite de recursos disponíveis de modo a manter um serviço continuado de qualidade. O relator (STF, 2023a, p. 11) acrescenta:

Como já assentei em outro voto, trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, caput).

A participação da comunidade na gestão e controle decorre diretamente do direito fundamental, na medida que a sua efetivação leva a um dever constitucional do Estado permanente de concretização e realização, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela” (STF, 2023a, p. 12). A gestão e controle do direito fundamental a saúde estaria contida na proteção a organização e o procedimento ao qual os serviços de assistência à saúde são submetidos, cabendo o questionamento de sua ineficácia frente a própria Administração Pública.

A ineficácia decorre tanto da promoção de ações insuficientes, como da má administração do orçamento público disponível:

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva,

tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado. (STF, 2023a, p. 12)

Tampouco poderia a Administração Pública manipular a sua atividade financeira de modo a inviabilizar o estabelecimento e a preservação do direito à saúde, análise empreendida pelo ministro Celso de Mello na ADPF-MC 45/DF. O Estado não pode se valer do princípio da reserva do possível para, injustificadamente, exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais prejudicando o mínimo existencial digno que o cidadão merece na proteção e promoção da sua saúde.

Ao Poder Judiciário é vedado invadir a esfera de competência do Executivo e Legislativo, substituindo seu juízo de oportunidade e conveniência, contudo, deve agir de modo a assegurar o mínimo social que garanta a dignidade da pessoa humana, incluído um atendimento básico e eficiente da saúde (STF, 2023a, p. 14). Ao Executivo cabe as escolhas políticas de governo, mas caberá ao Poder Judiciário avaliar o sistema de prioridades fixado pela Administração Pública, desde que as escolhas realizadas correspondam a direitos constitucionalmente resguardados e possibilitem para além da sua manutenção, a progressividade de modo a ampliar os beneficiados e a qualidade final deste serviço.

A omissão administrativa também é um fundamento contrário a Administração Pública na promoção do direito à saúde, esta omissão não é apenas a inexistência de políticas públicas da saúde, mas também a falta de investimento no setor ou planejamento para aumentar a arrecadação de modo a melhorar os serviços e políticas públicas em andamento. A omissão e o retrocesso no custeio deste direito, ainda que possua uma reserva orçamentária finita, denota ofensa ao pretendido pelo constituinte e ao estágio já conquistado de realização do direito à saúde (STF, 2023a, pp. 17/18).

Apesar da Constituição Federal não explicitar valores, destinou a reserva de um orçamento mínimo para assegurar a promoção de ações e serviços públicos de saúde, conforma preleciona o artigo 198 da Constituição Federal. Assim, vincula uma parte da receita pública a obrigações com despesas sociais dando uma garantia procedimental ao dever do Estado, o que viabiliza remédios constitucionais para assegurar o nível mínimo essencial do direito à saúde.

De igual modo, a legislação Constitucional e infraconstitucional assegurou a organização e financiamento do Sistema Único de Saúde, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever do gasto mínimo no setor (STF, 2023a, p.18). A discussão sobre o custeio de procedimentos, bem como o financiamento

de recursos ao bom funcionamento do SUS é objeto de outros temas de repercussão geral que serão analisados nos tópicos seguintes.

O relator (STF, 2023a, pp. 19/20) conclui seu voto pela constitucionalidade do controle judicial sobre a Administração Pública por força da incidência dos postulados da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, já que não haveria qualquer desrespeito a princípio constitucional, nem mesmo o da separação dos poderes. Inexistiria, também, qualquer implementação de política pública pelo Judiciário, apenas o dever constitucional de controle judicial quando a conduta omissiva da Administração Pública compromete a eficácia e integridade dos direitos sociais.

De certo que se houver violação aos valores e princípios básicos considerados essenciais para a dignidade humana, o papel contramajoritário do Poder Judiciário é se posicionar contra esta violação, ainda que seja contra o interesse da maioria social representada pelos políticos que ocupam cargos no Poder Executivo. A dignidade não estaria na proteção do interesse da maioria, mas no tratamento igualitário conferido àquele que não consegue se proteger.

No julgamento deste tema é possível identificar a utilização do instituto jurídico do *amicus curiae*, importante para julgamentos de temas complexos e de grande impacto social possibilitando a ampliação do debate e a contribuição de *experts* que esclareçam as nuances técnicas e científicas que orbitam a matéria. O instituto também possibilita que partes interessadas, inclusive dos outros poderes, e que serão afetadas pelo julgamento da matéria possam participar e contribuir na melhor construção da decisão final.

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2023a, pp. 10/11) ressalta, inicialmente, a sensibilidade que é tratar sobre os limites da atuação do Poder Judiciário frente aos atos administrativos, tratando como uma interferência indevida em matéria de políticas públicas que desequilibra a harmonia entre os Poderes. Inclusive, rememora que esta pauta havia se intensificado nos anos 90, quando aumentou o número de demandas judiciais postulando providências quanto ao fornecimento de medicamentos e a prestação de tratamentos de saúde, dois anos após a promulgação da Constituição Federal.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 constitui um divisor de águas na consolidação dos direitos fundamentais, destacando-se pelo reconhecimento explícito do cidadão como detentor de direitos passíveis de serem reivindicados em juízo. Este reconhecimento se manifesta por meio de várias disposições que asseguram o amplo acesso à justiça e a capacidade processual ativa do indivíduo, refletindo um claro avanço na proteção jurídica do cidadão frente ao Estado e a terceiros.

A norma reflete a importância atribuída à tutela jurisdicional como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais, posicionando o cidadão como um sujeito ativo capaz de demandar a intervenção do Judiciário para a salvaguarda de seus interesses. A defesa desses direitos em juízo é uma manifestação concreta do reconhecimento do cidadão como detentor de direitos, reforçando o papel do Poder Judiciário na proteção dos interesses individuais e coletivos.

Contudo, a atuação do Poder Judiciário frente às políticas públicas requer uma abordagem equilibrada e cautelosa, considerando a complexidade e a multidimensionalidade das questões envolvidas. Quando se trata de políticas públicas, o Judiciário se depara com decisões que frequentemente transcendem o mero julgamento legal, adentrando esferas que envolvem considerações sociais, econômicas e políticas. Este cenário sensível que o ministro Alexandre de Moraes entende como importante parâmetro para nortear a fundamentação do seu voto.

O ministro Ellen Gracie, quando do julgamento do agravo interno AI 734.487, ressaltou a necessidade do redimensionamento da questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, cujo trecho foi transcrito pelo ministro Alexandre de Moraes:

Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. (STF, 2023a, p. 41)

Do trecho transcrito, é possível identificar que não há insurgência do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo em promover e determinar as políticas públicas de saúde, diante dos aspectos de conveniência e oportunidade. O Poder Judiciário é provocado a assegurar e resguardar um direito diante do não cumprimento das políticas públicas existentes.

A judicialização não é o cerne da questão, mas sim a conduta omissiva ou ineficaz da Administração Pública em não corresponder os programas públicos de saúde que formulou, seja no aspecto procedimental, orçamentário ou qualquer outro que não atenda as diretrizes constitucionais para a promoção e proteção de um direito social programático como a saúde. A simples formulação de uma política pública não é suficiente para isentar a Administração do seu dever constitucional, mas assegurar o seu cumprimento e progressão para além da sua criação.

Em seu voto, o ministro reconhece que o Poder Judiciário não é competente para criar políticas públicas, mas diante do seu dever constitucional, deve atuar para determinar o seu

cumprimento. O sistema de cooperação entre os Poderes deve funcionar de modo que a matéria seja devolvida ao Poder Executivo para que apresente soluções para a deficiência litigada.

Não obstante, Alexandre de Moraes (STF, 2023a, pp. 42/44) ressalta o principal argumento de defesa da Administração, nessas hipóteses, qual seja de que medidas judiciais determinantes de cumprimento de políticas públicas interferem perniciosamente na execução destas, pois representam o estabelecimento de prioridades por agentes públicos sem legitimidade popular – não eleitos – para tal atuação gerencial.

O tema de repercussão geral nº 220, sobre determinação judicial para realização de obras em estabelecimentos prisionais serve como parâmetro de distinção quanto ao julgamento de políticas públicas de saúde, identificando a ausência de posição sedimentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que fundamente a atuação do Poder Judiciário.

Como procuro demonstrar, a jurisprudência se mostra mais receptiva à atuação do Judiciário ao determinar providências cuja efetivação se perfaz pelo fornecimento de bens materiais: disponibilização de medicamentos, construção e reparação de equipamentos públicos, realização de obras para prevenir danos ao meio ambiente, entre outros. (STF, 2023a, p. 44)

Dentro dos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, bem como do sistema de freios e contrapesos que assegura harmonia entre eles, a intervenção do Judiciário em políticas públicas deve ser exercida com moderação. Embora seja importante que o Judiciário assegure a implementação de direitos constitucionais, essa atuação deve ser a exceção, não a regra, reservada para situações onde a inação ou ação inadequada dos órgãos responsáveis comprometa gravemente direitos individuais ou coletivos de natureza constitucional.

No tocante a cláusula da reserva do possível, adverte que trata-se de um binômio que compreende, além da razoabilidade a pretensão individual/social, também a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (STF, 2023a, p. 48). Ausente um desses aspectos impossibilita o Estado de realizar os direitos pretendidos, a não ser que haja uma demonstração efetiva de conduta irrazoável do Estado, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais; o que possibilitaria, excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário para viabilizar a fruição desses direitos.

O município de São Paulo, o qual atuou no processo como *amicus curiae*, levantou questões diversas que fogem a seara da análise de um processo judicial, a exemplo dos prazos regimentais para a contratação de longos períodos, mediante concurso público respeitando

todas as etapas do processo; bem como a carência de profissionais médicos que almejem trabalhar no serviço público submetido às regras e legislações próprias (STF, 2023a, p. 52). A Administração Pública é convocada a tomar escolhas trágicas a todo momento, num universo de limitação orçamentária e recursos financeiros escassos.

Como todos sabemos, a contratação de médicos para o Sistema Único de Saúde tem sido um dos grandes entraves para o aprimorar o atendimento nas unidades públicas de saúde tanto por limitações orçamentárias, como pela própria estrutura precária das instalações, com falta de equipamentos, materiais, medicamentos, o que torna a área pública de saúde pouco atrativa para os profissionais do setor, bem como para a permanência dos que já ali trabalham. (STF, 2023a, p. 54)

Adiante, o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2023a, pp. 64/68) elabora uma síntese do caso em comento ressaltando provas do conjunto probatório disponível que julga como determinante ao deslinde da matéria. A análise das provas carreadas aos autos tem que atentar a cláusula da reserva do possível, bem como da discricionariedade da Administração Pública que trouxe aos autos também um panorama da situação econômica e organizacional do hospital objeto da lide.

A Constituição Federal de 1988 marcou um ponto de inflexão ao elevar o direito à saúde ao status de direito social fundamental, distanciando-se radicalmente das disposições de constituições anteriores. Este avanço significativo na constitucionalização do direito à saúde implica uma obrigatoriedade para o Estado não apenas em reconhecê-lo teoricamente, mas efetivar tal direito através de políticas públicas concretas. Desta forma, a saúde emerge como um valor jurídico relevante sob a tutela constitucional, impondo ao Poder Público o dever de desenvolver e implementar políticas sociais e econômicas que garantam a todos os cidadãos acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, enfatizando sua promoção, proteção e recuperação (STF, 2023a, p. 69).

Como amplamente discutido no presente tema, bem como nos demais, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a força normativa e efetividade da Constituição fundamenta diversas jurisprudências. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno e, concomitante ao reconhecimento do cidadão como detentor de direitos, aumentou a busca por uma tutela judicial (STF, 2023a, p. 69).

O ministro Luís Roberto Barroso, ciente da sensibilidade do tema, fundamenta que o excesso voluntarista e a falta de critérios objetivos na promoção e proteção deste direito podem levar ao fim das políticas públicas existentes – ainda que precárias -, pois turba a organização administrativa e negligencia o orçamento público escasso.

Portanto, nessa seara, o Judiciário certamente não podese menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que seriam promovidos com a sua atuação. Mas também não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, acabar causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (STF, 2023a, p. 70)

O ministro (STF, 2023a, pp. 70/71) acrescenta que o direito à saúde, bem como as políticas públicas voltadas a sua promoção e efetivação devem observar os limites e possibilidades dos entes federativos. Além de toda organização administrativa, a Administração Pública deve orientar a execução dessas políticas, bem como gerir os recursos destinados a ela, além de promover formas de aumentar a arrecadação para a manutenção das políticas públicas e, quando possível, sua progressão.

Além desses pontos, cumpre observar que a Administração Pública deve promover outros direitos fundamentais, envolvendo as áreas mais diversas da sociedade, o que também impossibilita o remanejamento de recurso público, uma vez que para efetivar uma deficiência na saúde, poderia prejudicar a educação, transporte, segurança, dentre outros. O Estado tem o dever jurisdicional de corresponder as pretensões que lhe são dirigidas, administrativamente através de legislação própria. Contudo, a regra está sendo a judicialização das demandas a fim de transpor a etapa administrativa ou priorizar um direito individual em detrimento do coletivo.

Por isso, a necessidade de reconhecimento de repercussão geral nos temas envolvendo o direito a saúde, o que permite o Supremo Tribunal Federal estabelecer parâmetros para que a atuação judicial possa se pautar por critérios de racionalidade e eficiência (STF, 2023a, p. 71). A falta de critérios, disforme dos juizes de piso e dos tribunais de justiça que levam a instabilidade jurídica e a um sistema de saúde disfuncional e desigual.

Assim como o ministro Alexandre de Moraes, Barroso (STF, 2023a, pp. 73/74) pontua sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminhar para admitir a intervenção do Judiciário para implementação de políticas públicas apenas em situações excepcionais, quando imprescindível a comprovação da inércia ou morosidade administrativa não justificada. Cita também o Tema de repercussão geral nº 220 – referente ao sistema prisional e o Tema de nº 548 – referente a assegurar vaga em creche e pré-escola a crianças de zero a cinco anos de idade, como exemplos da atuação legal do Judiciário na implementação de políticas públicas.

A pandemia do COVID-19 serviu para evidenciar a precariedade que se encontra a saúde pública no Brasil, uma vez que quando mais se precisou, percebeu-se que nada que estivesse disponível ou que se buscasse fazer seria suficiente para lidar com a pandemia. A falta

de profissionais, material, equipamentos de proteção e estrutura disponível tornou o combate a pandemia ainda mais difícil (STF, 2023a, p. 76).

Por fim, conclui o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2023a, pp. 78/81) com cinco pontos necessários para o deferimento da atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas. O primeiro ponto seria que nos autos estivesse comprovada a ausência ou grave deficiência de serviço público decorrente da inércia ou excessiva morosidade da Administração Pública.

Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional. (STF, 2023a, p. 78)

O segundo ponto é a observância dos limites do pedido formulado pelo requerente da demanda em julgamento, o Judiciário deve observar a viabilidade da universalização da providência, considerando a escassez de recursos que o Poder Público possui. Em suma, deve ser analisado se a procedência do pedido poderá ser estendida a todo o sistema de assistência à saúde, sendo que o Poder Judiciário julgaria com base na razoabilidade do pedido e na viabilidade de um fato sem ter conhecimento da totalidade do orçamento público disponível.

O terceiro ponto seria a responsabilidade o Poder Judiciário determinar a finalidade a ser atingida pelo Poder Público, deixando este responsável pelo modo que iria alcançá-la. Entendo ministro que desta forma haveria o respeito a discricionariedade do mérito administrativo, a quem caberia optar pelo meio que considerasse mais pertinente e eficaz a atingir a referida demanda.

No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal decidir se suprirá tal deficiência, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). (STF, 2023a, p. 80)

A avaliação e fiscalização do método escolhido pelo Poder Público poderiam ser realizadas pelo próprio Poder Judiciário ou a órgão delegado, ao qual a Administração prestaria contas dos resultados ou etapas alcançadas. E, neste caso, não existiria uma sobreposição de Poderes, ambos poderiam atuar em sistema de cooperação para desenvolver um plano de ação

mais efetivo que atendesse a demanda e promovesse o mínimo existencial devido constitucionalmente.

O quarto ponto é sobre a crítica a respeito da falta de *expertise* e capacidade institucional para a atuação judicial na implementação de políticas públicas, um dos motivos que leva a deferência judicial que será discutida no terceiro capítulo. Desta forma, ao proferir uma decisão, o Poder Judiciário deverá estar apoiado em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, os quais podem ser colacionados com a petição inicial ou serem produzidos na instrução processual pelas partes, pelo Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS ou poder profissional devidamente habilitado.

Por último, ressalta a importância do órgão julgador oportunizar a participação de terceiros interessados na demanda e que possam contribuir na construção dialógica de uma decisão efetiva que atenda aos anseios e limitações de todas as partes, através da admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas.

Tais providências contribuem não apenas para a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de determinações que ele próprio ajudou a construir. (STF, 2023a, pp. 81/82)

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal acompanhou os termos do voto do Ministro Roberto Barroso que fixou as seguintes teses para o Tema nº 698:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Encerrada a análise do Tema nº 698, adentra a análise do Tema de repercussão geral nº 818 – Controle judicial relativo ao descumprimento da obrigação dos entes federados na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área de saúde, antes da edição da Lei

complementar referida no artigo 198, §3º da Constituição Federal, através do *leading case* RE 858075¹².

Trata-se de um processo judicial que decorreu do descumprimento, pelo Município de Nova Iguaçu, nos anos de 2002 e 2003, do percentual mínimo de aplicação de recursos nas ações e serviços públicos de saúde, conforme exigido pelo artigo 198, §2º, III, da Constituição Federal, observados os parâmetros do artigo 77, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Além disso, o Ministério Público Federal, autor da ação civil pública, também imputa, à União suposta omissão em reter a entrega de recursos atribuídos aos Municípios nos artigos 158 e 159 da Constituição Federal como sanção pelo descumprimento do percentual mínimo.

Desta forma, o cerne da questão trata da compatibilidade, com a Constituição Federal de determinação judicial, a Município, a inclusão, no orçamento público, previsão de recursos mínimos à saúde de modo a atender os percentuais mínimos constitucionais, no período anterior a promulgação da Lei complementar nº 141/2012.

Como o Tema envolve a atuação judicial frente a uma omissão administrativa, o ministro relator Marco Aurélio (STF, 2021a, p. 10) inicia seu voto lembrando que a República prevê uma harmonia entre os Poderes, os quais são independentes entre si e atuam nos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal em seu artigo 2º. Assim, o constituinte de 1988, ao atribuir aos entes competências comuns, adotou o “federalismo cooperativo”, visando um exercício em conjunto.

O federalismo cooperativo representa uma estrutura de governança em que diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal) colaboram e compartilham responsabilidades para alcançar objetivos comuns, superando a rigidez de uma separação estrita de competências. Essa abordagem promove a eficiência, a inovação e a capacidade de resposta às necessidades locais, ao mesmo tempo em que mantém a coesão e unidade nacional. Através da cooperação e coordenação entre os entes federativos, busca-se otimizar recursos, evitar redundâncias e garantir que políticas públicas sejam implementadas de maneira harmoniosa e efetiva.

A leitura dos dispositivos discutidos no presente Tema nº 818, reconhece um dever impositivo, solidariamente, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, qual seja a promoção universal e igualitária ao direito à saúde. O compromisso constitucional do Estado

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 858.075, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17 de maio de 2021. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 25 de ago. de 2021. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Democrático de Direito está evidente no artigo 1º, II e III da Constituição Federal que prevê como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Entende o relator (STF, 2021a, p. 12) que o Estado há de realizar prestações positivas e, no tocante às necessidades básicas, deve prevalecer o sistema intervencionista.

O colapso do sistema sanitário decorre da redução dos investimentos, do mau gerenciamento de bens e recursos, da falta de manutenção de hospitais e equipamentos, da não valorização dos profissionais da área. Observar direitos implica proteger o cidadão de forma integral. A ausência de medidas legislativas e administrativas eficazes sinaliza falha estrutural a gerar violação sistemática, com perpetuação e agravamento da situação. (STF, 2021a, p. 12)

Diante da importância constitucional conferida aos direitos sociais, em especial ao direito à saúde, cuidou o constituinte de estabelecer valores mínimos a serem destinados para a promoção e proteção de ações e serviços de assistência à saúde pública. Cabendo ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, a determinação de adoção de medidas necessárias a assegurar esses direitos, observando o princípio da autocontenção e não desembocar no ativismo judicial, substituindo-se ao Congresso Nacional, quando omissos na edição de leis necessárias.

O ministro Marco Aurélio (STF, 2021a, p. 13) posiciona o Poder Judiciário como guardião da Constituição, responsável por proferir decisões que versem sobre políticas públicas a fim de preservar os objetivos previstos constitucionalmente. Desta forma, diante da omissão legislativa ou da sua conduta morosa na promulgação da lei complementar necessária a execução efetiva do dispositivo constitucional do artigo 198, deve o Judiciário intervir para garantir a aplicação dos percentuais mínimos na área da saúde. Profere o voto pela constitucionalidade do controle judicial a tornar obrigatória a observância dos percentuais mínimos, o qual restou vencido no julgamento do referido Tema.

Por outro lado, o ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto foi acompanhado pela maioria do Supremo Tribunal Federal, reconhece o acerto na fundamentação do TRF-2, na medida em que em 2002 e 2003, não havia previsão legal que estabelecesse a sanção aplicável ao desrespeito do mínimo constitucional, tampouco das regras de procedimento para sua aplicação.

O art. 160, parágrafo único, II, da Constituição [3], incluído pela Emenda Constitucional nº 29/2000, previu a possibilidade de União e Estados condicionarem a entrega dos recursos indicados nos arts. 158 e 159 ao cumprimento do art. 198, § 2º, II e III, mas não determinou que essa fosse a consequência direta e imediata do desrespeito aos percentuais mínimos. A definição das sanções e do momento de sua aplicação só adviria com a publicação da Lei Complementar nº 141/2012, editada em

cumprimento ao art. 198, § 3º, IV, da Constituição [4], que exige lei complementar para o estabelecimento de normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde. (STF, 2021a, p. 16)

A Administração Pública não poderia aplicar qualquer tipo de sanção decorrente do desrespeito aos percentuais mínimos destinados a promoção do direito à saúde sem uma lei prévia que a estabeleça, tampouco sem as regras que determinem como será realizado o procedimento de aplicação desta sanção sob pena de violar o princípio da legalidade, uma vez que a Administração Pública não pode agir que não em virtude de lei.

Contudo, quanto ao controle judicial frente o Município de Nova Iguaçu, a Constituição Federal prevê os percentuais mínimos de aplicação de recurso, os quais per si já possuem força normativa desde sua promulgação, sendo claro o caráter imediato de sua aplicação. O artigo 77, III, §1º da ADCT corrobora essa força normativa indicando expressamente os percentuais mínimos a serem observados pelos Municípios.

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) (...)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Portanto, Luís Roberto Barroso (STF, 2021a, p. 18) entende por impossível obrigar a União a restringir a entrega de recursos decorrente da não observância dos percentuais mínimos aos Municípios inadimplentes, mas como constitucional, o controle judicial determinando a compensação dos valores que o Município tenha deixado de aplicar em ações e serviços voltados à saúde. Propondo a tese: “É compatível com a Constituição Federal controle judicial a tornar obrigatória a observância, tendo em conta recursos orçamentários destinados à saúde, dos percentuais mínimos previstos no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, considerado período anterior à edição da Lei Complementar nº 141/2012”.

Diante da compreensão da importância da participação de terceiros interessados na construção dialógica de uma decisão eficiente a todas as partes, foi admitido os demais Estados

da federação como terceiros interessados no processo, uma vez que o deslinde do julgamento poderia afetar a todos.

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2021a, p. 33) reconhece como acertada o entendimento do Tribunal de origem pela impossibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Município a aplicar os percentuais mínimos na área da saúde; e a União fiscalizar o cumprimento desses índices. A fundamentação para garantir a efetividade da repartição constitucional de receitas tributárias está prevista em seu artigo 160, a qual veda expressamente a retenção ou qualquer restrição à entrega dos recursos destinados aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios.

Apesar da EC nº 29, de 13 de setembro de 2000, possibilitar a intervenção federal nos Estados e a intervenção estadual nos municípios, em caso de descumprimento dos percentuais; a Constituição Federal reservou a Lei Complementar, não promulgada durante o lapso temporal em discussão, a regulamentação dos preceitos básicos a garantir a efetivação dos repasses da repartição constitucional das receitas tributárias.

A lei complementar desempenha um papel crucial na concretização de direitos programáticos previstos na Constituição, funcionando como um instrumento que detalha e viabiliza a aplicação desses direitos. Direitos programáticos, por natureza, estabelecem metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado, requerendo normas regulamentadoras que orientem sua execução. Assim, a lei complementar se faz necessária para preencher lacunas, estabelecer procedimentos, critérios e condições que assegurem a efetiva implementação desses direitos, garantindo que não permaneçam como meras promessas constitucionais, mas se traduzam em ações concretas e políticas públicas eficazes.

Diante do aspecto tributário da demanda, o ministro Alexandre de Moraes (STF, 2021a, p. 34) acrescenta que o Tribunal de Contas da União possui atribuição constitucional a realização do cálculo das *quotas* referentes ao fundo de participação, a fim de assegurar a transparência da gestão pública dos recursos repassados. Assim, os entes federativos são obrigados, em atenção ao princípio da publicidade, a divulgar os montantes arrecadados por tributos, recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e as regras do critério de rateio.

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Pleno já julgaram demandas envolvendo a mesma matéria e concluíram, em ambas as hipóteses, pela impossibilidade de registrar o ente federativo em cadastro de inadimplentes ou de restringir o repasse de recurso diante da não observância dos percentuais mínimos, em período que antecede a Lei complementar.

Em ambas as hipóteses, esta CORTE fixou o entendimento de que, antes da existência daquela lei federal complementar, não havia procedimento definido em âmbito legal que permitisse a realização do devido processo para inscrição dos entes públicos nos cadastros de restrição federal, nem para o estabelecimento de elementos obrigacionais e respectivas sanções aos Estados-Membros e Municípios. (STF, 2021a, p. 35)

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2021a, pp. 35/45) colaciona em seu voto extensa gama de jurisprudências que demonstram o entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal diante da matéria do Tema nº 818, o que reforça a necessidade da fixação de uma tese a fim de auxiliar na resolução das demandas repetitivas que chegam ao STF. No mais, conclui que apesar do direito à saúde ser reconhecido como direito fundamental, consagrado na Constituição Federal como dever do Estado, este não pode atuar que não em virtude de lei, sob a perspectiva de que esta exceção, para penalizar o Município levaria a maiores prejuízos do que, efetivamente, um aprendizado.

Efetivamente, o Poder Executivo municipal detém autonomia para gestão financeira dos seus recursos e, inclusive, responde pela escorreita aplicação da receita pública consoante critérios de responsabilidade fiscal. Assim, em face da ausência de parâmetro legal à época acerca da fixação dos percentuais a serem aplicados pelos entes federativos na área da saúde, a intervenção do Judiciário para instituir um vinculação orçamentária não autorizada nos moldes definidos pela CARTA MAGNA, ou seja, por meio de regulamentação via lei complementar, não só viola a separação de poderes, como pode desorganizar as finanças municipais, provocando graves implicações financeiras para o custeio de despesas urgentes ou extraordinárias, em franco prejuízo à promoção e manutenção da saúde dos próprios municípios. (STF, 2021a, p. 46)

Em suma, quando o Judiciário impõe condutas à Administração Pública, tal ato judicial deve alinhar-se aos objetivos programáticos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, respeitando o arcabouço constitucional da República Federativa do Brasil. Simultaneamente, essa intervenção deve evitar interferências no plano de governo do administrador público, que detém a prerrogativa de administrar o erário e definir diretrizes governamentais. Essas diretrizes, marcadas pela discricionariedade administrativa baseada em critérios de conveniência e oportunidade, não estão sujeitas à revisão judicial.

Portanto, o ministro Alexandre de Moraes votou pelo desprovimento do recurso extraordinário, o qual também não prosperou, sendo o voto do ministro Luís Roberto Barroso acompanhado pela maioria.

Já quanto ao Tema 793 do Supremo Tribunal Federal trata sobre a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, através do *leading case* RE 855.178¹³:

Trata-se de um Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 de Sergipe opostos pela União em face da decisão tomada pelo Plenário da Corte, reafirmando a jurisprudência da casa acerca da responsabilidade solidária dos Entes Federados na prestação dos serviços essenciais à saúde. O cerne da discussão recursal sobre a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados foi analisada a luz dos artigos 2º, 23 II e 198 da Constituição Federal.

O art. 198 da Constituição prevê a sistematização e financiamento para o bom desempenho do Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei nº 8.080/90. Assim, prevê a descentralização da prestação de ações e serviços públicos de saúde, apesar de integrarem um sistema único, devendo ser financiada por todos os entes federados a fim de que não impossibilite o atendimento integral das demandas associadas a saúde.

Desta forma, foi fixada a tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes federados, 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”.

Como dito por Luís Roberto Barroso (2005), nos últimos anos, com o movimento neoconstitucional, o Poder Judiciário vem em grande ascensão institucional. Esse novo cenário, imbuíu o Judiciário com liberdades democráticas e garantias que transcenderam o caráter técnico e ampliaram a atuação das instituições judiciais. Agora, além de determinar, por meio judicial, aos entes federados a promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, seja o fornecimento de medicamentos ou o custeio de tratamento médico adequado; também direcionaria *ex officio* à autoridade competente a figurar no polo passivo da demanda, bem como determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Assim, por meio da fixação de tese de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal ratificou a decisão o Juízo de 1ª instância que determinou o fornecimento da medicação BOSENTANA (TRACLEER 62,5 mg/125 mg) à autora pelo Estado de Sergipe custeado em solidariedade pela União no percentual de 50/50. A consolidação desta tese reforça o dever do

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178 ED, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23 de maio de 2019. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 16 de abr. de 2020. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Estado e do Judiciário em tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente da população carente.

O tema 793 busca combater a morosidade judicial das partes ao impetrar diversos mecanismos processuais a fim de identificar a quem cabe a responsabilidade financeira para concretizar o direito a saúde judicializado no processo. Ao tornar imediato o cumprimento, prioriza-se a saúde e posterga a discussão de responsabilidade financeira para momento oportuno em que a vida da pessoa esteja resguardada. Do ponto de vista orçamentário, não há que se falar em responsabilidade fiscal dos Entes, uma vez que a previsão constitucional de descentralização e hierarquização previne qualquer sanção até que se conclua a quem cabe o ônus financeiro.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. Desta forma, o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente de modo a tornar célere as demandas envolvendo matéria de saúde.

Contudo, o senhor Ministro Edson Fachin em seu voto (STF, 2019a, p. 35) ressaltou algumas distorções efetivadas pelos juízes, tribunais e operadores do direito: “i) aumento da judicialização em matéria da saúde após a fixação da tese da solidariedade, ii) desestruturação do SUS, iii) sobreposição ou ausência de cumprimento de decisão judicial”.

A primeira delas prevê que o reconhecimento da tese da solidariedade dos entes promoveu um aumento demasiado da judicialização em matéria de saúde, com o correlato aumento dos gastos públicos com saúde, sem a correlata melhora no sistema público de saúde. Adentra a distinção da sociedade juridicamente capaz em detrimento da alienada, a qual perde seus recursos que serão direcionados a cidadãos informados com capacidade financeira de contratar advogados e acionar a justiça.

A ampliação da jurisdição constitucional do Poder Judiciário não vislumbra o cenário externo ao processo em julgamento, não há uma abertura para a discussão e construção em conjunta entre os Poderes e por aqueles que são representados, como prevê o Novo Constitucionalismo Latino Americano. As proporcionalidades dos gastos e o direcionamento às pessoas políticas são desarrazoadas, demandando gastos orçamentários volumosos para Municípios e Estados ou uma logística irracional à União (STF, 2019a, pp. 49/50).

Em meio a esta relação dos poderes, também figura a sustentabilidade como qualificação constitucional imprescindível já que não se pode discutir a prestação de direitos fundamentais de forma momentânea e isolada. A construção de políticas públicas e ações

sociais pelo Estado é uma obrigação continuada com a prestação e manutenção destes direitos e sobre isso sustenta Henrique Ribeiro Cardoso (2017, p. 65) que:

Nesse sentido, é pertinente afirmar que a correta interpretação da Constituição requer que este referencial axiológico e normativo estimule a *sindicabilidade aprofundada das políticas macroeconômicas e administrativas, em especial no que tange às políticas de saúde*, objeto da presente tese. Mais do que uma eficiência isoladamente considerada, *immediatista*, o que se identifica é a necessidade de uma *prolongada atuação tendente à preservação do direito ao futuro*.

Adiante tem se a desestruturação do Sistema Único de Saúde como uma distorção ao Poder Legislativo, que além de prever a quem deveria ser demandado determinação ação judicial, também previu, no âmbito do SUS, a sua respectiva atribuição. O descrédito as normas em vigor dotadas de eficácia geram uma instabilidade dentro do ordenamento, além de contraria princípios constitucionais que deveriam ser guardados pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da segurança jurídica.

E mais, impossibilita a discricionariedade da Administração Pública em planejar e executar políticas públicas que lhe são atribuídas pelas referidas legislações. Edson Fachin (STF, 2019a, p. 51) afirma que: “há uma perniciososa substituição de papéis: o Judiciário definindo políticas públicas e redefinindo o contorno constitucional e legal, sem declarar a inconstitucionalidade das leis federais que desenharam e regulam o SUS e a divisão de atribuições dos entes políticos”.

Por fim, há a sobreposição ou ausência de cumprimento da determinação judicial que seria uma consequência da primeira distorção, quando um município seria obrigado a arcar com um procedimento cirúrgico ou fornecimento de algum medicamento avultoso que comprometesse quase a totalidade de seu orçamento para a saúde.

Enumerados os aspectos controversos do entendimento fundamentado no Tema 793 de repercussão geral, transparece que a utilização irrestrita da expressão solidária atinge objetivo diverso do pretendido pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, a possibilidade do Judiciário incluir e direcionar o responsável pelo ônus financeiro no curso do processo ou em sua origem fomentará a racionalização do sistema do SUS, conferindo-lhe eficiência e economia.

Ao analisar os temas de repercussão geral pode se inferir que a busca do Poder Judiciário pela representatividade político social necessita uma melhor avaliação da eficácia das suas decisões, bem como da aplicabilidade dos instrumentos disponíveis para corroborar sua atuação como ator político no processo democrático.

A busca pelo reconhecimento social acerca da sua utilidade para a organização política do país tem atrofiado a percepção do que seria um regime democrático contemporâneo. Para

além do reconhecimento pelos cidadãos favorecidos pelas decisões da Corte Constitucional, elas devem ser capazes de compartilhar as consequências políticas dessas demandas (SOMBRA, 2017, p. 261).

Mas o modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal favorece o protagonismo individual, não fomentam a troca de argumentos e razões para que chegassem a melhor decisão para a sociedade. Conforme Miguel Gualano Godoy (2015, p. 154) diz:

O modelo decisório do Supremo Tribunal Federal não é hoje o de uma decisão da corte (per curiam), mas sim o de decisões fracionárias individuais (pure seriatim). Vale dizer, ainda que haja um debate público prévio à tomada de decisão, os ministros decidem os casos de forma individual, sem um engajamento colegiado e em geral fechados em seus gabinetes. Cada ministro toma sua decisão individual e somam-se os dispositivos, podendo haver ou não algum debate durante o julgamento em plenário.

Dentro da perspectiva dialógica para a construção de uma decisão mais eficaz ser fictícia dentro do próprio Poder Judiciário, quiçá para com os demais poderes e ainda pior para com os representantes da sociedade. Enquanto o diálogo não se embasar numa relação de pares em posição de igualdade, o entendimento será enviesado para o dominante, em regra juízes e cortes (GARGARELLA, 2014, p. 148 *apud* GODOY, 2015, p. 156).

De igual modo, Thiago Sombra (2017, p. 265) aponta que o principal fator para aferir o anseio de representação do Supremo Tribunal Federal e seu impacto na legitimidade da deliberação é a capacidade de equacionamento da responsividade e da *accountability*. Ou seja, a capacidade de o Supremo Tribunal Federal admitir as informações apresentadas pelos demais atores nas razões de convencimento para proferir sua decisão, bem como da previsibilidade das regras, a exemplo de: prazos para julgamento das demandas, determinação no Regimento Interno do STF acerca dos critérios para elaboração das pautas de julgamento – acarretando maior transparência nas atividades do Judiciário e afastando possibilidades de preferência ou interesse político nos julgamentos.

O próximo é o Tema nº 1051 – Obrigatoriedade, instituída por lei municipal, de implantação de ambulatório médico ou unidade de pronto-socorro em shopping centers, julgado através do *leading case* RE 833.291¹⁴

Trata-se de um recurso extraordinário interposto pela Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE), com fulcro no artigo 102, III, “a” da Constituição Federal,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 833.291, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04 de dez. de 2023. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 08 de jan. de 2024. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 10 fev. 2024.

contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o qual considerou constitucionais as Leis municipais nº 10.947/91 e 11.649/94, além do Decreto municipal nº 29.728/91 que determinam aos shoppings centers a obrigação de implementar ambulatório ou serviço de pronto-socorro nos seus estabelecimentos.

O ministro relator Dias Toffoli (STF, 2023b, p.8) após relatório do processo, afastou as questões preliminares de mérito suscitadas pelos recorridos, asseverando a constitucionalidade da matéria, uma vez que as razões de decidir das instâncias inferiores fundamentou-se nas disposições de competência e em princípios consagrados na Constituição Federal. O cerne do Tema envolve a pertinência da matéria no panorama local a respaldar as normas impugnadas, se há vícios formais, e, por fim, se há afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da livre iniciativa.

Em tese, poderiam os municípios, no exercício da competência suplementar, legislar sobre a proteção e defesa da saúde, nos termos dos artigos 24, XII c/c o artigo 30, I e II, da Constituição Federal, desde que haja interesse local. O acórdão da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – nº 672 decidiu parcialmente pelo provimento observando o caráter excepcional que se encontrava o Brasil diante da pandemia do COVID-19, o que exigia das autoridades brasileira uma atuação concorrente no combate a pandemia e a efetivação da proteção da saúde.

Logo, diante da competência concorrente prevista na Constituição Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, permite aos Municípios suplementar legislação federal e a estadual, diante do interesse local atendendo ao preceito da descentralização político-administrativa do Sistema Único de Saúde. O sistema deve atuar em rede, permitindo a descentralização dos serviços de assistência médica, além das atividades de vigilância sanitária e epidemiológica.

O ente municipal é competente para promover, no âmbito dos seus territórios, medidas sanitárias mediante ato legislativo como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas. Desde que não desrespeite a validade formal e material dos atos normativos federal e estadual, o município é a autoridade jurisdicional competente a lidar com as questões e problemas locais.

Contudo, ressalta o relator (STF, 2023b, p. 16) que ao determinar a obrigação dos shoppings centers a manterem serviço de atendimento de emergência com a exigência de contratação de profissional médico, o Município invade a competência legislativa exclusiva da União sobre direito do trabalho e comercial. Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 525, RE nº 839.950/RS, reconheceu essa invasão de competência na

determinação de contratação de funcionário para prestar serviço de condicionamento em supermercados.

Adiante, no tocante a violação do princípio a livre iniciativa, a Constituição Federal fomenta diversas liberdades, respeitando a autonomia individual, manifestado na liberdade negocial e na liberdade contratual quando analisado dentro da ordem econômica. Por não se tratarem de liberdades absolutas, devem ser analisadas através da ponderação quando posicionados em patamar equivalente a outros princípios constitucionais, devendo os agentes estatais e privados orientarem suas atividades observando a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a função social da propriedade (STF, 2023b, pp. 16/17).

A orientação pelo respeito e promoção da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a assistência à saúde são diretrizes do Poder Público, não podendo presumir a sua priorização pelas empresas privadas. No entanto, não podem as empresas privadas, no desenvolvimento das suas atividades econômicas, apresentarem óbices ao exercício desses direitos, o que legitimaria uma intervenção estatal a fim de resguardar a sua proteção e promoção.

Inclusive, ministro Roberto Barroso (2001) leciona que “O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre iniciativa”.

As obrigações determinadas pela legislação arguidas transbordam os limites da intervenção estatal na atividade econômica dos shopping centers, por não possuir correlação com serviços ofertados, impor determinações de alto valor financeiro, tanto para implementação quanto para sua manutenção, seja para a adequação do espaço destinado a assistência médica determinada quanto para contratação de profissional de saúde. A permissão constitucional para a atuação suplementar na assistência ao direito à saúde condiciona o interesse da empresa privada, a qual ao contratar ou se conveniar ao ente público, anui com a regulamentação legal previamente estabelecida.

O Poder de polícia da Administração Pública não pode negligenciar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da conduta impondo um ônus demasiado a terceiros, neste caso, aos empresários de shopping centers. Portanto, julga procedente o recurso extraordinário, fixando tese para o Tema nº 1.051: “É inconstitucional lei municipal que estabeleça a obrigação da implantação, nos shopping centers, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência”, aprovado pela maioria.

O ministro Gilmar Mendes (STF, 2023b, pp. 20/22) acompanha o voto do relator e acrescenta que surgem dúvidas acerca dos limites da competência legislativa dos entes

federados, tendo em vista os critérios utilizados pelo constituinte e a aparente vinculação de uma determinada matéria a mais de um tipo de competência. Para dirimir essas dúvidas, necessária a subsunção da lei em relação aos artigos constitucionais que estabelecem os limites legislativos de cada ente federado a partir de critérios interpretativos.

Ao se constatar uma aparente incidência de determinado assunto em mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina a norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses. (DEGENHART, 2006 *apud* STF, 2023b, p. 21)

Por outro lado, o ministro Edson Fachin (STF, 2023b, p. 26), que teve voto vencido, entende que o debate gira em torno da distribuição de competências e a compreensão do próprio programa de federalismo insculpido na Constituição Federal de 1988. Por se tratar de centros de compras, conclui que trata-se de legislação regulamentadora de relações de consumo, consubstanciando norma concretizadora de proteção ao consumidor.

Em um sistema de cooperação e compatibilização de interesses, rechaça-se a centralização de competência em um ou outro ente e corrobora que para um funcionamento harmônico, as competências legislativas e executivas devem otimizar os fundamentos e objetivos da Constituição Federal. E, diante da busca pela máxima efetividade do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, o ministro Edson Fachin entende que a sistemática de repartição de competências não pode ser visto como único princípio informador, sob pena de resultar em excessiva centralização de poder na figura da União.

É este novo olhar que se propõe a partir da ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado. (STF, 2023b, p. 28)

Portanto, entende que por se tratar de matéria de proteção ao direito do consumidor, o Município possui competência para atuar, tendo em vista o interesse local, tampouco vislumbra qualquer excesso legislativo que justifique a violação ao princípio da livre iniciativa, uma vez que busca a máxima efetivação do consumidor, parte hipossuficiente na relação fática julgada.

Por fim, resta a análise do Tema nº 1.103 – Possibilidade dos pais deixarem de vacinar os seus filhos, tendo como fundamento convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, julgado através do *leading case* ARE 1.267.879¹⁵.

Trata-se de um processo recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou que pais veganos submetessem o filho menor às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acompanhando os termos do voto do ministro relator Luís Roberto Barroso, acordaram em negar provimento ao recurso extraordinário fixando a seguinte tese para o Tema nº 1.103: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

A luta contra epidemias no mundo parte da história a muito tempo e o Brasil é protagonista nesta matéria diante da atuação do Programa Nacional de Imunizações (PNI). Inclusive, foi realizado um estudo acadêmico que revisaram os 46 anos de conquistas e desafios do PNI, destacando seu papel na eliminação da circulação do poliovírus selvagem, na eliminação da circulação do vírus da rubéola e na redução significativa de casos e mortes por doenças preveníveis por vacinas. O Brasil oferece gratuitamente uma das gamas mais completas de vacinas à população, com 15 vacinas para crianças, 9 para adolescentes e 5 para adultos e idosos (DOMINGUES *et al.*, 2020).

A época do julgamento, o mundo enfrentava a pandemia do COVID-19, quando ninguém sabia o que era, tampouco como combater o reduzir os impactos negativos na saúde pública. O coronavírus SARS-CoV-2 destacou a interconexão global e a vulnerabilidade coletiva das sociedades modernas a emergências de saúde pública. Seu impacto vai além da saúde, afetando economias, educação e estruturas sociais. A crise evidenciou a importância crítica da cooperação internacional, da ciência e da vacinação na gestão de pandemias. Também trouxe à tona debates sobre equidade na saúde, a tensão entre liberdades individuais e bem-estar coletivo, e o papel dos governos e organizações na proteção da saúde pública.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1.267.879, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17 de dez. de 2020. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 08 de abr. de 2021. Disponível em: <https://portal.Supremo.Tribunal.Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Logo, em inúmeros cenários, a vacinação se mostrou um método preventivo eficaz, em alguns casos, inclusive, responsável pela erradicação da moléstia, a exemplo da varíola e da poliomielite – paralisia infantil – no Brasil. A jurisprudência no Brasil trabalha em consonância com a medicina de evidência, sendo os resultados e experimentos positivos determinantes nas razões de decidir do julgador que se depara com o tema.

Contudo, quando há colisão de direitos, diante da inexistência de caráter absoluto, deve ser feita uma ponderação em que um se sobressairá em detrimento de outro. O acórdão julgou no sentido de:

A liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227). (STF, 2020, pp. 1/2)

Também há o fundamento legal para a obrigatoriedade da vacinação, o qual encontra no direito brasileiro previsão em múltiplos dispositivos legais, quais sejam a Lei nº 6.259/1975 – Programa Nacional de Imunização e a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, as quais jamais foram reputadas inconstitucionais. O ECA consagra a saúde como um direito fundamental da criança e do adolescente, quando incapazes de promover os seus direitos, os genitores tem o dever de assegurar esse direito, sendo um deles a vacinação, em consonância com as políticas públicas de saúde e as recomendações das autoridades sanitárias.

Como estudado no Tema nº 1.051, a Administração Pública atuou diretamente no combate a pandemia do COVID-19, inclusive a Lei nº 13.979/2020 – referente às medidas de enfrentamento da pandemia da COVID-19, foi de iniciativa do Poder Executivo. A Administração Pública não torna obrigatório a vacinação, a ampla gama de legislação contida no ordenamento jurídico brasileiro que legitima o caráter compulsório de vacinas que tenham registro em órgão de vigilância sanitária, além de consenso médico-científico sobre a sua eficácia, diante do requisito de resultados positivos ou que ao menos não tragam efeitos colaterais negativos a prejudicar ou agravar a saúde coletiva e individual.

O Supremo Tribunal Federal (STF, 2020. p. 2) elencou alguns fundamentos que justificam a obrigatoriedade da vacinação. O primeiro foi que em situações excepcionais, o Estado possui o dever de proteger os cidadãos, mesmo contra a sua vontade, em nome da dignidade humana considerada como um valor comunitário. Esta prerrogativa se baseia no entendimento de que a saúde pública transcende os interesses individuais, colocando a

coletividade e a proteção contra ameaças sanitárias graves no centro das ações governamentais. A Constituição Federal, ao priorizar a dignidade da pessoa humana, fundamenta essa atuação estatal, visando assegurar o bem-estar comum em situações de risco à saúde pública.

O segundo, a vacinação é essencial para a proteção de toda a sociedade, destacando-se a sua importância na construção de uma imunidade coletiva. Escolhas individuais que se opõem à vacinação e que podem afetar gravemente os direitos de terceiros não são consideradas legítimas, pois comprometem a eficácia dos programas de imunização e colocam em risco a saúde da coletividade. O princípio da solidariedade social e o direito à saúde, garantidos pela Constituição, reforçam a necessidade da vacinação como uma responsabilidade compartilhada entre indivíduos e Estado para a proteção contra doenças transmissíveis.

E, por fim, o poder familiar, embora conferido pela Constituição Federal (artigos. 196, 227 e 229), não inclui o direito de os pais exporem seus filhos a riscos sanitários, invocando convicções filosóficas que contrariem medidas de saúde pública comprovadamente eficazes, como a vacinação. O princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer, assegurando que decisões relativas à sua saúde e bem-estar sejam tomadas com base em evidências científicas e recomendações de saúde pública, visando sempre à sua proteção integral.

2.2 Supremo Tribunal Federal e o Sistema Único de Saúde.

Como já visto, não há como tratar do direito à saúde sem mencionar o Sistema Único de Saúde, bem como a Lei federal nº 8.080/90 que regulamentou o sistema de promoção, proteção e recuperação da saúde, organizando sua estrutura e o funcionamento dos serviços correspondentes a esse direito. No entanto, há três temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal que tratam do Sistema Único de Saúde de forma direta, os quais serão analisados na presente seção.

O Tema nº 345 – Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde, foi julgado através do *leading case* RE 597.064¹⁶.

Trata-se de um processo judicial em que foi declarado legal débito cobrado a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, em decorrência de despesas referentes a atendimentos prestados aos beneficiários de seus planos de saúde pelas entidades, públicas ou

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 597.064, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07 de fev. de 2018. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://portal.Supremo.Tribunal.Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

privadas, conveniadas ou contratadas pelo SUS, tendo como fundamento o art. 32 da Lei 9.656/98. A entidade hospitalar alegou inconstitucionalidade do referido artigo, argumentando que a participação das operadoras privadas de plano de saúde seria de caráter suplementar e que o dever primário de assegurar o acesso à saúde atribuído pela Constituição Federal seria dos entes políticos (STF, 2018, pp. 5/6).

Outro questionamento constitucional é referente a livre iniciativa, assegurada pelo artigo 199 da Constituição Federal, além da possibilidade ou não de aplicação do dispositivo legal da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados antes da sua vigência e a violação ao princípio da irretroatividade das leis. Diante da extensão dos efeitos do presente julgado, foram admitidos vários *amicus curiae* no processo, os quais em sua grande maioria eram operadoras privadas de planos de saúde, as quais seriam diretamente afetadas pelos termos do julgamento.

O ministro relator Gilmar Mendes (2018, p. 9) inicia seu voto com a preocupação sobre a modernização procedimental e processual em agrupar causas a fim de prover julgamentos melhor aproveitados pelas partes e pelos próprios Tribunais, uma vez que o capital mais importante seria sempre o tempo. O que também não pode ser o fator único determinante, uma vez que os efeitos das decisões com caráter vinculante afetarão uma multiplicidade de atores incalculável, bem como é impossível mensurar o tempo que perdurarão no ordenamento jurídico até que seja revisto ou atualizado.

Por um lado, é essencial que o sistema judiciário seja ágil, evitando atrasos e garantindo uma resolução tempestiva dos litígios, o que é um componente crucial da justiça. Por outro lado, a necessidade de uma análise detalhada, considerando todos os fundamentos e ferramentas jurídicas disponíveis, é fundamental para assegurar decisões justas e bem fundamentadas. O desafio reside em manter a celeridade processual sem sacrificar a qualidade e a profundidade da análise jurídica, garantindo assim que o resultado do processo atenda aos princípios da justiça e da legalidade

O ministro Gilmar Mendes (2018, p.9) acrescenta que não há discussão quando a possibilidade de ressarcimento, uma vez que é matéria vencida, mas pontua alguns pontos. O Estado do bem-estar social é citado como uma utopia que não é concretizada de forma plena no Brasil, apenas há uma previsibilidade no programa normativo contido na Constituição Federal. Correlaciona ao direito à saúde, a visão de um modelo de garantia institucional, no qual são determinados núcleos essenciais – com base em lineamentos definidos pelo próprio constituinte -, que não podem ser afetados para uma efetiva promoção daquele direito.

Deste modo, como bem analisa Knoerr, Bandeira e Cordeiro (2021, p. 557):

A simples concessão de direitos e garantias pelo Estado aos cidadãos não pode ser entendida como Estado de Bem-Estar Social. É extremamente necessária a avaliação da relação entre o Estado, o mercado e a família, pois todos estão intimamente ligados entre si, além de complementarem-se na essência

O *welfare state* deve considerar a forma que as atividades estatais se relacionam com o papel do mercado e da sociedade como provedor de um serviço público social, quando aquelas não podem ser prejudicadas diante do respeito a livre iniciativa, quando apenas o mercado estaria se beneficiando da atividade econômica enquanto o Estado suporta o ônus em detrimento da sustentabilidade do sistema. Acrescenta Knoerr, Bandeira e Cordeiro (2021, p. 557) que “Quando o Estado incorporou um papel mais assistencialista, não foi possível mensurar o ônus de manutenção de um status de bem-estar do cidadão, concomitante à manutenção de uma economia de mercado”.

Não é novidade que os serviços de saúde devem funcionar em regime de cooperação, tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional preveem essa possibilidade, na qual o Estado pode atuar em cooperação com entidades privadas, podendo inclusive suplementar o orçamento através de subsídios. Contudo, todo sistema necessita passar por uma reforma após um lapso temporal, seja pela modernização das técnicas e ferramentas disponíveis, como também pelo fator humano que influencia positiva e negativamente o sistema.

O relator denomina as influências negativas como *distorções* que afetam a eficácia dos serviços da saúde, a exemplo da preferência de profissionais por procedimentos mais custosos ou prescrição de exames desnecessários que para o Estado é prejudicial, mas cômodo ao profissional e ao paciente. E, ainda que prejudicado por essas *distorções*, o Sistema Único de Saúde é tido como experimento institucional fantástico e de importância incalculável.

A toda hora a imprensa mostra as condições precárias do serviço. Recentemente, o insuspeito Dráuzio Varella dizia "foi uma grande conquista, em termos de expansão de direitos e de atendimento geral". Inclusive, quanto a essa coordenação, aqui há um experimento institucional fantástico, Ministro Fux, porque se acoplam coisas que não tínhamos experiência naquela separação de serviços: Atividades complementares, verticais, entre União, Estados e Municípios; mas com uma supervisão. A orientação, por exemplo, do Ministério da Saúde no sentido de reduzir a hospitalização, mas de incentivar os postos de atendimento e exigir os médicos de família, por exemplo, quer dizer, são todos trabalhos. (STF, 2018, p. 12)

O regime de cooperação não é limitado a prestação de serviços de maneira complementar ou suplementar pelos atores do sistema, mas também na consciência ética e moral daqueles que trabalham e dos que se utilizam do Sistema Único de Saúde. Assim, a premissa de que a Administração Pública deve respeitar os limites orçamentários e ter aplicar

os recursos de maneira eficaz, recai também sobre os administrados que não tratam com o mesmo rigor essa racionalização, aproveitando-se da precariedade da fiscalização que em termos territoriais e administrativos é, evidentemente, insuficiente.

A sustentabilidade do sistema depende da cooperação de todos os integrantes, principalmente quando envolve o seu custeio que depende da cobrança de imposto, o qual também deficitário não consegue alcançar a todos e ainda há aqueles que sonham, privando recursos imprescindíveis a manutenção dos serviços a saúde na rede pública.

Na dimensão econômica, a sustentabilidade deve lidar com custos e benefícios, combatendo o desperdício em sentido amplo, com uma atuação de regulação estatal do mercado que propicie que a eficiência guarde comprovada e mensurável subordinação à eficácia. Quanto à dimensão ética, a sustentabilidade requer a exigência moral de universalização concreta, tanto sob o aspecto individual quanto sistêmico (tópico-sistemático), do bem-estar duradouro. (CARDOSO, 2017, p. 62)

O relator continua a reflexão questionando o porquê o desenvolvimento do sistema público não integra as agendas dos partidos-políticos. Não se realiza um planejamento, não se analisa fatores externos as dificuldades próprias de cada gestão, nem do que o sistema precisa minimamente para ser sustentável ao ponto de se manter até que haja uma reforma. A questão, a qual é também objeto deste tema, é priorização do interesse próprio em detrimento do coletivo.

As operadoras privadas de planos de saúde questionam os valores de ressarcimento previstos na tabela oferecida pelo SUS ser inferior aos custos cobrados pelos planos e reivindicam a justa equalização dos valores que deverão reembolsar, o que não seria matéria constitucional apta a ser discutida em sede de recurso extraordinário. Se a cooperação fosse a regra, não haveria necessidade de judicialização da matéria para se chegar a um denominador comum que fosse razoável para ambas as partes.

E, portanto, de parte do poder público e de parte dos agentes particulares, que prestam um serviço relevantíssimo, que haja esse entendimento para eventual ajuste, mas, de fato, há limites, inclusive não se impõe nada acima daquilo que o seguro promete pagar.

[...]

Entendo que considerada a nossa jurisprudência já antiga do Tribunal, a propósito não de processo administrativo, mas de procedimento administrativo em geral - e a lei veio reconhecer o contraditório e a ampla defesa -, tenho a impressão de que com isso evitamos maiores problemas. (STF, 2018, p. 16)

Ao passo que reforça a jurisprudência promovida pela Corte Constitucional, o relator afirma que o direito à saúde é objeto de estudo da doutrina há muito tempo e que, muitas vezes,

constrói teses antagônicas que se proliferam em todas as instâncias do Poder Judiciário e na academia. Em resumo, afirma que as teses buscam definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial (STF, 2018, p. 19).

Inclusive, acrescenta que ao passo que o Poder Judiciário é o garantidor do efetivo exercício da cidadania e do direito à saúde, também assume a responsabilidade por intervir nas atividades dos gestores na elaboração e execução das políticas públicas.

Naquela decisão, consignei que, se por um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. (STF, 2018, p. 19)

Então, desde 2009, ocasião em que o ministro Gilmar Mendes proferiu decisão assumindo ter consciência da tensão que o Poder Judiciário é responsável ao invadir a competência dos gestores sentenciando contra a política pública pré-estabelecida e sem observar a previsão orçamentário do Estado. O questionamento que pode ser levantado é: Até que ponto há uma preocupação verídica quanto a essa relação conturbada entre os poderes? Ao longo de quase 10 (dez) anos foi impossível chegar a um consenso ou solução? O que não se pode negar é que o douto ministro tem consciência dos reflexos dos seus atos.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (STF, 2018, p. 20)

Quanto a legislação federal sobre a matéria, confere autonomia e regras para o procedimento de ressarcimento do SUS, o qual observará a regra de valoração aprovada e divulgada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, devendo o montante ser creditado no Fundo Nacional de Saúde – FNS após a aprovação da tabela pelo Conselho de Saúde Suplementar - CONSU. A Lei nº 12.469/2011 que modificou alguns parágrafos do art. 32 da Lei 9.656/98, foi promulgada no sentido de regulamentar como seria o ressarcimento, a

fim de dirimir dúvidas e reduzir a possibilidade de questionamentos judiciais pelas operadoras de planos de saúde, uma vez que ainda vigorava a Medida Provisória nº 2.177-44/01.

Assim, se regulamentado legalmente, restaria identificar a quem compete o custo final da prestação do serviço à saúde, se ao orçamento público custeado pelo Estado ou às receitas das operadoras de planos de saúde, que são remuneradas pelos segurados. O Estado já possibilita que empresas privadas possam prestar assistência à saúde, não caberia submeter apenas ao Estado os riscos e deixar para as empresas privadas o lucro.

As empresas privadas possuem uma visão de gestão de recursos diferente da Administração Pública, uma vez que o próprio conceito de empresa denota um conjunto de ações organizadas visando o lucro, logo, não há qualquer empresário que ofereça um serviço que não tenha sustentabilidade, por isso requer uma previsibilidade da cobrança para que haja uma organização. Enquanto a Administração Pública trabalha com otimização dos recursos disponíveis, buscando prestar um serviço de qualidade, universal e igualitário com os limites impostos pela previsão orçamentária.

O regime de cooperação também é para que as operadoras privadas de plano de saúde possam compartilhar desses riscos com o Estado, incluindo em seus cálculos todas as variações. Por isso a necessidade de regras e procedimentos previamente estabelecidos de modo a fornecer parâmetros que as empresas possam trabalhar e, quando ocorrer uma eventualidade, já esteja previsto nos cálculos o prejuízo suportado. Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido (MENDES, 2017, p. 673/674).

O ministro relator traz um quadro comparativo entre o gasto privado e o gasto governamental em saúde, além do gasto *per capita* do governo em saúde; e os resultados são de uma redução expressiva dos gastos privados e um aumento dos gastos públicos, bem como o percentual investido pelo governo entre os períodos de 2002 a 2013 (STF, 2018, pp. 35/36). Acrescenta ainda que não a discussão não envolve tratamentos ou procedimentos de baixa complexidade, a exemplo de vacinas, consultas, atendimento na rede básica de saúde. Trata-se de internação hospitalar de usuário contratante de plano de saúde, bem como procedimento de média e alta complexidade, os quais efetivamente levariam a um prejuízo do erário público em favor do enriquecimento das operadoras privadas de plano de saúde.

Mas o questionamento que se sobressai é o porquê do usuário contratante de operadora privada de plano de saúde buscar a rede pública? Possivelmente, a ilegal limitação da cobertura contratual por parte das operadoras direciona o usuário a rede pública de saúde, de modo a reduzir os seus custos e maximizar o lucro, burlando a limitação constitucional de destinação de

recursos públicos subvencionais às instituições privadas com fins lucrativos (STF, 2018, p.37). Gilmar Mendes (STF, 2018, pp. 38/40) apresenta dados que indicam um valor de R\$ 1,7 bilhões de reais que foram ressarcidos pelas operadoras nos anos de 2012 a meados de 2017, extraídos do portal de transparência do governo federal, fora a monta de mais de R\$ 1 bilhão de reais inadimplente até outubro de 2017.

O direito positivo também corrobora a legalidade do ressarcimento quando identifica o seu caráter indenizatório decorrente de um enriquecimento ilícito auferido pelas operadoras privadas de plano de saúde. A reparação patrimonial ao erário público tem sua origem na responsabilidade civil, o qual é definido pela doutrina como a obrigação de reparar o dano causado a *outrem*, por fato de que se é autor direto ou indireto. O Código Civil de 2002 regulamenta, em vários dispositivos, a responsabilidade sem culpa na qual reside a justificativa legal para o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Assim, o segurado que procura a rede pública de saúde, possuindo contrato com operadora privada de plano de saúde pratica ato ilícito enriquecendo a operadora, em detrimento do patrimônio do poder público, uma vez que aquela irá economizar no tratamento ou procedimento realizado pelo SUS, inegável o caráter indenizatório do ressarcimento devido. Observa-se que além do amparo legal, há a participação de diversos órgãos na regulamentação do processo de ressarcimento, desde os valores, bem como as regras para conferir o direito das operadoras de exercerem o contraditório e a ampla defesa.

Os diversos mecanismos indicados servem para conferir maior celeridade ao Estado em realizar as cobranças, o qual é a parte que custeia, de forma inicial, os procedimentos médico-hospitalares e tem que buscar a restituição do erário público, através da via administrativa; e, quando restar infrutífera, pode inscrever em dívida ativa o montante inadimplente e, em seguida, ajuizar o correspondente executivo fiscal.

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2018, pp. 63/64) inicia seu voto indicando que as teses defendidas pela recorrente (hospital privado) fundamentam-se em premissa equivocadas, sendo a primeira de que a obrigação constitucional do Estado oferecer serviços de saúde não assegura a exploração de serviços suplementares de saúde em configuração

absolutamente privada. O permissivo para execução indireta dos serviços de saúde busca aproveitar da *expertise* que as empresas privadas possuem quanto ao empreendedorismo, organicidade e especialização dos serviços que podem contribuir com o atendimento médico de média e alta complexidade.

Contudo, a regulamentação é mais rigorosa para o regime suplementar de assistência à saúde, de modo a não prejudicar a racionalidade do sistema de proteção básico à saúde, direcionando todos os ônus para a rede pública e os bônus para a rede privada. Inclusive, o ministro Alexandre de Moraes (STF, 2018, pp. 66/67) faz uma leitura similar ao ministro relator, quando trata o ressarcimento preconizado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 como um obstáculo ao oferecimento de uma cobertura de serviços insatisfatória pelos operadores de planos de saúde, forçando um encaminhamento dos clientes para rede pública como forma de reduzir custos, assim a norma também agiria como fomento e regulação a boa qualidade da prestação de serviços.

A norma do art. 20¹⁷ da Lei 9.656/1998 veicula uma obrigação cadastral que viabiliza a identificação dos atendimentos realizados na rede pública em socorro de pessoas associadas a planos privados, enquanto o § 8º do art. 32 fixa um valor mínimo a ser observado na obrigação de ressarcimento, nunca inferior aos praticados no SUS. Isso permite uma fiscalização relativamente eficiente e desestimula as operadoras privadas a direcionar seus consumidores para a rede pública, numa espécie de precarização artificial de seus produtos. (STF, 2018, p. 67)

O que também é apontado como uma aspecto positivo pela própria doutrina que discute o tema:

A Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS – DIDES, através da Gerência Geral de Integração com o SUS – GGSUS, vem desenvolvendo um conjunto de estudos, dentre os quais a avaliação analítica dos atendimentos identificados, com o objetivo de caracterizar o ressarcimento ao SUS como instrumento de regulação do mercado, atuando como instrumento de tutela preventiva do contrato realizado entre o beneficiário e a operadora, na medida que funcionaria como inibidor do descumprimento do contrato por parte das operadoras, podendo também se constituir como ferramenta de regulação de sistema de saúde, tendo em vista que possibilitaria conferir maior visibilidade ao acesso aos serviços de saúde no país. (DIAS; PASTRANA, 2007, pp. 61/68 *apud* MORAES, 2018, p. 67)

¹⁷ Art. 20. As operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS todas as informações e estatísticas relativas as suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem, para fins do disposto no art. 32.

Alexandre de Moraes (STF, 2018, p. 68) ressalta que o dispositivo legal que prevê a obrigação do ressarcimento não possui caráter excludente, a responsabilidade do Poder Público em prover serviços de saúde de qualidade e igualitário ainda é um dever constitucional; bem como não invade a seara da liberdade da iniciativa privada no mercado de saúde suplementar. A previsão legal é para integrar as redes pública e privada de assistência à saúde, equiparando as responsabilidades com os custos necessários a manutenção da saúde, além de mecanismo de fiscalização de qualidade dos serviços ofertados pela iniciativa privada.

No mais, a segunda premissa equivocada por parte da unidade hospitalar seria a atribuição do caráter tributário à cobrança do ressarcimento. Contudo, esta interpretação equivocada já foi devidamente contestada pelo ministro Gilmar Mendes, sob a tese a qual corrobora o ministro Alexandre de Moraes (STF, 2018, p. 70):

Mutatis mutandis, o fundamento da obrigação de ressarcimento ao SUS é o mesmo: exigir colaboração pecuniária dos empreendedores que auferem lucratividade a partir de um mercado socialmente sensível (saúde suplementar x exploração ambiental) para manter a integridade do respectivo sistema de proteção mantido pelo Estado.

Além dessas premissas, não há fundamento na alegação de violação ao princípio da legalidade quando é determinada a fixação dos valores a serem ressarcido ao Sistema Único de Saúde pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, uma vez que ela está atuando dentro legislação que a instituiu. E, em 2018, Alexandre de Moraes (STF, 2018, p. 71) aborda uma discussão sobre a contemporaneidade, quando entende benéfica a delegação de competências normativas mais fluidas a instâncias administrativas.

Não há que se falar em violação a legislação do ordenamento brasileiro, uma vez que tanto a instituição das agências reguladoras, como suas competências necessitam de legislação prévia em respeito ao princípio da legalidade. A delegação da capacidade para um órgão ou entidade técnico especializado na matéria é um mecanismo segurança para que as decisões envolvendo temas de alta complexidade sejam reguladas em ambientes especializados, com maior celeridade e proficiência.

O outro aspecto da contemporaneidade seria a participação popular de forma mais assertiva nos processos decisórios, o qual pode ser visualizado na elaboração da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP, que permite a participação tanto dos gestores municipais quanto do setor privado envolvidos assistência à saúde suplementar.

O ministro Edson Fachin é o último a apresentar seu voto no julgamento do Tema nº 345. Os argumentos sobre a constitucionalidade da legislação discutida permanecem, contudo, o referido ministro acrescenta a observância do princípio da universalidade, o qual não estaria

sendo violado com a obrigação legal do ressarcimento ao SUS, uma vez que o atendimento ao cidadão será prestado pela rede pública de saúde – seja em instituições públicas ou conveniadas – sem qualquer discriminação (STF, 2018, p. 82).

O ressarcimento ao erário público trata-se de uma obrigação *ex lege*, no intuito de impedir verdadeira atribuição patrimonial sem causa as operadoras privadas de plano de saúde, que já haviam contratado com os administrados o custeio dos procedimentos determinados em contrato, cumprindo ressaltar que o dispositivo legal limita a obrigação legal de restituição a apenas os procedimentos previstos no contrato firmado.

O ministro Edson Fachin (STF, 2018, p.83) traz uma reflexão sobre o custeio dos serviços de assistência à saúde pela sociedade através do pagamento de tributos ao Poder Público, o que não presume o dever da coletividade arcar também com o lucro das empresas, as quais efetivamente deixam de arcar com os custos dos procedimentos contratados, que efetivamente são prestados pelo Sistema Único de Saúde. Acrescenta que a legislação em debate auxilia e torna célere a restituição dos valores devidos pelas operadoras de planos de saúde, sem que o Estado necessite ingressar com uma ação judicial para buscar o reconhecimento do ato ilícito praticado pela empresa que gere a obrigação do ressarcimento, desonerando também o Poder Judiciário.

Retomando a discussão do respeito ao princípio da universalidade, o atendimento realizado pelo SUS não possui qualquer distinção se o paciente é ou não contratante de plano de saúde privado, conforme os princípios reitores das políticas públicas, inclusive, quando efetua uma contratação por Parceria Público-Privada, em que utiliza a modalidade de concessão patrocinada para o serviço a saúde. Esta modalidade impossibilita o parceiro privado a cobrança de qualquer tipo de taxa, sendo remunerado pela contratação unicamente pela contraprestação pecuniária do parceiro público, uma vez que a população em geral é diretamente beneficiada, tornando inviável a cobrança de qualquer tipo de taxa por não ter como identificar uma tarifação correta e adequada para cada usuário (SILVA, L.; SILVA, M., 2019, p. 162).

Ao final do julgamento do tema, os ministros firmaram a tese: “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”. Sendo que apenas elaboram uma discussão em seus votos os três ministros analisados.

Encerrada a análise do Tema nº 345, adentra a análise do Tema de repercussão geral nº 579 – Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) mediante o pagamento da diferença respectiva, através do *leading case* RE 581488¹⁸.

O julgamento do presente tema envolve a constitucionalidade acerca da possibilidade de regimes diferenciados de tratamento no âmbito do Sistema Único de Saúde e como isso refletiria no princípio da promoção dos serviços de assistência à saúde de forma universal e igualitária pelo Poder Público. Diante da complexidade do tema, além da sua importância e da necessidade de ele ser discutido com expertos e toda comunidade interessada, o ministro relator convocou audiência pública realizada em 26 de maio de 2014.

Neste contexto, a audiência pública surge como uma ferramenta democrática essencial, possibilitando a participação de um leque diversificado de vozes, desde especialistas em saúde pública, representantes de pacientes, profissionais da área jurídica, até membros da sociedade civil interessados. Tal abordagem reflete o entendimento de que a discussão sobre regimes diferenciados de tratamento no SUS envolve não apenas interpretações legais, mas também considerações sobre equidade, acessibilidade e qualidade dos serviços de saúde prestados à população.

Por meio deste mecanismo, o Supremo Tribunal Federal buscou aprofundar seu entendimento sobre as implicações práticas e teóricas da questão, reconhecendo que as decisões tomadas terão impacto direto na vida de milhões de brasileiros. A iniciativa demonstra uma preocupação em alinhar a jurisprudência do tribunal às necessidades reais da população, assegurando que o princípio da universalidade do acesso à saúde seja preservado, ao mesmo tempo em que se pondera sobre a viabilidade e os limites de regimes de tratamento diferenciados dentro do sistema público. Sendo certo que, após a realização da audiência pública, a matéria foi devolvida ao representante do Ministério Público que mudou seu entendimento para reconhecer a inconstitucionalidade da possibilidade de alteração (STF, 2015, pp. 8/9).

Assim, a análise aprofundada, informada por múltiplas perspectivas, é fundamental para que o Supremo Tribunal Federal possa emitir uma decisão equilibrada, que respeite os direitos constitucionais dos cidadãos e contribua para a promoção de uma política de saúde pública eficaz e inclusiva no Brasil. Além de capacitar os demais atores processuais acerca da matéria, os quais puderam contribuir e participar do processo dialógico da decisão.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581.488, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03 de dez. de 2015. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 08 de abr. de 2016. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Trata-se de um processo judicial em que o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) promoveu ação civil pública, inicialmente proposta contra o Município de Canela/RS e, após emenda à exordial, contra os demais entes federados, a União e o Estado do Rio Grande do Sul. O Recorrente postula em juízo a possibilidade do paciente internado pelo SUS de melhorar o tipo de acomodação recebida mediante pagamento da diferença entre os valores correspondentes, e que fique autorizada a contratação de médico de sua confiança.

O presente tema envolve uma interpretação extensiva do que prevê o artigo 196 da Constituição Federal, alegando o recorrente em seu apelo que a impossibilidade do paciente remunerar a unidade de saúde por atendimentos diferenciados, quais seja acomodação ou médico, seria uma afronta constitucional promovida pela política do Sistema Único de Saúde. Assim, o cerne da questão seria sobre a possibilidade de aplicar o sistema denominado de “diferença de classe”, no âmbito do SUS; se essa possibilidade seria exercitável de imediato ou necessita regulamentação e, por fim, se esse direito isentaria o paciente da triagem médica exigida pelas unidades de saúde.

O relator (STF, 2015, p. 13) utiliza a doutrina para fundamentar que os direitos sociais, incluindo o direito à saúde, comportam duas vertentes sob a ótica do dispositivo constitucional discutido: a primeira é de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado que se abstenha de praticar atos que prejudique a saúde; e a segunda é de natureza positiva, qual seja o direito da sociedade a medidas e serviços estatais visando à promoção da saúde. A própria Constituição Federal detalhou as funções do Estado para garantir a efetivação do direito à saúde:

Para que se garanta a efetivação do direito à saúde, a Constituição Federal traçou, de forma detalhada, as funções do Estado, do seguinte modo: a) estabeleceu as diretrizes básicas da política de saúde a serem adotadas (art. 198 da CF); b) atribuiu a lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde (art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da CF); c) determinou que a regulação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei (art. 197 da CF); d) estabeleceu que é dever do Estado prestar serviços públicos de saúde, diretamente, ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada (cf. arts. 197 e 199, § 1º, da CF). (STF, 2015, p. 14)

O ministro Dias Toffoli (STF, 2015, pp. 14/15) faz um relato acerca da progressão histórica vivenciada pela saúde no Brasil, a qual antes da Constituição Federal de 1988 e da criação do Sistema Único de Saúde, o importante direito era gerido pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), no entanto, como ressalta o eminente ministro, esse sistema de saúde pública não era universal, havia a necessidade de comprovação

do status de contribuinte para fazer jus ao atendimento médico. Assim, não há como recepcionar um sistema que não atende ao preceito da Constituição Federal de 1988 que prevê que o direito a saúde deve ser universal, igualitário e integral.

Neste cenário é que a importância da instituição do Sistema Único de Saúde se destaca, pois:

O SUS, conforme indica sua nomenclatura, consiste em um verdadeiro sistema nacional de saúde baseado nos seguintes princípios: universalidade, como garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da federação; equidade, a assegurar que serviços de todos os níveis sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica nas situações similares; e integralidade, reconhecendo-se, na prática cotidiana, que cada indivíduo seja considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade, a exigir que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formem, também, um todo indivisível, atendendo os casos e observando os diversos graus de complexidade de forma integral pelas unidades prestadoras de serviços de saúde, o que impede que sejam eles seccionados. (STF, 2015, p. 15)

De forma acessória aos princípios referenciados no voto do ministro relator, tem-se o princípio da reserva do possível, uma vez que o Estado apesar de ter o dever de prestar assistência à saúde de forma mais ampla possível, deve observar aspectos técnicos para não tornar o serviço precário, nem prejudicar o orçamento público destinado a isso. A interpretação constitucional permite identificar a necessidade da atuação do Estado alinhando os princípios da efetividade do serviço da saúde, observando a reserva do possível e, principalmente, respeitando o mínimo existencial do cidadão tutelado pelo Estado.

Por si só, esta interpretação já evidencia a priorização do SUS, em detrimento do INAMPS, uma vez que o sistema de “diferença de classes” é incompatível com a matéria constitucional, quando viola a equidade do serviço e beneficia o cidadão economicamente superior, produzindo preconceitos e ressaltando privilégios. O fator determinante para o tipo de atendimento deverá ser a intensidade e a forma da doença, e não o do extrato socioeconômico e cultural a que pertença a pessoa atendida (FIGUEIREDO, 2015, p. 127 *apud* STF, 2015, p. 18).

O filtro axiológico utilizado na interpretação constitucional prioriza a dignidade da pessoa humana, caso fosse aplicado o sistema de “diferença de classes”, violaria diretamente a isonomia entre os cidadãos assistidos pelo mesmo sistema, levando a valoração das vidas atendidas pelo Sistema Único de Saúde afrontando diretamente a Constituição Federal. Não há restrição alguma ao direito de escolha do paciente que tem condições, tampouco fere a sua

dignidade, a impossibilidade discutida no tema, já que a própria Constituição prevê o sistema complementar de saúde privada, o qual pode ser utilizado por aqueles que almejem uma condição melhor de internação ou atendimento por profissional de confiança. Porém, não poderá a Administração Pública permitir ou fomentar esse sistema na rede pública.

O ministro relator (STF, 2015, pp. 22/23) fundamenta que o sistema de “diferença de classe” não se coaduna sequer com os princípios regentes do sistema de seguridade social, no qual o atendimento público de saúde está inserido. Além dos princípios da equidade, universalidade, deve-se atentar para o princípio da distributividade que busca uma justiça social quando diferencia os tratamentos numa tentativa de reduzir as desigualdades sociais e não para acentuá-las. Logo, assim como na seguridade social, o SUS busca uma redistribuição da receita auferida através dos tributos – *vide* artigo 195 da Constituição Federal - para os menos favorecidos, ofertando um serviço de assistência médica universal e igualitária para todo e qualquer cidadão que necessite

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Ministro Dias Toffoli (STF, 2015, pp. 24/25) acrescenta que um dos princípios basilares do direito administrativo é que o Estado não pode fazer nada que não em virtude de lei, sob pena de violar o princípio da legalidade, assim não há qualquer autorização, implícita ou explícita na legislação constitucional ou infraconstitucional que permita a “diferença de classe” ou da possibilidade de atendimento por médico particular no âmbito do SUS. Os atos normativos citados pelo Conselho Regional tampouco autorizam, mas vedam os procedimentos que se almeja autorizar.

O professor doutor Raul Cutait (STF, 2015, pp. 26/28) teve um trecho da sua fala na audiência pública transcrita coadunando com os fundamentos utilizados no voto do relator. O ponto que deveria se extrair do julgamento deste tema não se trata da “diferença de classe” ou do atendimento por médico particular no SUS, mas da falta de recurso para um sistema de saúde que é muito bom, mas não consegue entregar o que promete no dia a dia. Se aumentassem a receita do SUS, não haveria um questionamento sobre melhoria de acomodação, tampouco de priorizar atendimento por médico privado, já que a assistência médica seria de qualidade e suficiente para todos os pacientes. A ética deve ser preservada, condicionar o atendimento ao pagamento de uma taxa, seria vender um privilégio dentro do sistema público; assim como seria antiético o médico cobrar por fora para realizar um procedimento de média ou alta

complexidade ou permitir que médico particular realize acompanhamento via Sistema Único de Saúde.

Ressalte-se que permitir o acompanhamento por médico particular via Sistema Único de Saúde é injusto e desleal com os próprios profissionais da rede pública, que se submetem a concursos e a todos os demais requisitos exigidos para ingresso em cargos ou empregos públicos. Não deixa de ser uma forma de burlar os requisitos para ingresso no serviço estatal, possibilitando que aqueles que fornecem seus préstimos por vias oblíquas e não legalmente previstas auferam grandes benefícios, sobretudo econômicos, ao arripio daqueles que ingressaram de forma regular, tão qualificados quanto os primeiros, os quais restarão desvalorizados e privados da percepção de vantagens financeiras extras. (STF, 2015, p. 29)

A autonomia no exercício da profissão não seria desrespeitada porquê o médico que decida atuar no Sistema Único de Saúde, bem como o hospital privado que queira ser conveniado, deve estar ciente das regras e funções previstas legal ou administrativamente.

O ministro Dias Toffoli (STF, 2015, pp. 30/31) rememora alguns precedentes relacionados ao tema de “diferença de classe” explicando que são casos excepcionais, os quais levaram em consideração as condições especiais em face da situação clínica em que se encontravam os pacientes, situando os julgados, de forma temporal, na fase de implementação do SUS, logo após a Constituição Federal de 1988.

O ministro Edson Fachin (STF, 2015, pp 37/38) inicia seu voto corroborando com o voto do relator, inclusive ressaltando a importância de trazer ao julgamento os precedentes semelhantes ao tema fazendo sua necessária distinção. A distinção dos precedentes serve para afastar qualquer alegação de jurisprudência contrária, uma vez que os casos concretos analisados outrora, não se comunicam com o *leading case*. Naqueles, se discutia uma necessidade diante de uma situação fática única e gravosa, o presente Tema busca levar a uma decisão cotidiana, sendo impossível mensurar os prejuízos que o Sistema Único de Saúde e, principalmente, seus usuários irão suportar se fosse reconhecida a legalidade que envolve o sistema de “diferença de classe”.

Outro ponto levantado é a grande crise econômica pela qual passam os hospitais brasileiros, sendo os conselhos regionais, cooperativas ou organizações corporativas responsáveis pela busca de uma solução para esse problema. O ministro (STF, 2015, p. 38) pontua que não deve ser demonizado a conduta postulada em juízo no presente julgamento, ao contrário, deveria se trabalhar conjuntamente para solucionar o problema que é evidente, ainda que a solução proposta não seja constitucional.

A audiência pública se demonstra como uma ferramenta imprescindível ao deslinde do julgamento do presente Tema nº 579, uma vez que possibilitou a participação de diversos segmentos sociais com manifesto interesse na resolução do conflito, bem como possibilitou a exposição de um amplo espectro da situação da saúde pública no Brasil. Diante das falas e manifestações na audiência pública, foi possível elencar os pontos controvertidos que balizariam uma correta fixação de tese pela decisão do julgamento:

São eles: (i) acesso universal e igualitário aos serviços de saúde; (ii) complementaridade da participação do setor privado na saúde pública; (iii) funcionamento e impacto administrativo e econômico da diferença de classe no Sistema Único de Saúde; e (iv) efeitos dessa modalidade de internamento nos procedimentos de triagem e no acesso ao SUS. (STF, 2015, p. 40)

Os pontos controvertidos “iii” e “iv” servem como fundamento a realização do *distinguishing* entre o *leading case* utilizado para a fixação da tese do Tema nº 579 e os precedentes anteriores que possuem similaridade. Primeiro distinção é a do momento histórico, como já pontuado pelo relator, quando os precedentes anteriores foram julgados quando o SUS ainda está em sua fase inicial de implementação. Após vinte e cinco anos, o Supremo Tribunal Federal é provocado a novamente discutir o tema, o que demonstra a necessidade do direito se adequar as mudanças sociais, culturais e econômicas pela qual a sociedade está submetida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Nós precisamos, Ministra Cármen, se me permite, ao fazer uma viragem de jurisprudência, declará-la de maneira bem explícita. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Essa tem sido uma dinâmica. E, neste caso até, esta tem sido uma diretriz deste Supremo Tribunal. Lembro-me que, como advogada, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Sepúlveda Pertence, eu, ainda sentada na plateia esperando a minha vez ou o meu processo, sempre ouvi isto: o Supremo pode e deve mudar, porque a Constituição é viva, a sociedade é viva. Porém, tem de avisar que está mudando. (STF, 2015, p. 65)

A segunda distinção é no tocante a necessidade do paciente à ocupação de acomodação distinta daquela fornecida pelo SUS, neste caso a vontade do paciente não é o ponto determinante para a possibilidade de mudança, mas o que requer o seu quadro de saúde diante da moléstia que o acomete. No julgamento do tema, a vontade do usuário seria o fator determinante, juntamente com sua capacidade econômica por pura conveniência, distanciando do pretendido pela Constituição Federal, bem como da legislação infraconstitucional que prevê a gratuidade dos serviços públicos de saúde, *vide* Lei Complementar Federal nº 141/2012.

Qualquer sistema ou modalidade de copagamento, dentro do sistema do SUS, revela-se discriminatório, na medida em que possibilita àqueles que possam pagar, condições mais cômodas de acomodação e eleição de profissional não vinculado ao SUS para o atendimento.

Enquanto grande parcela da sociedade, a qual utiliza do sistema público de saúde pela impossibilidade de custeio de tratamentos ou medicamentos sem grave comprometimento de sua subsistência e de sua família, serão compelidos à precarização do ambiente hospitalar a ela destinada nos hospitais privados que atendam pelo SUS (STF, 2015, p. 45).

O ministro Edson Fachin retoma a problemática da crise econômica que acomete os hospitais brasileiros para alertar que a solução não pode ser às custas da população mais carente, a discussão deve ser levada ao sistema de financiamento do Sistema Único de Saúde, revisar as leis de regência e organização para identificar falhas ou possíveis melhorias dentro do próprio sistema.

Porém, a alarmante situação desses nosocômios não pode ser resolvida às custas, justamente, da população mais carente e que mais necessita do SUS enquanto único meio para preservação de sua saúde e integridade. O financiamento do sistema está disciplinado pela Constituição e pelas citadas leis de regência e organização do SUS, inexistindo autorização para a participação direta do usuário no custeio dos leitos hospitalares e dos médicos que irão atendê-lo. Franquear esta possibilidade é criar uma separação entre os assistidos, exclusivamente pelo critério econômico, que não interessa a uma ordem político-constitucional que se pretende cada vez mais inclusiva e igualitária. (STF, 2015, pp. 46/47)

Para além do financiamento, a Constituição Federal prevê a autorização a entidades privadas de participarem do Sistema Único de Saúde em caráter complementar, segundo as diretrizes impostas ao SUS. Portanto, a margem de liberdade dessas entidades privadas é sempre delimitada pelas regras e diretrizes que norteiam o SUS, sendo que a sua participação no referido sistema é facultativo.

De igual modo, a seleção dos leitos e dos médicos que irão atuar no SUS deve respeitar as regras impostas pelo sistema, pelos contratos ou pelos convênios firmados entre as partes. Não pode se alegar desconhecimento ou surpresa quando a submissão ao sistema requer uma autorização expressa do contratante. E mais, ao contratar ou participar do sistema de assistência pública de saúde, o contratante ou conveniado deve ter conhecimento que o caráter meramente econômico é estranho as demais diretrizes do SUS, a não ser que trata-se do respeito a reserva do possível e a promoção de um serviço público de saúde com maior qualidade, atendendo de forma universal e equânime.

Outro problema, discutido por ambos os ministros analisados até o momento, seria o ônus a ser suportado pela sociedade no tocante a direcionamento de leitos, nas instituições médico hospitalares privadas, para o atendimento de pacientes que complementariam os valores pagos pelo tratamento pelo SUS. Se seria permitido a persecução do lucro, não haveria óbice

para essas entidades privadas optarem por priorizar os atendimentos através do caráter meramente econômico.

O ministro Edson Fachin (STF, 2015, p. 48) rebate o argumento do hospital, quando este alega que essa autorização levaria ao aumento do número de leitos básicos, mas não traz qualquer comprovação deste fato. Ao adentrar o campo das conjecturas, pode-se imaginar o cenário de aumento de leitos, mas também o cenário em que levaria a preterição da fila de espera por um leito nos hospitais, uma vez que o caráter de urgência diante da moléstia do paciente seria substituída pelo critério econômico de seleção de pacientes.

Adiante, o ministro Teori Zavascki (STF, 2015, pp. 51/59) acompanhou o voto do relator, apenas acresceu que votou em várias oportunidades nesta linha quando atuava no Superior Tribunal de Justiça. Ao passo que apresentou voto que proferiu em Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197, quando delimitou a garantia constitucional do direito à saúde estava vinculada a ausência de políticas públicas ou condutas pela Administração Pública em defesa destes direitos; e, que a atuação do Poder Judiciário estava limitada a existência de uma conduta omissiva, uma vez que não possui prerrogativas para promover políticas públicas nem intervir se já existe regulamentação legal e/ou constitucional.

Os ministros Luiz Fux e Rosa Weber (STF, 2015, pp. 60/64) limitaram-se a acompanhar o voto dos demais ministros e parabenizar o ministro relator pela iniciativa em promover um audiência pública a respeito do tema, uma vez que é de extrema importância para o Poder Judiciário participar os demais grupos da sociedade que tem interesse no deslinde da demanda em julgamento.

A ministra Cármen Lúcia (STF, 2015, pp. 67/78) elabora em seu voto um relatório acerca de todas as movimentações processuais e, após, enumera alguns precedentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o tema do direito à saúde e os princípios e diretrizes constitucionais que o orbitam. Ademais, reforça a importância do princípio da igualdade e, apresenta doutrina para conceituar quando há a possibilidade constitucional de discriminação sob a ótica da isonomia:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. (MELLO, 2000, pp. 17/18 *apud* STF, 2015, p. 75)

A ministra (STF, 2015, p. 78) encerra seu voto tratando sobre o princípio da legalidade, o qual vincula tanto a Administração Pública quanto o contratante e conveniado as regras existentes na legislação constitucional e infraconstitucional. Por fim, o ministro Marco Aurélio (STF, 2015, p. 79) por não ter se deparado com a matéria previamente, nem ter participado do julgamento procedido pela Primeira Turma reservou-se a concordar com o desprovimento do recurso com base no artigo 196 da Constituição Federal, sendo acompanhado também pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Por último, será analisado o Tema nº 1.033 – Saber se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art. 199, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988), através do julgamento do *leading case* RE 666097¹⁹.

Trata-se de um processo judicial em que o Distrito Federal foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios a pagar, por serviços de saúde prestados por estabelecimento privado – em cumprimento de ordem judicial -, diante da ausência de vaga em unidade do Sistema Único de Saúde. A discussão do Tema envolve o valor que o Poder Público deve pagar referente aos serviços prestados pelo hospital particular, sendo uma questão constitucional relevante decidir se a imposição do pagamento ao Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar viola o regime de contratação pública da rede complementar de saúde – artigo 199, §§ 1º e 2º da Constituição Federal -, ou se o ressarcimento com base em preço tabelado pelo SUS ofende princípios da ordem econômica.

O ministro relator Luís Roberto Barroso deferiu os pedidos de ingresso de *amicus curiae* à União, Estado do Rio Grande do Sul, da Confederação Nacional das Cooperativas Médicas – UNIMED DO BRASIL e da Confederação Nacional de Saúde – CNSAÚDE (STF, 2021b, p. 7). Adiante, dividi seu voto em três partes, sendo a primeira uma reflexão sobre a ordem constitucional da saúde no Brasil; a segunda sobre a iniciativa privada na prestação da saúde e, por fim, sobre critérios de ressarcimento à iniciativa privada em situações que ela arque com os custos da prestação de serviço por ordem judicial.

Diante do aspecto da ordem constitucional da saúde no Brasil, o relator faz uma progressão histórica lembrando que antes do advento da Constituição de 1988, existiam três categorias, uma das que podiam pagar pelo sistema de saúde privada, os que eram segurados

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 666.094, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30 de set. de 2021. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 04 de fev. de 2022. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023

da Previdência Social e, por fim, um grande contingente de brasileiros que não podiam pagar pelo serviço privado e nem eram segurados da Previdência, ou seja, não tinham qualquer tipo de garantia e atendimento à saúde.

Por isso, a importância de ressaltar a importância do Sistema Único de Saúde que é um dos maiores sistemas público de saúde no mundo (STF, 2021b, p. 11). O problema de subfinanciamento, saturação e dificuldades da gestão do sistema eram previstos, uma vez que o quantitativo assistido pelo sistema público praticamente triplicou após a Constituição Federal de 1988 e a instituição do SUS. E o subproduto deste problema é a judicialização da saúde, quando as pessoas buscam em juízo determinação para exames, internações e mesmo para fornecimento de medicamentos.

Houve um primeiro momento, sobretudo no tocante a internações, em que o Poder Judiciário intervinha - com todas as vênias, um pouco desastrosamente -, determinando a internação imediata das pessoas, o que significava, muitas vezes, furar a fila de quem estava esperando. O Judiciário dava ordem de prisão ao diretor do hospital ou ao secretário de saúde por não furar a fila de pessoas que também estavam em situações igualmente graves. (STF, 2021b, p. 12)

O ministro Roberto Barroso (STF, 2021b, p. 12) colaciona trecho de reportagem na Folha de São Paulo, a época de 2009, onde uma médica relata que numa determinada madrugada não pôde atender a todas as determinações judiciais, por questões técnicas e relevantes a promoção e proteção da saúde da paciente, contudo não teve como explicar ao juiz antes de ser presa. Este exemplo foi utilizado como demonstrativo da imperatividade desmedida das determinações judiciais em matéria de saúde, a qual caminhou para alternativas menos gravosas e que se adequasse a realidade fática da sociedade.

Adiante, no segundo ponto do voto do relator, necessário a definição das duas modalidades – saúde *complementar* e saúde *suplementar* - previstas de prestação de serviço público de saúde por agentes privados previstos pela Constituição Federal.

A saúde complementar funciona como uma linha auxiliar direta de prestação pública do serviço. Ela se integra ao sistema público, geralmente, mediante convênio, ou seja, um ato de natureza negocial. Os hospitais privados podem, se assim o desejarem, alinhar-se ao sistema público de saúde, celebrando um convênio, um ato negocial. É o que consta do art. 199, § 1º, da Constituição.

[...]

Essas instituições privadas, que prestam serviços de saúde sem convênio com o SUS, são identificadas como instituições da saúde suplementar. Abrange as atividades dos profissionais de saúde, clínicas e hospitais particulares, bem como operadoras de planos de saúde, que não firmaram qualquer vínculo negocial com a Administração

Pública. Embora sujeitas à estatal em matéria de saúde, são empresas privadas, atuando sob o regime de livre iniciativa. A saúde suplementar é regida pela Lei nº 9.656/1998 - Lei dos planos de saúde - e, também, pela Lei nº 9.661/2000 - lei que instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. (STF, 2021b, pp. 13/15)

Esta matéria já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do Tema de repercussão geral de nº 345 que tratou sobre a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS das despesas de atendimento a beneficiários de planos privados de saúde. Já no presente julgamento, necessário identificar qual a natureza do serviço prestado pela entidade privada, por determinação judicial, devido a falha no serviços das instituições públicas a fim de identificar qual a previsão legislativa que incidiria.

Como trata-se de uma determinação judicial, depara-se com uma intervenção estatal na propriedade privada – requisição administrativa – afastando o caráter negocial entre o Poder Público e a empresa privada, conforme prevê o artigo 5º, XXV da Constituição Federal:

Art. 5º (...)

XXV - No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

A Lei nº 8.080/90 prevê que o Estado pode requisitar propriedade particular mediante indenização em seu artigo 15, XIII:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...)

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;"

Desta forma, o Tema nº 1.033 apresenta uma situação fática específica, a qual o Supremo Tribunal Federal é provocado a se manifestar a fim de resolver a questão constitucional singular. Em matéria de saúde complementar, diante da comunicação com o Poder Público, o financiamento é feito através da tabela do SUS que rege essas relações; já na saúde suplementar, em sua maioria ofertada por planos de saúde em relação com unidades hospitalares privadas, o preço é ajustado entre as partes privadas.

Contudo, como trata-se de uma intervenção estatal face a unidade privada, por consequência da omissão ou falha do serviço público, o ministro relator (STF, 2021b, pp. 16/17) entende que a determinação unilateral por parte do Estado a cumprir os preços tabelados pelo SUS seria uma afronta ao princípio da livre iniciativa, uma vez que o particular arcaria com os

custos decorrentes da falha do ente estatal. Entretanto, esse princípio não é absoluto, desta forma imporá obrigação do ente estatal arcar com os preços de mercado aplicado em caráter privado poderia levar a um prejuízo do orçamento público.

A solução encontrada, foi a utilização de forma análoga da previsão legal contida no artigo 32 da Lei nº 9.656/98, a qual teve sua constitucionalidade reconhecida quando do julgamento do Tema nº 345 pelo próprio Supremo Tribunal Federal. O critério utilizado para determinar os valores do ressarcimento serão os utilizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, a qual é uma agência reguladora independente, responsável para regulamentação da prestação de serviços de saúde pública suplementar.

O papel da ANS é, precisamente, arbitrar os interesses da saúde pública, dos consumidores e das empresas privadas que atuam nessa área. Portanto, há um critério legal para o reembolso a ser feito ao SUS pela iniciativa privada quando utilizado o serviço público em lugar da rede privada. Nada parece-me mais justo que aplicar esse mesmo critério quando a relação for invertida, quando a relação for reembolsar a rede privada por atendimento que deveria ter sido feito no setor público. (STF, 2021b, p. 18)

O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde, de modo a preservar a aplicação isonômica do direito e a segurança jurídica do ordenamento brasileiro.

A obtenção de vagas, leitos e tratamentos em unidades de saúde por meio da judicialização da saúde criou uma facilidade ao acesso dos serviços prestados ao SUS, negligenciando a longa fila de espera que os usuários se submetem para ter acesso ao seu direito à saúde constitucionalmente protegido. Não há dúvidas acerca da importância e imprescindibilidade do atendimento célere e eficaz em matéria de saúde e, apesar do SUS ser um exemplo da sistema público de saúde, a organização, financiamento e regulamentação não conseguem acompanhar a quantidade de usuários, por isso a necessidade de uma progressividade de modo a preservar a qualidade do serviço aos usuários que hoje utilizam e ampliar para que mais usuários possam vir a ser beneficiados.

O próprio Poder Judiciário necessitou se adequar e repensar as tutelas concedidas no início da implementação do sistema, o exemplo da médica que teve sua ordem de prisão efetivada por não cumprimento da determinação evidenciou a ineficácia de medidas impositivas como multa e prisão, já que não solucionava o problema da limitação da capacidade do SUS.

A intervenção em unidades privadas para prestação de serviço ao Estado se transformou em regra, produzindo insegurança tanto para a unidade privada como para o Sistema Público. Em primeiro lugar, foram desestruturados as rotinas e o planejamento de ocupação de leitos pela unidade privada, transferindo-se ao particular o encargo de buscar o ressarcimento pelos serviços tomados de maneira coercitiva. Em segundo lugar, o sistema público deixou de determinar como e quando esses atendimentos seriam realizados e quanto se pagaria por eles. A regulação estatal guiada pela otimização de recursos escassos para o atendimento do maior número de pessoas foi esvaziada. (STF, 2021b, p. 28)

O sistema da saúde no Brasil se sedimentou como híbrido ou misto, contudo a possibilidade de execução pela iniciativa privada não afasta a responsabilidade do Estado, o qual tem o dever constitucional de promover e proteger o direito a saúde, inclusive fiscalizando e controlando os serviços prestados pela iniciativa privada. O Estado além de observar as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais na prestação do serviço público de saúde, deve fiscalizar para que terceiros também tenham em consideração essas diretrizes, traçadas pelos órgãos de regulação do sistema – Ministério da Saúde, Secretarias da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Agência Nacional de Saúde Suplementar, dentre outros.

Neste diapasão, a livre iniciativa na área da saúde assegura a atuação privada no setor econômico, desde que em conformidade com as regulamentações específicas para a saúde suplementar. Essencialmente, a Constituição Federal destaca a livre iniciativa como um pilar fundamental do Estado brasileiro, conforme estabelecido no artigo 1º, refletindo a liberdade como um valor abrangente. Essa liberdade vai além do aspecto econômico, assegurando que as pessoas possam fazer escolhas relativas à sua vida profissional, beneficência, lazer, entre outros, sem imposições estatais sobre aspectos como moradia, carreira ou gestão financeira. Adicionalmente, a livre iniciativa é reconhecida como um princípio orientador da ordem econômica, garantindo o direito constitucional de iniciar e gerenciar negócios, sublinhando a liberdade empresarial dentro do quadro legal.

Desta forma, Luís Roberto Barroso (STF, 2021b, p. 32) fundamenta a inconstitucionalidade da subordinação do agente privado ao regime reservado à reservado à rede complementar de saúde, quando sua atuação for determinada por um comando judicial para atendimento de usuário do sistema público de saúde. Ademais, o Conselho Federal de Medicina, segundo levantamento no ano de 2015, mais de 1.500 procedimentos hospitalares incluídos na Tabela SUS estariam defasados, os valores aplicados para o custeio ou ressarcimento estariam aquém da realidade fática social.

Analisados as nuances da ordem constitucional do sistema da saúde, bem como as modalidades para sua prestação, necessário o estabelecimento de critérios, fundamentados na própria constituição, para sua justa indenização em casos excepcionais, a exemplo da intervenção estatal por meio de determinação judicial. Assim, ainda que prestado pela iniciativa privada, a assistência à saúde possui relevância pública submetida as diretrizes constitucionais, inclusive passível de controle e fiscalização pelo Estado. O ressarcimento por estes serviços, além de constitucional, preserva os recursos sociais para o cumprimento do dever de prestar saúde pública previsto na Constituição, uma vez que o iniciativa privada compõe um dos agentes responsáveis pela sua promoção, seja de maneira complementar ou suplementar.

Diante disso, a indenização pela requisição de serviços deve ser pautada por critério que concilie: (i) o dever social imposto às prestadoras privadas para promoção do direito à saúde; (ii) a relevância pública da atividade; mas também (iii) a existência de livre iniciativa para assistência à saúde; e (iv) a própria preservação da empresa. (STF, 2021b, p. 37)

Acrescenta o relator (STF, 2021b, p. 37) que a “Tabela do SUS”, que estava defasada, foi substituída, a partir de 2008, pela Tabela de Procedimentos Unificados do Sistema de Informação Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH, ajustados de acordo com as regras de valoração do SUS, e multiplicados pelo Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR.

Por fim, conclui que a discussão deste tema resulta, em grande medida, de um subfinanciamento do sistema público de saúde no Brasil, que leva aos seguintes resultados:

(i) o sucateamento das estruturas públicas de saúde; (ii) a precarização dos vínculos funcionais, com a interrupção de atendimento, ou criação de vazios assistenciais; e (iii) a entrega de um serviço de baixa qualidade ao usuário do SUS. Trata-se de um ciclo que impede a realização de investimento na rede pública, aumenta a dependência ao setor privado e não satisfaz as expectativas de atendimento do usuário. (STF, 2021b, p. 40)

Adiante, o ministro Nunes Marques (STF, 2021b, p. 46) traz uma observação sobre a aplicação análoga na resolução do Tema julgado, sendo a tabela indicada como referência a valoração dos procedimentos a serem ressarcidos um solução momentânea, a qual pode ser suplantada com regulamentação feita pelo Congresso Nacional. Ao Poder Legislativo cabe a responsabilidade promulgar as leis, podendo criar instituto próprio para os casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto discutido pelo ministro Nunes Marques é quanto ao procedimento de pagamento pelo Estado, sendo que, possivelmente, optará pelo sistema de precatórios ocasionando um lapso temporal grande e custoso que será arcado pela iniciativa privada.

Levei mais para o lado de uma obrigação de fazer. É um terceiro que não integra a relação processual: o litígio é entre o particular e o Poder Público, e um terceiro é chamado a solucionar o problema, assim como um perito que vem aos autos e executa sua tarefa, e o Poder Público deposita imediatamente. Entendo, e não sei se essa é a ideia de Vossa Excelência, que, neste caso, também como obrigação de fazer, o Poder Público tem de fazer frente a uma obrigação de pagamento imediato em vez de mediante o sistema de precatórios. (STF, 2021b, p. 47)

O ministro Nunes Marques (STF, 2021b, pp. 50/51) utiliza uma abordagem entre o direito civil e a Constituição Federal na formulação do seu voto, menciona a deterioração da coisa alheia se o objetivo é a remoção de perigo iminente – neste caso uma urgência médica -, sendo assegurado ao lesado ou prejudicado o direito a indenização deste prejuízo, conforme preleciona os artigos 188, II e 929 do Código Civil e o artigo 5º, XXV da Constituição Federal. Também faz uso do direito comparado ao mencionar o caso *Ploof versus Putnam*, no qual foi reconhecido o afastamento dos rigores de proteção da propriedade privada quando envolvido perigo de terceiro.

Por fim, Nunes Marques (STF, 2021b, p. 62) reforça que o ressarcimento não deve se dar por meio de precatórios, uma vez que a solução fixada deixaria de representar o equilíbrio de interesses discutido, justamente pela empresa privada responsável pelo cumprimento da ordem judicial permanecer privada de seu patrimônio por tempo indeterminado.

Sendo assim, parece-me relevante deixar assentado que, uma vez concluído o atendimento médico determinado judicialmente, o ressarcimento aos hospitais não conveniados deverá ser feito nos próprios autos em que expedida a ordem de internação pelo juiz, por meio de obrigação de fazer (depósito do valor na conta da empresa que prestou o atendimento, mediante a comprovação respectiva), observado o art. 536, caput e § 1º, do Código de Processo Civil. (STF, 2021b, pp. 62/63)

Os votos dos ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia limitaram-se a acompanhar os votos do ministro relator, pontuando as questões utilizadas como fundamento a fixação da tese como já explicitado.

O ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2021b, pp. 82/83) traz outra problemática envolvendo os critérios para definição dos valores a serem ressarcidos pelo Poder Público às unidades hospitalares privadas. A distinção entre os tratamentos médico-hospitalares empregados no combate a uma determinada moléstia podem seguir o rito básico ou utilizarem técnicas e equipamentos mais avançados no promoção da saúde do paciente, o que leva ao

questionamento sobre como prevenir que não haja uma opção pelas unidades privadas ou que estas acabem arcando com um prejuízo ao seu patrimônio por optarem pelo tratamento mais custoso.

Não observar esse aspecto poderia levar a um enriquecimento sem causa por parte do Estado, punindo a unidade hospitalar privada pelo serviço de caráter extraordinário. Um procedimento administrativo seria o ideal para a comprovação dos tratamentos empregados na resolução da moléstia, bem como uma prestação de contas dos custos necessários aos tratamentos aplicados.

O ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2021b, p. 83) além de concordar com a sugestão, argumenta que há a previsibilidade desta situação na proposição feita por ele, uma vez que deve ser observado o princípio da razoabilidade no cálculo dos valores para o ressarcimento, inclusive pontua dois conceitos da medicina que tratam da matéria: ortotanásia para meios cotidianos e distanásia para meios excessivos, exorbitantes e razoáveis.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes (STF, 2021b, pp. 97/98) faz uma reflexão sobre a judicialização do direito à saúde, lembrando análise feita na Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175, DJe 28.9.2009 -, como um fenômeno teórico e prático que envolve diversos atores sociais, não só os operadores do direito. Enquanto a atuação do Poder Judiciário é essencial para a efetivação da cidadania e para garantir o direito à saúde, suas decisões frequentemente criam desafios para aqueles responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas. Estes agentes encontram-se na difícil posição de ter que cumprir demandas judiciais por direitos sociais variados, que podem divergir das políticas de saúde estabelecidas pelo governo e exceder as limitações orçamentárias existentes.

Como já discutido em temas anteriores, o Sistema Único de Saúde trabalha com a corrente da medicina de evidência, adotando protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que correspondam a diagnósticos de doenças e seus respectivos tratamentos utilizando medicamentos disponíveis. Assim, qualquer medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser levado com cautela, uma vez que tende a ser contrário a uma pesquisa ou resultado científico.

Gilmar Mendes (STF, 2021b, p. 100) ressalta a impossibilidade de diferenciação de tratamento, sob pena de violar o princípio da igualdade da prestação de serviços à saúde pelo Sistema Único de Saúde, independente do paciente atendido ter condições econômicas para ser atendido na rede privada ou não, nem tampouco discriminar aqueles que conseguiram tratamento ou medicamento pela via judicial. Corroborando esse entendimento através do

juízo do Tema nº 579 que versa sobre a vedação a internação em acomodações superiores no âmbito do SUS, bem como ao atendimento diferenciado por médico próprio do sistema.

Assim como o ministro Nunes Marques, o ministro Gilmar Mendes abordou aspectos do processo civil quando da execução ou concessão da antecipação de uma tutela antecipada, conforme os artigos 297 e 520 do Código de Processo Civil.

É de bom alvitre reforçar que inexistem, em regra, impedimento de cumprimento provisório ou definitivo em face da Fazenda Pública, a depender da modalidade da obrigação. A única exceção constitucional é o cumprimento provisório pelo Poder Público de pagar quantia certa, como adiante se verá. Demais restrições estão previstas na legislação infraconstitucional. (STF, 2021b, p. 106)

O dispositivo referido, bem como seus parágrafos, legitimam o cumprimento provisório ou definitivo em face da fazenda pública na modalidade de obrigação de fazer quando for para pagamento de quantia certa, solucionando o problema levantado anteriormente pelo ministro Nunes Marques acerca do pagamento por meio de precatórios que prejudicaria terceiros convocados a suplementar serviço de saúde pública. O Tema de repercussão geral nº 45²⁰ fixa tese – A execução provisória de obrigação de fazer em face da Fazenda Pública não atrai o regime constitucional dos precatórios.

2.3 Supremo Tribunal Federal e o fornecimento de medicamentos.

Diante da relevância temática do direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal possui temas destinados a julgamento na referida matéria de fornecimento de medicamentos com repercussão geral, a exemplo do Tema 500 – sobre a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através do *leading case* RE 657718²¹:

Trata-se de um processo judicial em que o estado de Minas Gerais se recusou a fornecer o medicamento Mimpara 30mg a um paciente portador de doença renal crônica, que evoluiu para hiperparatireoidismo secundário. A época do ajuizamento da ação o remédio objeto da lide não estava registrado e, ainda que com o registro posterior, entendeu o Supremo Tribunal

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 573.872, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24 de maio de 2017. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 11 de set. de 2017. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22 de maio de 2019. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 09 de nov. de 2020. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Federal pela necessidade de definir o dever estatal de fornecimento do remédio fora do rol da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A discussão deste tema envolve principalmente a interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, que estabelece o direito à saúde como um dever do Estado. O Supremo Tribunal Federal entende que esse direito abrange o acesso a medicamentos essenciais para o tratamento de doenças, mesmo que não tenham sido registrados pela ANVISA.

Como visto, o Neoconstitucionalismo evidencia a força normativa e a efetividade da Constituição Federal, principalmente nas jurisprudências acerca do direito à saúde. O fornecimento de medicamentos é um dos exemplos desse reflexo. Como pontuado pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto (STF, 2019b, p. 34):

O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, 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. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, 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. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Contudo, a falta de critérios e o excesso das decisões voluntaristas eivadas de emoções ou extravagância, podem terminar por condenar a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis ou fornecimento de medicamento experimental de eficácia duvidosa. Diante disso, estas decisões judiciais razas mobilizam a estrutura administrativa de múltiplos entes federativos representando gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação judicial.

Desta forma, o conflito encontra-se no reconhecimento da saúde como um direito fundamental em que o Estado deve garantir o acesso a tratamentos adequados e eficazes; e na vedação legal quanto a fornecimento destes que não estejam devidamente registrados ou regulamentados pela ANVISA. Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, em casos de pacientes que necessitam de tratamento com medicamentos não registrados pela ANVISA,

o Estado deve fornecer o medicamento desde que ele seja seguro e tenha sido comprovadamente eficaz em outros países ou em estudos clínicos, conforme as teses do tema²².

O Supremo Tribunal Federal ao promover o acórdão da referida tese se preocupou com a economia de mercado, quando atesta que como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento sem registro porque o registro na ANVISA além de constituir proteção à saúde pública, também garante o devido controle de preços do mercado. A observância desse aspecto leva a coibição de manipulação de preço de fármacos não registrados pelas grandes empresas de fármacos.

Note-se que além do Judiciário evidenciar a omissão do Poder Executivo – representado na presente decisão pela Agência Reguladora como uma das autarquias federais, também determinou que a competência para determinar a concessão de forma excepcional caberia àquele decidir. É nesse sentido que Thiago Luís Santos Sombra (2017, p. 260) entende o Supremo Tribunal Federal como um ator do processo político democrático que irá compensar o déficit da atuação dos entes políticos na promoção do bem comum, neste caso o direito a saúde.

Esse deslocamento do palco de debates do Executivo para o Judiciário decorre de uma legitimação do papel *contramajoritário* assumido pelos ministros, que oportunizaria os representados serem ouvidos e participarem efetivamente do processo decisório, a exemplo do instituto das audiências públicas (URBINATI, 2008 *apud* SOMBRA, 2017, p. 260).

Contudo, essa busca pela igualdade na prestação de direitos, equalizando a relação daqueles que tem acesso aos medicamentos daqueles que tem maior dificuldade cria um outro espaço de discussão e, novamente, privilegia os que conseguem buscar o acesso à justiça que não pode atuar por preferências. Luís Roberto Barroso (2005, p. 51) conclui:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus

²² O Supremo Tribunal Federal entendeu pela excepcionalidade da concessão de medicamentos fora do rol da ANVISA, sendo necessário a comprovação da morosidade de apreciação de registro por esta agência reguladora e dos 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 pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA.

grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Desta forma, o Estado só seria obrigado a fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA quando houver comprovação da eficácia, segurança e necessidade do medicamento para o caso específico do paciente, bem como quando não houver alternativa terapêutica disponível no SUS. E o Poder Judiciário seria o responsável por promover e ampliar o sistema de freios e contrapesos para assegurar que o Estado não se omita e viole direitos fundamentais (SOMBRA, 2011).

Outro ponto levantado no referido Tema nº 500 é a vedação ao fornecimento de medicamentos experimentais, sem qualquer comprovação científica de eficácia e segurança. O Supremo Tribunal Federal limita a atuação do próprio Poder Judiciário frente a inaptidão do técnico judicial em aferir a qualidade e eficácia de um medicamento experimental, requerendo a obrigatoriedade de um atestado de segurança e eficácia de um profissional devidamente qualificado.

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 chancelar 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. (STF, 2019b, p. 14)

O tema também aborda a questão dos custos dos medicamentos, já que muitos deles são de alto custo e podem gerar impacto financeiro no orçamento do Estado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que o direito à saúde deve prevalecer sobre a alegação de falta de recursos, e que cabe ao Estado buscar soluções para garantir o acesso aos medicamentos necessários. Henrique Ribeiro Cardoso pontua o prejuízo de uma decisão individualista frente a coletividade:

Conceder a um indivíduo um direito específico (integralidade) em face do Estado que não será estendido a todos os que estiverem em idêntica situação (universalização) pode ensejar o reconhecimento de um regime diferenciado, desigual, não isonômico. Se as necessidades são ilimitadas, os recursos públicos não o são (CARDOSO, 2017, p. 33/34).

Na mesma linha, o ministro relator Marco Aurélio (STF, 2019b, p. 8) entendeu pela impossibilidade de obrigar o Estado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, sob

a alegação de inexistir direito absoluto e, ante a prevalência do interesse coletivo bem como dos princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal que enfatiza a competência do administrador público em gerir de maneira proba e razoável os recursos públicos disponíveis. Ao passo que seria de competência da Administração Pública e por se tratar de tema de repercussão geral, admitiu a participação, como terceiros, da União, dos estados da federação e do Distrito Federal que seriam afetados após o trânsito e julgado que adviria da decisão deste tema.

Esta problemática do gerenciamento dos recursos evidencia a urgente necessidade que o país possui de levantar reflexões e promover discussões sobre a política de saúde e a latente necessidade de investimentos ou aumento de repasses dos recursos destinados a esta área. E o Poder Judiciário ao se apresentar como palco para essas discussões, não deveria agir exclusivamente como legislador positivo ou negativo, mas efetivamente oportunizar um maior número de representados a chance de construir e participar da decisão como foi feito pelo ministro relator Marco Aurélio.

Uma das novas ferramentas para auxiliar os Tribunais nos processos de judicialização da saúde é citada pela ministra Cármen Lúcia (STF, 2019b, p. 17) que são os núcleos de assistência que prevê um comitê temático sobre a saúde em cada Tribunal de modo a disponibilizar médicos à disposição dos juízes, além de um banco de dados científicos no Conselho Nacional de Justiça.

Ao passo que os ministros elencam preocupações sobre as questões envolvendo a saúde, principalmente quanto ao caráter limitante da *expertise* para determinar o que é essencial e imprescindível, o ministro Gilmar Mendes (STF, 2019b, p.18) relembra o caso em que laboratórios fomentam a judicialização de processos acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo para próprio enriquecimento ilícito. Reforça outro obstáculo para o Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões atinentes a saúde porque envolvem interesses econômicos de empresas privadas que se utilizam da máquina judicial para benefício próprio em detrimento do interesse coletivo à saúde de qualidade.

É possível identificar a preocupação tanto do Supremo Tribunal Federal quando os chefes do Poder Executivo quanto a legitimação social das suas condutas, quando a ministra Cármen Lúcia (STF, 2019b, p. 19/20) relata que há a preocupação dos governantes em negar o fornecimento de medicamentos, bem como ressalta a fala que a cidadania brasileira passou a acreditar mais no Judiciário. O principal motivo para buscar uma decisão justa, eficaz e de qualidade deveria ser o bem estar social e a manutenção do direito à saúde, não o reconhecimento social pela boa conduta.

Tem se o controle de política pública:

Então, veja, é para ficar muito claro que nós estamos aqui fazendo um controle que vai além do caso concreto. Nós estamos discutindo, na essência, um controle de política pública. É disso que nós estamos falando.

[...]

Então, nós temos que colocar essas variáveis nas nossas análises. E, por isso, eu acho que Ministério da Saúde, a União, Estados e Municípios têm que participar. (STF, 2019b, p. 23)

Para além do controle da política pública, os ministros Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso (STF, 2019b, p. 23) levanta a temática da ponderação dos direitos, quando se pensa em julgar uma ponderação entre saúde e vida com orçamento, reserva do possível; na verdade é a vida de um ponderada com a vida de outro no momento em que se prioriza o atendimento ao fornecimento de um medicamento ou tratamento de alto custo a somente um indivíduo. Há a menção a teoria das escolhas trágicas, quando uma decisão para salvar a vida de alguém pode significar a priorização desta em detrimento de todos os que estão aguardando numa fila.

O ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2019b, p. 36) apresenta dados referentes aos gastos que a Administração Pública teve com o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, bem como o quantitativo ínfimo de beneficiados por essas ordens judiciais que termina por preterir à saúde pública dos demais cidadãos, tanto pelo escassez de recursos, quanto pela ausência de segurança sanitária dos efeitos da disseminação do referido medicamento sem registro.

O próprio argumento da ilicitude da conduta de fornecer, adquirir ou comercializar medicamento sem registro é levantado por diversas vezes como um dos argumentos aptos a impedir o Poder Judiciário de impor essa obrigação a Administração Pública. Desta forma, o registro sanitário não é um mero procedimento burocrático e dispensável, mas processo essencial para a tutela do direito à saúde de toda coletividade.

Sobre a necessidade de deferência em relação à decisão da ANVISA, o ministro Luís Roberto Barros (STF, 2019b, p. 40/41) conclui:

Tanto a importância do bem jurídico tutelado pela atuação da Anvisa (o direito à saúde), quanto o grau de complexidade e de preparação técnica exigido para a tomada de decisão sobre o registro de medicamentos recomendam uma menor intensidade da revisão jurisdicional e uma maior deferência em relação às decisões da agência reguladora [6]. Ao determinar o uso, a fabricação, a comercialização e a importação de uma substância que não tem registro sanitário junto à agência reguladora nacional, porém, o Poder Judiciário está se sobrepondo à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes.

O ministro também elencou algumas consequências indesejadas que poderiam decorrer do fornecimento de medicamento não registrado por ordem judicial: desorganização financeira e administrativa dos entes federativos, escassez de recursos e criar incentivos para atuações oportunistas das empresas farmacêuticas (STF, 2019b, p. 44). Observa-se que além dos parâmetros legais disponíveis no ordenamento jurídico, os ministros também se utilizam de outras questões que transcendem o âmbito de atuação do Poder Judiciário, mas de forma fundamentando, com embasamento teórico, estatístico e prático da matéria.

Na visão de Thiago Sombra (2017), o Supremo Tribunal Federal utiliza de instrumentos como as audiências públicas abaixo do potencial deliberativo que ela propõe, quando no final servem apenas para uma finalidade retórica dentro do processo de construção argumentativa próprio de cada ministro. Assim, percebe-se que a representação política social ainda é muito embrionária prevalecendo o entendimento próprio do poder Judiciário a respeito das demandas levadas ao seu julgamento.

O ministro Edson Fachin (STF, 2019b, p. 75) aponta essa participação deliberativa dos beneficiados nos procedimentos alocativos:

Com efeito, o papel do Estado é não apenas fornecer um mínimo, aquilo que qualquer pessoa tem direito a lhe exigir, mas também o de elaborar um difícil cálculo relativamente à distribuição dos bens, levando em conta, porém, que as pessoas têm diferentes visões sobre a própria distribuição. Trata-se, portanto, de não apenas prover o mínimo, mas também de garantir a participação das pessoas nos procedimentos alocativos.

Continua a argumentação questionando que a cláusula da reserva do possível não constitui um óbice para a realização dos direitos sociais, seria uma definição do limite da adjudicação. Sendo que este limite não advém da finitude dos recursos do Estado, mas de uma possível sindicabilidade da decisão alocatória.

A doutrina é citada como orientação a legitimação da competência do Estado em promover o registro do medicamento como uma das modalidades de intervenção na ordem econômica através da função regulatória do Poder Executivo. Contudo, a previsão constitucional para o exercício dessa competência não justifica por si o porquê de escolher ela como fundamento para o não fornecimento de medicamento não registrado.

(i) a demanda por serviços de saúde depende de uma série de circunstâncias fáticas, como a eficácia, a segurança e a necessidade dos medicamentos, por exemplo; e (ii) que as preferências individuais devem ceder às aspirações e ponderações coletivas. (SUSTEIN, 2013, p. 46 *apud* FACHIN, 2019b, p. 81)

Trata-se da premissa de que o controle judicial dos atos administrativos de competência do Estado não deve se limitar a apenas quem detém a competência para a tomada de decisão, mas também para a forma que ela é tomada. No âmbito do direito à saúde que seria possível encontrar essa premissa, uma vez que a possível impossibilidade da sua concessão universal, não pode ser encarada com óbice na persecução desta qualidade.

O ministro Edson Fachin (STF, 2019b) através do seu voto busca conceituar o direito à saúde como uma política pública efetiva e de qualidade capaz de promover o aspecto universal e igualitário do acesso a saúde e não a concessão de direitos individuais pleiteados no âmbito do processo judicial. Neste toar, a proteção constitucional da competência ao Executivo, em especial das agências reguladoras no âmbito da saúde, deve ser respeitado, caso nas decisões distributivas ou alocativas, não deixem de observar o previsto pela própria Constituição Federal.

A fundamentação a todo momento retoma o aspecto legal da conduta, vinculando a possibilidade e impossibilidade do controle judicial do ato administrativo conforme o previsto na Constituição Federal e demais legislações, a exemplo das Lei nº 8.080/90 e nº 6.360/76. O ministro Edson Fachin (STF, 2019b, pp. 96/97) conclui que:

A definição do direito à saúde como demanda ética à equidade em saúde não conduz a outra resposta que não o reconhecimento de garantias de um mínimo existencial e de efetiva participação, sob a perspectiva de ter em devida conta as razões e demandas individuais opostas à decisão distributiva. Tal garantia, materializada na atuação do Poder Judiciário, impõe que se realize, no caso concreto, de modo não cumulativo, (i) controle de legalidade, vale dizer, não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder; (ii) controle da motivação, isto é, aferir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a Administração Pública; (iii) controle da instrução probatória da política pública regulatória, ou seja, exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e (iv) controle da resposta em tempo razoável, o que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

O ministro Alexandre de Moraes traz em seu voto a união entre a construção jurisprudencial e doutrinária como ferramentas complementares na construção de um melhor julgamento para a questão debatida acerca da obrigatoriedade ou não do fornecimento de medicamentos como uma garantia de direito à saúde.

Dessa construção pretoriana, Senhor Presidente, dessa construção da Corte, acompanhada pela doutrina na análise dos serviços de saúde, análise da prestação de serviço de relevância à saúde, não me parece possível extrair desse direito fundamental um mandamento inequívoco e judicialmente exigível que imponha o

provimento gratuito de todo e qualquer serviço ou prestação médico-farmacêutica desejados pelos indivíduos em qualquer situação. (STF, 2019b, p. 112)

O aspecto emocional da demanda que é acolhido pelo juízo de piso é reconhecido pelos ministros como fator determinante a concessão de uma liminar ou até mesmo de uma sentença, contudo, os valores para a efetivação dessa decisão são retirados diretamente do planejamento orçamentário destinado às políticas públicas que deveriam atender a toda coletividade. E ao atender um requerimento individual, vai de encontro com a previsão constitucional de um sistema público de saúde universal e igualitário.

Ainda que os valores não sejam retirados do orçamento da saúde, alguma pasta executiva arcará com as despesas oriundas da decisão judicial ora combatida, sendo que a própria Constituição Federal prevê as normas e regras que vinculam a atuação do Estado à observância da lei orçamentária, vedando, inclusive, a transposição de recursos públicos para finalidade diversa da prevista (STF, 2019b, p. 114).

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2019b, p. 122) adentra o aspecto da *expertise* para determinar a imprescindibilidade de um determinado medicamento como o único possível para o tratamento do requerente processual, o que invalidaria todo um conselho técnico e médico acerca do tema, o qual se utiliza de princípios e regras contidas na legislação federal sobre a análise de casos específicos normatizados pelo próprio Poder Executivo. Assim, não há que se falar em direito absoluto assegurado por uma receita médica *una*, deve ser relativizada através do prisma da doutrina e legislação vigente sobre o objeto debatido.

O Poder Judiciário, nessas questões, entendendo deva respeitar também, assim como foi adotado pela lei e exigido do Poder Executivo, o critério da medicina baseada em evidências científicas, não devendo, por sentença judicial, substituir a legislação federal vigente e todo o sistema organizacional de gestão de políticas públicas na área de saúde, tão somente baseado 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. (STF, 2019b, p. 123)

Os ministros convergiram o entendimento que ao julgar uma tese em sede de repercussão geral não pode levar em consideração apenas as balizas questionadas no caso concreto que originou o Tema, uma vez que as questões discutidas que levarão as teses de convencimento proferidas pelos ministros transcende o caso concreto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, o Ministro Marco Aurélio tem razão, em parte, porque no caso concreto, coincidentemente, a tese da repercussão geral é exatamente a mesma que foi suscitada no acórdão recorrido. Mas, por vezes, a tese a ser fixada na repercussão geral transcende o caso concreto. Aqui, pelo que consta dos documentos oficiais do Supremo, o que nós devemos decidir é se o Estado

tem o dever de fornecer medicamento sem registro da ANVISA. E o que houve? Partiu-se primeiro da resposta para essa indagação: saber se deve ou não fornecer medicamentos. (STF, 2019b, p. 133)

Por outro prisma argumentativo, a ministra Rosa Weber (STF, 2019b, p. 148) apresenta os institutos utilizados pelos Estados Unidos da América na regulamentação da segurança medicinal, inclusive colacionando casos julgados pela Suprema Corte Americana como resposta para os questionamentos requeridos no processo judicial em análise pelo Supremo Tribunal Federal. A referida ministra se utiliza dos precedentes americanos para corroborar a deferência judicial dos atos das agências regulatórias, competentes para determinar a qualidade e eficácia dos medicamentos, servindo-se das ferramentas que o sistema de *common law* propõe.

O sistema de *common law*, prevalente nos Estados Unidos, baseia-se na jurisprudência como fonte principal do direito. As decisões anteriores (precedentes) têm grande peso, e os juízes desempenham um papel significativo na formação do direito. Ao contrário do Brasil que segue o sistema de *civil law*, que se fundamenta em um conjunto codificado de leis escritas, enfatizando a clareza e previsibilidade das decisões, limitando o papel dos juízes na criação do direito conforme já tratado pelo ministro Edson Fachin.

Da análise dos precedentes formados na Suprema Corte Americana, é possível inferir uma linha central de conduta a ser observada no contexto regulatório e de segurança, qual seja: a de deferência ao espaço administrativo e regulatório, sendo desproporcional permitir que outra determinação, que não aquela emanada da Agência Reguladora, seja mantida ou legitimada no sistema jurídico. (STF, 2019b, p. 149)

Acerca da função da jurisdição constitucional no controle de políticas públicas, a ministra Rosa Weber (STF, 2019b, p. 151/154) utiliza de precedentes para reafirmar a sua possibilidade, conferindo valor notável a jurisprudência. Contudo, reconhece que o princípio da reserva do possível haja vista as restrições orçamentárias e estruturais que recaem sobre o poder público serem limitantes desta atuação judicial.

O ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2019b, pp. 170/175) se utiliza de informações científicas para fundamentar o seu voto, principalmente quando afirma que as políticas do Sistema Único de Saúde são elaboradas com base na Medicina Baseada em Evidências Científicas, onde deve ser evidentemente comprovado a eficácia e a segurança de determinado medicamento/tratamento para que tenha seu registrado deferido, ainda que não pela agência reguladora nacional.

O ministro Dias Toffoli (STF, 2019b, p. 182) inicia seu voto pontuando a conquista social com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que expressou em seu texto os direitos da sociedade há muito tempo oprimidos. Acrescenta que teria sido a primeira vez em

que a sociedade teve a sensação de pertencimento no processo representativo legislativo, quando os seus representantes efetivamente estariam lutando e promovendo os direitos dos representados.

Foi a primeira vez na história constitucional brasileira que a grande massa teve um papel decisivo na escolha de alguns temas a serem acolhidos no texto da Constituição. Os documentários demonstram que o povo se sentiu efetivamente o dono da ‘Casa Legislativa’, ocupando galerias e corredores e bradando pelo reconhecimento de direitos. Nasce, nesse contexto, uma Constituição democrática e, em grande medida, socializante. Nesse modelo, os direitos à saúde e à educação ocupam um papel central. (BLIACHERIENE e MENDES, 2010, p. 16 *apud* TOFFOLI, 2019b, p. 182)

O argumento sobre a regulamentação do registro do medicamento é retomada no voto do ministro Dias Toffoli (STF, 2019b, p. 190) para reforçar que além de ser uma garantia do direito social à saúde, também é uma garantia econômica de acesso a esse direito. O respeito ao regular processo de registro é uma garantia da segurança do medicamento para ao consumidor, bem como para os demais que irão conviver ou ter contato com quem está fazendo uso do medicamento.

A regulamentação sanitária também servirá para qualificar o medicamento quanto a sua eficiência, pureza e custeio a fim de regular o mercado farmacêutico inibindo preços exorbitantes que não condizem com as características do novo medicamento. Por outro lado, a capacidade econômica dos consumidores será respeitada, além de poderem optar por um medicamento mais custoso que condiz com a sua qualidade e eficiência cientificamente comprovadas.

“imprescindível que todos os agentes regulatórios do Estado tenham a concepção de que o medicamento é uma mercadoria peculiar, que deve ter uma regulamentação especial, e que as forças de mercado não são suficientes para o equacionamento de seus preços, sua qualidade e sua disponibilização à população”. (STF, 2019b, p. 191)

Ao longo de toda a discussão sobre o Tema de repercussão geral nº 500 foi tratado com respeito a competência do Poder Legislativo, uma vez que os ministros entendem por ser daquele a capacidade para determinar legalmente as hipóteses que permitem o fornecimento do medicamento sem registro na ANVISA em programas de saúde pública, que, via de regra, é uma excepcionalidade. Como já pontuado, as hipóteses que preveem essa possibilidade já estão vastamente prevista na legislação pátria, inclusive indicando as etapas e em quais situações é possível, bem como através de qual entidade será fornecido o medicamento solicitado.

O ministro Dias Toffoli (STF, 2019b, p. 201) afirma:

Em meu sentir, somente a própria legislação pátria pode definir as hipóteses mediante as quais é permitido o fornecimento de medicamentos sem o adequado registro no

órgão regulador. E a legislação brasileira já contempla as hipóteses em que é possível o uso de medicamento sem registro na ANVISA - em especialíssima situação há inclusive previsão de que o fornecimento da medicação se dê pelo próprio Sistema Único de Saúde. Segundo a regulamentação da própria ANVISA, as hipóteses de uso de produtos sem registro na agência envolvem desde a importação direta para uso pessoal até os programas específicos denominados Uso Compassivo, Acesso Expandido e Fornecimento de Medicamento Pós Estudos.

Como decorrência da formulação da tese julgada no Tema nº 500, concluiu os ministros que as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União, uma vez que a responsabilidade do ente é decorrente de um órgão federal, sendo àquela, a única capaz de apresentar defesa ou esclarecimentos contrapondo os argumentos postulados em juízo.

Ao passo que se encerra a análise do Tema nº 500, adentra a análise do Tema de repercussão geral nº 1.161, que apesar de tratar também sobre o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, possui uma particularidade que é a **autorização** por parte da agência regulatória, com base na legislação que a rege e nas suas próprias resoluções.

Trata-se o Tema 1.161 – Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, através do *leading case* RE 1165959²³. Inicialmente, o julgamento do Tema nº 1.161 busca aferir se a autorização realizada pela ANVISA está de acordo com a legislação atinente a matéria e, ainda, se os dispositivos constitucionais que tratam do direito a saúde foram respeitados.

Trata-se de um processo judicial (STF, 2021, p. 12) em que o Estado de São Paulo se recusou a fornecer *Hemp Oil Paste – RSHO*, à base de canabidiol, destinado ao tratamento da enfermidade em paciente com encefalopatia crônica por citomegalovírus congênito e crises epiléticas de difícil controle (CID 10 G40.8). A fundamentação utilizado pelo ente público foi a falta de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que impede o fornecimento do referido produto sob pena de ferir dispositivos constitucionais e legislação federal própria.

Contudo, apesar de inexistir registro do fármaco na ANVISA, a sua comercialização não é proibida, considerada a autorização especial regulamentada na Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 06 de maio de 2015.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.165.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21 de jun. de 2021. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 22 de out. de 2021. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde.

Assim, em caráter excepcional, desde que também evidenciado a inexistência de fármaco alternativo disponível na rede público para atender à necessidade do paciente, a própria ANVISA autoriza a importação de produtos à base de canabidiol. De modo que foge a vedação contida no artigo 12, da Lei nº 6.360/1976.

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

A discussão deste tema envolve principalmente a interpretação dos artigos 196, 197 e 200, incisos I e II da Constituição Federal, que estabelece o direito à saúde como um dever do Estado. O Supremo Tribunal Federal inicia o julgamento do Tema nº 1.161 referenciando as Resoluções da própria ANVISA que criou uma nova categoria de remédio à base de planta, diferente da usada em medicamentos. Assim, não se discute a questão do registro, mas a autorização sanitária, a permitir a comercialização e dispensação dos produtos de *Cannabis* no Brasil, inclusive intermediada por uma unidade governamental ligada à área de saúde, conforme artigo 3º, §2º da Resolução nº 335/2020.

Art. 3º Fica permitida a importação, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado para tratamento de saúde, de Produto derivado de *Cannabis*.

§ 2º A importação do produto poderá ainda ser intermediada por entidade hospitalar, unidade governamental ligada à área da saúde, operadora de plano de saúde para o atendimento exclusivo e direcionado ao paciente previamente cadastrado na Anvisa, de acordo com esta Resolução.

O ministro Marco Aurélio (STF, 2021c, pp. 14/15), também relator do presente tema, conclui o voto no sentido de que autorização ao fornecimento ou importação de fármaco, ainda que não pertença ao rol das exceções apresentadas no Tema nº 500, seria uma obrigação a que se impõe. Acrescenta que entendimento diverso submeteria a saúde e sobrevivência do cidadão a ato estritamente formal – deliberação da ANVISA quanto ao registro do fármaco. Assim, existindo autorização legal pela agência regulatória, cumprindo os requisitos e enquadrada a situação nas possibilidades previstas em dispositivo legal ou administrativo, ao Estado caberia a viabilização da aquisição.

A ministra Cármen Lúcia (STF, 2021c, pp. 23/24) inicia o mérito do seu voto aplicando o instituto do *distinguishing* entre os *leading cases* julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos

temas de nº 500 e 1.161, quando naquele não se abordou a situação de autorização individual concedida pelo Estado para importação de fármaco sem registro na ANVISA. A Lei federal nº 9.782/99 que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a ANVISA prevê os casos e condições legais de dispensa do registro pela própria agência reguladora.

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 5º A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.

Diante da grande dificuldade das pesquisas clínicas comprovarem a eficácia dos produtos à base de *cannabis*, além de outros requisitos que são necessários para que aqueles sejam enquadrados como medicamento, a ANVISA entendeu por bem baixar uma resolução criando uma nova categoria específica para esses produtos. Contudo, estabeleceu uma condição para a autorização da sua importação que comunica-se com uma das teses previstas no Tema nº 500, qual seja o esgotamento das opções terapêuticas disponíveis e devidamente registradas no país.

A tese fixada no acórdão do paradigmático RE n. 657.718/MG - especificamente quanto a não caber ao Estado fornecer medicamentos não registrados na Anvisa – não abrange as hipóteses de dispensa de registro ou de fornecimento de fármacos autorizados, fiscalizados e regulamentados pela agência. Admitida pela Anvisa, na análise do caso, a imprescindibilidade do medicamento para a saúde do enfermo e a impossibilidade de substituição por outro similar, poderá o Judiciário, verificada a incapacidade financeira da parte, compelir o Estado a custeá-lo. (STF, 2021c, p. 25)

O esgotamento das outras opções terapêuticas atuaria como uma barreira a exploração pelo mercado de fármacos de importações em valores exorbitantes, de modo a compelir o Estado a arcar com o custeio vultoso desses produtos e, ainda, invalidaria a eficácia e comprovação científica dos demais medicamentos já registrados e ofertados pelo sistema de saúde. Essa cláusula atuaria também como avaliadora das eficácias conferidas aos medicamentos registrados, podendo, através dos seus resultados insuficientes ou ineficazes, servirem de parâmetro para o desenvolvimento de novas fórmulas ou aprimoramento das já utilizadas.

Assim, caberia ao Estado fornecer o referido fármaco, embora não possua registro na ANVISA, desde que conferida sua autorização pela própria agência de vigilância sanitária, acompanhada de relatório médico comprovando a imprescindibilidade do tratamento, a impossibilidade de substituição do fármaco por outro medicamento ou tratamento disponível

pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como comprovada a incapacidade econômica do paciente; ressalvado o contraditório ao ente público.

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2021c, pp. 36/37), em seu voto, traz à análise de mérito do julgamento, a determinação do profissional médico que acompanha o paciente do *leading case* e não contrapõe ou questiona a pertinência do seu relatório fundamentando a sua validade na constatação pelo juiz sentenciante, os quais foram corroborados quando do julgamento colegiado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ademais, trata da similitude entre os Temas que envolvendo o dever do Estado em fornecer medicamentos, pontuando suas distinções e como ambos os temas se complementam, inclusive pontuando o Tema de nº 06, o qual julgamento foi finalizado, mas ainda não teve sua tese fixada de forma terminativa.

No RE 566.471 (Tema 6), tratava-se de fármaco de alto custo, que conta com registro da ANVISA, mas que estava fora das listas de dispensação e dos protocolos terapêuticos do SUS; e, no RE 657.718 (Tema 500), cuidou-se de demanda por compostos ou medicamentos sem registro na agência reguladora responsável. Nesse último paradigma vinculante (Tema 500), decidiu-se que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado, por decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tendo em vista que o registro representa medida necessária para assegurar que o fármaco é seguro, eficaz e de qualidade. No entanto, definiu-se que proibição não alcança as hipóteses de dispensa de registro ou de fornecimento de fármacos não registrados **que tenham previsão na legislação nacional e sejam regulamentadas, autorizadas e controladas pela ANVISA.** (STF, 2021c, pp. 37/38)

O respeito a legislação pátria e autonomia do Poder Executivo na regulamentação da sua própria estrutura organizacional é preservada, uma vez que o ministro Alexandre de Moraes ressalta que a permissiva do Poder Judiciário determinar o fornecimento do fármaco requerido decorre da previsão legislativa e do próprio ato de autorização pela agência reguladora, desde que, e apenas nestes casos, comprovada a hipossuficiência econômica do paciente.

O fator econômico é determinante para a manutenção do direito à saúde do requerente, o qual, por vezes, acaba se travestindo do próprio direito à vida, onde o mínimo existencial requerido em processo de fornecimento de medicamento não registrado, mas autorizado; registrado, mas com atraso na análise do pedido; ou até quando tratar-se de medicamento de alto custo deve ser observado face a objeções de cunho administrativo ou orçamentário.

Na oportunidade, prevaleceu o voto do Relator, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, para quem o direito fundamental ao mínimo existencial prepondera sob quaisquer objeções de cunho administrativo ou orçamentário, cabendo ao Poder

Judiciário tutelar situações especiais não alcançadas pelas políticas de dispensação de medicamentos existentes. Por outro lado, S. Exa. condicionou essa intervenção às hipóteses em que demonstrada (I) a imprescindibilidade do medicamento ou tratamento para a saúde do cidadão (sua sobrevida ou melhora de suas condições) e (II) a incapacidade financeira do paciente e de sua família. (STF, 2021c, p. 39)

Entretanto, como aferir a imprescindibilidade do medicamento, como ponderar a saúde em caráter individual de um cidadão, frente a toda uma política nacional de medicamentos ou a um programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional? Pontua o ministro Alexandre de Moraes (STF, 2021c, p. 39) que o ministro Marco Aurélio relator do *leading case* do Tema nº 06 recepciona o laudo médico lícito, além de outras provas do acervo probatório que atestem a eficácia na sobrevida ou melhora do quadro de saúde do enfermo.

No Tema nº 500 foi discutido que a medicina hoje trabalha com evidência e, ainda sim, é incapaz de aferir com precisão a eficácia de um determinado fármaco, uma vez que particularidades do organismo do paciente podem inferir nos resultados de forma positiva ou negativa. Então, até que ponto caberia o risco em detrimento do sistema de dispensação realizado pelo SUS?

Mas a própria experiência acumulada nos sucessivos regulamentos do Ministério da Saúde que disciplinaram esses repertórios oficiais ao longo do tempo convence que, embora as políticas de assistência farmacêutica possam ser padronizadas, e, dessa forma, qualificar as etapas do ciclo de utilização de medicamentos nas redes públicas (e mesmo fora dela), as necessidades de atendimento de cada paciente não são padronizáveis a modelos taxativos. (STF, 2021c, p. 41)

Outro ponto de controvérsia é sobre a incapacidade financeira, se o recebimento gratuito estaria condicionado a hipossuficiência do cônjuge e demais familiares. Então, ainda que encerrado o julgamento do Tema nº 06 (RE 566.471), as consequências da tese que será afixada ao presente processo irá afetar uma multiplicidade de pessoas que requer uma preocupação e cuidado com a análise do tema.

Para garantir acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, não basta estabelecer um dado padrão de atendimento público e pretender que o direito à saúde se esgote nesse figurino. Uma compreensão tão taxativa da padronização da política de atenção à saúde teria o efeito de submeter 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, obrigando-as a suportar um sacrifício absolutamente desproporcional. (STF, 2021c, pp. 42/43)

Já o ministro Dias Toffoli (STF, 2021c, pp. 54/55) optou por reforçar a força decisória da Corte de origem, sobre a análise dos autos do processo e todo seu arcabouço probatório,

devido as circunstâncias específicas entendeu pela obrigatoriedade do Estado em fornecer o fármaco. Além de que o reexame desses elementos é vedado em sede de recurso extraordinário, *vide* Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

E, novamente, aponta-se a medicina de evidência como argumento para a possibilidade no tratamento de epilepsias de crianças e adolescentes que não obtiveram melhoras através dos tratamentos convencionais aprovados pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº 2.133/14 (STF, 2021c, p. 54). O presente caso por se tratar de uma criança também fomenta a invocação dos institutos de proteção à criança e adolescente previstos na Constituição Federal.

Deve-se observar, contudo, que o Canabidiol poderá ser prescrito apenas quando estiverem esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro, sobressaindo, portanto, a cautela do órgão sanitário ao estabelecer diversas condicionantes, dosagens e concentrações específicas para a circulação e o uso dessa substância e congêneres. Tais fatores devem orientar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que a intervenção sobre políticas públicas no âmbito da saúde não pode dissociar-se da medicina baseada em evidências, tampouco sobrepor-se à ciência. (STF, 2021c, p. 55)

O argumento da medicina de evidência é tão representado no âmbito do Supremo Tribunal Federal que serve de inspiração para promoção de eventos como o Fórum Nacional da Saúde e a Jornada de Direito à Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça que além de elaborar estudos e pesquisas para promover a capacitação dos magistrados e atores processuais no direito à saúde e sanitário. Através de enunciados e resoluções promovidas nesses eventos buscam propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos e garantir decisões baseadas em evidência, utilizando também de outras ferramentas já aplicadas como os Núcleos de Apoio Técnico ao Poder Judiciário Estaduais e Nacionais – NatJus (STF, 2021c, p. 55).

Contudo, os núcleos de apoio técnico são ferramentas antigas para solução de problemas que ainda se perpetuam:

A bem-intencionada atuação do CNJ pouco contribuiu para a solução de controvérsias. Viabiliza, por óbvio, o compartilhamento de informações, permitindo a boa influência de saberes científicos – medicina e governança – mas em nada contribui para a solução do problema – excesso de judicialização produtora de privilégios e inviabilizadora do direito de outros tantos atingidos reflexamente. Nunca se judicializou tanto a prestação de serviços de saúde pública, e nunca se afetou tanto sua programação e seu orçamento. (CARDOSO, 2017, p. 127)

O último tema de repercussão geral do recorte referente ao fornecimento de medicamento seria o de nº 06 – Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, através do *leading case* RE 566.471²⁴. Contudo, como citado nos demais julgamentos, o processo encontra-se julgado, mas pendente de fixação final da tese concernente ao objeto discutido na lide.

Logo, diante da indisponibilidade do julgamento, bem como da integralidade dos votos, cabe apenas a menção das informações disponibilizadas no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal²⁵ que aponta similitudes com os dois temas tratados anteriormente. O relator do processo admitiu a participação dos Estados como interessados no processo, um detalhe que difere é o indeferimento da oitiva e participação dos municípios, o que demandaria tempo e impossibilitaria o devido andamento processual.

Rememorando o Tema nº 500, o ministro Alexandre de Moraes ao indicar que os processos judiciais envolvendo fármacos sem registro na ANVISA deveriam ser proposto obrigatoriamente em face da União, traz a temática da impossibilidade dos municípios terem condição e acesso a informações e documentos necessário a contrapor a pretensão requerida. E por outro lado, o ministro Gilmar Mendes reforça que deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

Portanto, finalizada a análise de todos os temas de repercussão geral julgados pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde, atribuindo força vinculativa às teses julgadas que deverão ser observadas em todo território nacional. Cabe agora o questionamento sobre a atuação dos demais representantes do Poder Judiciário frente as teses fixadas, bem como a capacidade de poder realizar o *distinguishing* dos casos analisados nas instâncias inferiores.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15 de nov. de 2007. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 07 de dez. de 2007. Disponível em: <https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁵ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 02 dez. 2023.

CAPÍTULO 3 – O CONFLITO ENTRE A DEFERÊNCIA JUDICIAL E A NECESSIDADE NA TOMADA DE DECISÕES TRÁGICAS: DOIS OLHARES SOBRE A IGUALDADE DA JUSTIÇA

O conflito entre a deferência judicial e a necessidade na tomada de decisões trágicas coloca em evidência duas perspectivas distintas sobre a igualdade da justiça. Este capítulo explora como o judiciário, ao equilibrar os princípios de deferência aos outros poderes e a imperativa necessidade de intervir em situações críticas, se depara com dilemas éticos e jurídicos profundos.

De um lado, a deferência judicial reflete o respeito do judiciário pelas decisões tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, reconhecendo a competência e a autonomia destes na condução de políticas públicas e na alocação de recursos. Essa postura baseia-se no princípio da separação de poderes, essencial para a manutenção da democracia e para evitar o autoritarismo judicial. A deferência é, portanto, um reconhecimento das limitações do conhecimento técnico e da expertise específica do judiciário em áreas que demandam uma complexa avaliação política, econômica e social.

Por outro lado, situações que envolvem decisões trágicas - aquelas em que não há soluções ideais e qualquer escolha acarretará em consequências negativas significativas para determinados grupos ou indivíduos - exigem do judiciário uma atuação mais assertiva. Em contextos de crise ou quando direitos fundamentais estão em jogo, a inação ou a excessiva deferência aos outros poderes pode resultar em injustiças graves e na violação de princípios constitucionais. Assim, a necessidade de proteger direitos humanos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, pode justificar decisões judiciais que impõem obrigações específicas ao Estado, mesmo que tais decisões confrontem políticas públicas existentes ou excedam limites orçamentários previamente estabelecidos.

A tensão entre essas duas perspectivas é particularmente evidente em casos que demandam a alocação de recursos escassos, como no financiamento da saúde pública, na educação e na segurança. A questão central se torna como o judiciário pode, de um lado, respeitar a autonomia dos outros poderes e, de outro, assegurar a efetivação de direitos constitucionais, especialmente quando estão em conflito com decisões governamentais ou limitações fiscais.

A busca por um equilíbrio entre deferência judicial e a intervenção em decisões trágicas reflete o desafio de promover a igualdade de justiça numa sociedade marcada por desigualdades. O judiciário deve navegar essas águas turbulentas com um olhar crítico para

suas próprias limitações e com uma compreensão profunda dos valores sociais, éticos e constitucionais em jogo. Esse equilíbrio delicado é fundamental para garantir que o poder judicial atue como um guardião dos direitos fundamentais sem usurpar as funções dos outros poderes, mantendo assim a integridade do Estado Democrático de Direito.

A relação entre deferência judicial e a necessidade de intervenção em decisões trágicas não é uma questão de escolha absoluta entre um ou outro princípio, mas de encontrar um meio termo que respeite a autonomia dos poderes sem abdicar da missão constitucional do judiciário de proteger direitos fundamentais. Este equilíbrio requer um constante diálogo entre os poderes, um compromisso com a transparência e com a participação pública, e uma jurisprudência informada pelos princípios de justiça, equidade e o bem-estar coletivo.

Após a análise dos temas de repercussão geral julgados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde, será viável estabelecer uma conexão direta com as teorias da deferência judicial e das escolhas trágicas. Essa correlação permite compreender como o Judiciário, ao equacionar demandas de saúde pública, maneja o delicado balanço entre a autonomia dos entes federativos na implementação de políticas públicas e a intervenção necessária para assegurar direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a teoria das escolhas trágicas ressalta os dilemas enfrentados pelos magistrados ao decidirem sobre questões que envolvem recursos limitados e necessidades ilimitadas, revelando a complexa tarefa de distribuir justiça de maneira igualitária em um contexto de escassez. Esta análise ilumina as profundas implicações éticas e sociais por trás das decisões judiciais em saúde, destacando a importância da jurisprudência do STF na moldura do direito à saúde no Brasil.

3.1 Deferência Judicial: Insindicabilidade ou intervenção obrigatória?

Foi visto que a discricionariedade do Poder Público na promoção de ações de assistência à saúde é um aspecto fundamental da administração pública, refletindo a capacidade de tomada de decisões baseadas na avaliação de oportunidades, conveniências e limitações, especialmente no que se refere à alocação de recursos orçamentários. No entanto, apesar da margem de liberdade inerente à discricionariedade, é imperativo que tais decisões estejam estritamente alinhadas com os princípios e regras estabelecidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, visando sempre a promoção do bem-estar coletivo e a garantia do direito à saúde.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, devem orientar todas as ações do Poder

Público, incluindo aquelas relacionadas à assistência à saúde. A discricionariedade, embora permita ao administrador escolher entre várias opções legítimas, não é um cheque em branco que autoriza qualquer decisão. Pelo contrário, requer um exercício de ponderação responsável, fundamentado em critérios objetivos e racionais, que justifiquem a escolha feita diante das alternativas disponíveis.

A oportunidade e conveniência das decisões administrativas, especialmente no que tange à alocação de recursos limitados, devem ser vistas à luz do princípio da eficiência e da obrigação do Estado de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Isso implica uma gestão cuidadosa do orçamento público, priorizando intervenções que ofereçam o maior benefício possível à população dentro das restrições financeiras existentes.

Adicionalmente, a transparência nas decisões e ações do Poder Público é essencial para garantir a *accountability* e permitir que a sociedade participe e fiscalize a gestão da saúde. A publicidade das decisões permite o escrutínio público e o debate sobre as prioridades e a alocação de recursos, contribuindo para uma gestão mais democrática e responsiva às necessidades da população.

Diante da importância do direito à saúde, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade dele ser prestado por outras entidades através do sistema complementar ou suplementar a saúde. Além disso, cabe aos demais órgãos contribuírem de forma solidário ao controle e fiscalização destes serviços quando há conduta omissa do Estado ou negligência de forma reiterada, a exemplo do próprio Poder Judiciário (CARDOSO, 2017, p. 81).

Se no modelo de administração burocrática a estabilidade das regras e seu devotado cumprimento asseguram a manutenção da qualidade dos serviços prestados, ainda que meramente satisfatória, o modelo gerencial, com descentralizações e desconcentrações administrativas, permeados por parcerias caracterizadoras da rede nacional criada para a prestação de serviços, impõe, para seu funcionamento, a celebração, a fiscalização e o acompanhamento de um conjunto de contratos firmados pela Administração devedora dos serviços e por parceiros públicos e privados. (CARDOSO, 2017, p. 81)

A governança em rede emerge como um paradigma inovador na administração pública, especialmente no que tange à prestação dos serviços relacionados ao direito à saúde. Esse modelo de governança caracteriza-se pela sua natureza colaborativa e descentralizada, envolvendo uma multiplicidade de atores - governamentais e não governamentais - que compartilham objetivos comuns e se engajam em processos de tomada de decisão coletiva. No âmbito do direito à saúde, a governança em rede apresenta uma oportunidade única de superar

os desafios tradicionalmente associados à prestação de serviços de saúde, otimizando recursos, compartilhando conhecimento e coordenando ações de maneira mais eficaz.

A complexidade dos sistemas de saúde, agravada pelas crescentes demandas por serviços de qualidade e pela necessidade de responder a desafios emergentes como pandemias e doenças crônicas, requer uma abordagem que transcenda os limites institucionais rígidos. A governança em rede permite que diferentes entidades - incluindo governos em diversos níveis, organizações da sociedade civil, setor privado e comunidades - trabalhem juntas de forma sinérgica. Este modelo promove uma maior flexibilidade, adaptabilidade e capacidade de inovação, essenciais para atender às necessidades de saúde de uma população diversificada (CARDOSO, 2005).

Além disso, a governança em rede no contexto da saúde potencializa a participação cidadã e a *accountability*. Ao envolver os cidadãos e outros *stakeholders* no processo de tomada de decisão e na implementação de políticas de saúde, aumenta-se a transparência e a responsabilidade, contribuindo para serviços de saúde mais alinhados às expectativas e necessidades da população (RODRIGUES, 2010). Esta abordagem também facilita a identificação e a alocação de recursos de maneira mais eficiente, evitando duplicidades e maximizando o impacto das intervenções de saúde.

Contudo, a implementação efetiva da governança em rede enfrenta desafios significativos, como a necessidade de coordenação eficaz entre os diferentes atores, a superação de barreiras institucionais e culturais, e a garantia de equidade no acesso aos serviços de saúde. Requer-se uma liderança forte e mecanismos de governança claros que possam mediar interesses divergentes, assegurando que a colaboração entre os diversos atores resulte em benefícios tangíveis para a saúde pública.

Neste cenário que o Poder Judiciário é provocado a julgar, sendo necessário observar os limites constitucionais da sua atuação, a fim de não violar o princípio da separação dos poderes. Neste dilema que encontra-se o conflito entre o princípio da indeclinabilidade, também conhecido como princípio da vedação ao *non liquet* nos termos do artigo 140 do Código de Processo Civil, com o princípio da inafastabilidade, disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Antes de adentrar a teoria da deferência judicial, utilizando a teoria das capacidades institucionais de Cass Sustien e Adrian Vermeule, necessário a distinção dos referidos princípios e como é enfrentado o conflito entre eles.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída

da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio é fundamental para a garantia do acesso à justiça, estabelecendo que todos têm o direito de obter uma resposta jurisdicional para a solução de conflitos, independente da natureza desses conflitos. Por outro lado, o princípio da indeclinabilidade, embora intimamente relacionado, foca mais diretamente na obrigatoriedade de o Judiciário proferir uma decisão quando acionado, não podendo se recusar a julgar os casos que lhe são apresentados sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico, consistindo como um dos princípios clássicos à jurisdição, conforme o artigo 140 do Código de Processo Civil.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Art. 5º.

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

Robert Alexy (2011, p. 90) explica que as normas podem ser divididas em duas espécies: princípios e regras. Princípios são vistos como diretrizes orientadoras para otimização, enquanto as regras são padrões que ou são cumpridos ou não. Assim, regras estabelecem prescrições dentro do que é possível tanto factual quanto legalmente. Isso implica que a diferenciação entre regras e princípios é de natureza qualitativa, e não uma mera questão de intensidade.

Acrescenta que os princípios são vistos como mandamentos de otimização, os quais devem ser sempre utilizados ao máximo até o limite do confronto com outro princípio, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Dessa maneira, os princípios admitem diferentes níveis de aplicação, condicionados às possibilidades tanto práticas quanto legais. Por outro lado, as regras são prescrições específicas que devem ser integralmente obedecidas ou descumpridas; isto é, exige-se a adesão completa ao que estipulam (ALEXY, 2011, p. 72).

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência. Sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ALEXY, 2011, p. 90)

Por outro lado, Humberto Ávila ao abordar as características da jurisdição como princípios conceitua que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2004, p. 70)

Após a conceituar os princípios fica evidente que não se tratam de princípios similares, muito menos há qualquer relação de subordinação entre si. Ao momento que um está previsto como princípio constitucional, o outro trata-se de um princípio infraconstitucional processual, o qual pode ser utilizado para afastamento da análise de mérito pelo judiciário por questões processuais ou por insuficiência de provas. O direito de acesso à justiça decorre do princípio da inafastabilidade, reconhecido como um direito fundamental pela Constituição Federal, significa que é vedado a lei excluir, em regra, a alegação de lesão ou ameaça a direito da apreciação jurisdicional.

Enquanto a inafastabilidade da jurisdição enfatiza o direito de acesso ao Judiciário, garantindo que os cidadãos possam buscar a tutela jurisdicional sempre que se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos, a indeclinabilidade sublinha a responsabilidade do Judiciário em não declinar de sua função de resolver disputas. A indeclinabilidade é um reflexo interno do compromisso do sistema judiciário em garantir que sua porta esteja sempre aberta e que, uma vez acionado, o Judiciário deve levar a cabo a análise e resolução dos litígios, assegurando que as demandas dos cidadãos não fiquem sem uma resposta legal.

Ambos os princípios são essenciais para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito, servindo como garantias de que os direitos individuais e coletivos serão protegidos e de que a justiça é acessível e efetiva. No entanto, suas nuances refletem aspectos distintos da relação entre o cidadão e o Poder Judiciário. A inafastabilidade da jurisdição é um convite ao cidadão, uma garantia de que sua voz será ouvida pelo Judiciário. Já a indeclinabilidade é uma obrigação imposta ao Judiciário, assegurando que ele cumpra seu papel fundamental na administração da justiça.

Assim, Hanthorne e Becker concluem que:

“a vedação ao non liquet pode ser afastada quando existir um princípio colidente que, a luz das circunstâncias do caso concreto, tenha sua maior valência normativa”, haja vista que nenhum princípio é absoluto. E se é assim, o princípio da indeclinabilidade poderá ser relativizado, em alguns casos. (HANTHORNE; BECKER. 2021, pp. 114/115)

Quando o Estado tem a responsabilidade de fornecer soluções para as questões apresentadas, pode acontecer de suas resoluções não serem as ótimas, não por deficiências em seu mecanismo, mas porque outras entidades poderiam oferecer melhores soluções. Nessa ótica, o princípio da proibição do *non liquet* – o dever de não se abster de decidir, deve abrir espaço para a humildade intelectual do juiz, permitindo que ele reconheça quando outros mediadores estão mais aptos a resolver a disputa (GONÇALVES, 2020, p. 270 *apud* HANTHORNE; BECKER. 2021, p. 115). Assim, o Judiciário não estaria se abstendo de julgar determinada demanda, mas apenas reconhecendo que a melhor decisão repousa sobre o julgamento ou determinação de outro órgão, com maior *expertise*, que detém o conhecimento real e verdadeiro da demanda postulada em juízo, o que condiz com a fundamentação com base na medicina de evidência adotada pelo Poder Judiciário.

Contudo, a escolha por delegar a decisão ao órgão que levaria aos melhores resultados não pode ser utilizado como escusa pelo Poder Judiciário no enfrentamento dos chamados *hard cases*. Com a análise dos Temas de repercussão geral percebe-se que o Supremo Tribunal Federal ao enfrentar demandas atinentes a saúde reconhecem a sensibilidade e obstáculos que circundam o tema, ao tempo que propõe a fixação de teses que servem como parâmetros imprescindíveis ao deslinde do problema sem violar o princípio constitucional da separação dos poderes, além de atuar como órgão fiscalizador da conduta dos demais órgãos frente a esses parâmetros judiciais em concomitância com os demais previstos no ordenamento jurídico.

A teoria das capacidades institucionais oferece uma lente crítica através da qual é possível analisar e compreender as funções, limitações e potenciais de diferentes instituições dentro de um sistema democrático (SUSTEIN; VERMEULE, 2003). Essa teoria sustenta que cada instituição - seja ela legislativa, executiva, judiciária ou de outra natureza - possui um conjunto único de capacidades, competências e limitações que determinam sua eficácia em cumprir determinadas tarefas ou atender a certos objetivos sociais. O reconhecimento dessas capacidades institucionais é crucial para a alocação adequada de responsabilidades e para o desenho de políticas públicas que sejam não apenas eficazes, mas também sustentáveis e ajustadas à realidade institucional.

No cerne da teoria das capacidades institucionais está a ideia de que não todas as instituições são igualmente equipadas para lidar com todos os tipos de problemas. Por exemplo, enquanto o Poder Judiciário é altamente capacitado para resolver disputas legais e interpretar a lei, pode não ter a mesma eficácia ou legitimidade para tomar decisões políticas amplas que requerem um processo deliberativo mais aberto e participativo, característico do Poder Legislativo. Da mesma forma, o Poder Executivo, com sua estrutura voltada para a

administração e execução de políticas públicas, pode ser mais adequado para a implementação de decisões políticas do que para sua formulação inicial, que depende de debate e consenso mais amplos.

A aplicação da teoria das capacidades institucionais ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas implica um reconhecimento cuidadoso das forças e fraquezas de cada instituição, buscando maximizar sua eficiência ao atribuir tarefas de acordo com suas capacidades específicas. Isso requer uma compreensão profunda das dinâmicas institucionais e da maneira como diferentes instituições interagem e colaboram entre si. Além disso, sugere uma abordagem pragmática para a reforma institucional, focada no fortalecimento das capacidades existentes e na correção de deficiências identificadas, em vez de tentativas de reconfiguração radical que podem não levar em conta as complexidades institucionais inerentes.

Portanto, ao referir-se as “capacidades” de uma instituição, está se a indicar seus méritos comparativos de decidir questões, na esfera de competência de mais de uma instituição. Ainda, a utilização das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e desenho institucional.

[...]

Assim, a compreensão harmônica de distribuição de poderes “dirige a busca de soluções para tensões interinstitucionais a partir da necessidade de efetiva coordenação e interação equilibrada”. (HANTHORNE; BECKER. 2021, p. 118)

O Estado detém a jurisdição para questões em matéria de direito à saúde, mas necessita de um sistema de cooperação entre os poderes para produzir uma decisão satisfatória e equânime. A teoria das capacidades institucionais permite, através da Constituição Federal, encontrar qual o órgão ou ente mais capacitado para a resolução do problema postulado em juízo, a exemplo do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar em diversos Temas, indicando portarias e resoluções próprias deste para resolução da lide processual.

O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia “ideal” (“first best”). Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes “reais” (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobrehumanos, por exemplo). (VERMEULE *apud* ARGUELES; REAL, 2011, p. 27)

Ao analisar os Temas de repercussão geral julgados pelo Supremo Tribunal Federal, sob a ótica da teoria das capacidades institucionais e a relativização do princípio da indeclinabilidade, percebe-se a conduta dos ministros em favor dessa teoria em todos os temas de forma implícita. No julgamento do Tema nº 500, o ministro Edson Fachin traz o debate sobre a deferência judicial de forma expressa ao reconhecer que:

Cuida-se, em verdade, de reconhecer que: (i) a demanda por serviços de saúde depende de uma série de circunstâncias fáticas, como a eficácia, a segurança e a necessidade dos medicamentos, por exemplo; e (ii) que as preferências individuais devem ceder às aspirações e ponderações coletiva. (SUSTEIN, 2013, p. 46 *apud* STF, 2019, p. 81)

A identificação de casos complexos tem levado à evolução do conceito de análise de mérito, adotando ideias similares ao controle abstrato de normas, igualando assim a atividade regulatória à elaboração de regras gerais e abstratas. Por conseguinte, o controle concentrado dessas ações fica a cargo exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, embora esteja limitado a não ultrapassar o que é conhecido como “reserva de administração”. O Poder Judiciário assumiria uma postura mais deferente às escolhas técnicas ou democráticas tomadas pelos órgãos competentes, sem deixar que a Administração ou as entidades regulatórias deixem de prestar contas de sua atuação (STF, 2019, p. 86).

Na prática, isso exige que o Estado assegure a transparência nas decisões proferidas pelas agências reguladoras, estendendo-se essa clareza a todos os impactados por tais decisões. Além disso, as decisões precisam ser baseadas em fundamentos que possam ser comprovados, de modo que, mesmo havendo discordâncias quanto aos motivos utilizados, estes sejam reconhecidos como válidos para justificar as conclusões alcançadas. Por fim, é imperativo que as agências ofereçam a possibilidade de recurso ou revisão às partes que sejam direta ou indiretamente afetadas pelas decisões. A ministra Rosa Weber conclui:

Conjugando as premissas jurídicas estabelecidas nessa justificativa, papel da ANVISA e seu limite de atuação e o controle jurisdicional de políticas públicas, entendo que este controle jurisdicional é um dever do Poder Judiciário, em especial, no exercício da jurisdição constitucional e implementação dos direitos fundamentais. Todavia, esse controle deve ser exercido com respeito aos limites impostos pelo próprio desenho normativo formatado para o campo da Política Nacional de Saúde, bem como aos limites orçamentários e estruturais. (STF, 2019, p.155)

E quando o Judiciário se vê numa situação que demanda uma escolha a fim de assegurar um direito individual? O que promove ou legitima a postura judicial a tomar uma decisão trágica?

3.2 Teoria das Escolhas Trágicas na busca pela legitimação social.

Apesar das medidas jurídico-constitucionais que limitam a atuação dos governantes pela positivação dos princípios norteadores da atividade político-administrativa, especialmente os que dizem respeito aos direitos humanos básicos, é fácil perceber a existência de distanciamento do que prevê os referidos princípios e o que de fato acontece no Brasil. Dentre os diversos motivos que levam à sua perda de efeito jurídico está a falta de correspondência entre os valores protegidos pela Constituição e aqueles absorvidos no sistema político brasileiro como um todo, o que acarreta distorções.

Assim, fica claro que o problema da ineficácia das normas constitucionais não é um problema jurídico, pois há meios de proteger e promover os direitos contidos na constituição federal, mas um problema ético-cultural que pode ser percebido quando analisamos tanto pessoas politicamente ativas que agem principalmente para atingir determinados interesses, mas que em seus discursos procuram manter a imagem de bons políticos, quanto pessoas politicamente inativas que encaram uma certa naturalidade e submissão as coisas absurdas que o governo faz. Nesse contexto, podemos observar algumas semelhanças entre a cultura política do Brasil e a cultura das sociedades ocidentais modernas em um contexto globalizado, que diz respeito principalmente à presença do individualismo, ao desinteresse pelas questões coletivas e à valorização da aparência.

Deste modo, faz-se necessário analisar a cultura da sociedade brasileira contemporânea no contexto da globalização, a qual se denota na sociedade em rede, onde as informações apesar de estarem mais acessíveis, não há mecanismos suficientes para validar as referidas informações. Contudo, esse dinamismo de informações se tornou instrumento primordial à dinâmica social, tanto nos aspectos econômicos, quanto políticos, jurídicos, culturais e sociais (SAMPAIO e FURBINO, 2021).

Nesse cenário impressionante, já problemático, a divulgação de notícias relacionadas a fatos complexos em processos judiciais, caracterizados por sua opacidade, fornece uma base adicional para pressões sociais. A celeridade de resposta buscada pela sociedade não é a mesma da celeridade da resposta judicial no Estado de Direito, e o juiz não tem o direito de compensar essa demora, cedendo a essas pressões em detrimento da sociedade democrática, tampouco em benefício próprio de sua imagem.

Assim, as decisões judiciais que devem levar em conta aspectos concretos, além de defender o previsto pela Constituição Federal de 1988, quando pressionados pela sociedade de espetáculo o Poder Judiciário pode julgar medidas judiciais provisórias de difícil reversão e de

impossível reparação tanto para os atores contidos no processo, como terceiros colateralmente atingidos (CARDOSO, 2017).

Em meio a esta sociedade em rede, também figura a sustentabilidade como qualificação constitucional imprescindível já que não se pode discutir a prestação de direitos fundamentais de forma momentânea e isolada. A construção de políticas públicas e ações sociais pelo Estado é uma obrigação com a prestação e manutenção destes direitos e sobre isso sustenta Henrique Ribeiro Cardoso (2017, p. 65) que:

Nesse sentido, é pertinente afirmar que a correta interpretação da Constituição requer que este referencial axiológico e normativo estimule a *sindicabilidade aprofundada das políticas macroeconômicas e administrativas, em especial no que tange às políticas de saúde*, objeto da presente tese. Mais do que uma eficiência isoladamente considerada, *imediatista*, o que se identifica é a necessidade de uma *prolongada atuação tendente à preservação do direito ao futuro*.

Desta maneira, a busca pelo direito à saúde é essencial, bem como os métodos para sua implementação e o papel desempenhado pelos intérpretes deste direito seja nas relações público-privadas, judiciais ou privadas. Através de teoria de Ulrich Beck (1995 *apud* CARDOSO, 2010) e a “sociedade de risco”, a necessidade pela previsibilidade das consequências é objeto imprescindível para a política e o Poder Judiciário, uma vez que é permanente a necessidade de tomada de decisões que lidem com a sobrevivência da sociedade, por vezes para proteger dela mesma.

Henrique Ribeiro Cardoso (2010, pp. 75/76) assim conclui:

Como adiante se verá, com o reconhecimento do risco e da ambivalência, abre-se a possibilidade tanto para um direito e uma democracia mais que tolerantes, num modelo inclusivista e fraterno, deliberativo e transparente, produtor de um direito pós-positivista moralmente correto, como forma de reduzir o risco ou mesmo de conferir maior racionalidade de decidir, para com este (risco) poder conviver; como também se abre espaço à exceção, ao reconhecimento de que, sem se possuir uma resposta adequada do direito positivo e da tecnologia – e das dogmáticas teorias gerais do direito – ao risco, permitido estaria o arbítrio e a tomada de decisões excepcionais – entenda-se por excepcionais, decisões não submetidas ao direito.

Dentro desse risco, onde se faz necessário maior racionalidade na hora de decidir que surgem os Tribunais da Cidadania, posturas assumidas pelos Tribunais Superiores brasileiros refletindo o extremismo da sociedade, quando uma decisão negativa de prestação da saúde denota uma sentença de morte pelo julgador ao demandante. Assim, ao aplicar a concessão da medida postulada em juízo, seja medicamento, tratamento terapêutico ou até procedimento

cirúrgico; o Juiz justiceiro termina por solucionar pontualmente um problema, *individual*, em detrimento da sustentabilidade social (CARDOSO, 2010, p. 61).

Deve-se considerar também que todas as atividades estatais relacionadas à implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais dependem da alocação de recursos públicos, que, além de limitados, são cercados por muitas normas constitucionais para sua liberação. Além disso, a administração pública deve priorizar as linhas de ação e a aplicação dos recursos públicos (SCHWARTZ e BORTOLLOTO, 2008, p. 261).

E, no advento da omissão ou falha na atuação da Administração Pública, a sociedade tem no Poder Judiciário a sua instância decisória final decorrente de uma judicialização de questões políticas e sociais. Desta forma, o Judiciário afasta a visão de apenas um departamento técnico especializado e passa a desempenhar papel político em consonância com os Poderes Executivo e Legislativo (BARROSO, 2005, p. 45).

Contudo, apesar da representatividade do Poder Judiciário quando agindo contra lacunas apresentadas pelos demais poderes, não pode ser aquela confundida com representatividade política. O Poder Judiciário, ainda que pressionado pela sociedade através das redes, não deveria se eximir de julgar conforme a Constituição, sendo ela o filtro material e axiológico determinante a dirimir conflitos sociais.

Neste cenário, a Teoria das Escolhas Trágicas, ao ser aplicada no contexto do Poder Judiciário, oferece uma perspectiva sobre os desafios enfrentados pelas cortes ao tomarem decisões em situações de recursos limitados e direitos concorrentes. Essa teoria, originalmente articulada por Calabresi e Bobbitt (1978), aborda o dilema de como distribuir bens escassos de forma justa, especialmente quando as escolhas envolvem perdas inevitáveis para algumas partes. No âmbito do Poder Judiciário, essa teoria ilumina o processo de tomada de decisão em casos que demandam a ponderação entre interesses públicos e individuais, sublinhando a busca pela legitimação social das decisões judiciais.

Uma das áreas onde a teoria das escolhas trágicas se mostra particularmente relevante é no direito à saúde. Frequentemente, os tribunais são confrontados com casos que exigem a decisão sobre a alocação de recursos de saúde limitados, como no fornecimento de medicamentos de alto custo ou tratamentos inovadores não disponíveis universalmente. Nessas situações, o Judiciário encontra-se na posição de fazer escolhas trágicas, decidindo, por exemplo, quem terá acesso a tratamentos salvadores de vidas e quem não terá. A legitimidade dessas decisões perante a sociedade depende de sua capacidade de conciliar os princípios de justiça, equidade e eficiência, refletindo uma preocupação fundamental com os direitos fundamentais e o bem-estar coletivo.

A legitimação social das decisões judiciais nesse contexto é complexa, pois envolve não apenas a aplicação justa e imparcial da lei, mas também a percepção pública de que as decisões são feitas de maneira ética e moralmente defensável. O Poder Judiciário, ao aplicar a teoria das escolhas trágicas, deve demonstrar um profundo entendimento das implicações éticas de suas decisões, engajando-se em uma análise criteriosa dos valores e princípios em jogo. Isso inclui considerar as consequências de longo prazo de suas decisões para a sociedade como um todo, bem como para os indivíduos diretamente afetados.

A sustentabilidade na concessão de medidas que pretendem ser universais, para não representarem ainda mais privilégios aos que possuem acesso à Justiça (advogados e defensores), deve ser identificada pelo julgador em cada caso. É dever do Judiciário, chamado a julgar, analisar a possibilidade/sustentabilidade da extensão da medida a todos os que se encontrem em situação semelhante, sob pena de ser a sentença judicial instrumento de garantia de privilégios, a agravar os problemas que pretende corrigir, e não de distribuição equânime de bens e serviços públicos. (CARDOSO, 2017, p. 66)

O ministro Edson Fachin, quando do julgamento do Tema nº 579, afirma que o próprio Supremo Tribunal Federal já foi compelido a julgar de forma individual momentânea, conforme trecho do seu voto:

Nada obstante, em detida análise da matéria, chego à mesma conclusão exposta pelo Relator quando da realização da audiência pública, ao afirmar que “[a] jurisprudência deste Tribunal que foi formatada em determinado momento histórico e que, agora, após vinte e cinco anos de existência do SUS, está sendo novamente colocada em discussão”. (STF, 2015, p. 41)

Além do aspecto histórico, quando o Supremo Tribunal Federal viu a necessidade de determinar a melhoria de acomodação de um paciente atendido pelo Sistema Único de Saúde, também analisa o cerne da questão, o qual, em momento anterior, tratava-se da necessidade do paciente por uma melhoria colocando em risco sua saúde durante o período em que o SUS ainda estava sendo implementado. A falta de regulamentação sedimentada, bem como a emergência da demanda levam a escolhas trágicas necessárias para o momento.

Diferente de uma ação civil pública que questiona as diretrizes e regras aplicadas pelo Sistema Único de Saúde, na qual não há urgência, apenas discussão envolvendo a conveniência dos pacientes economicamente favorecidos que, porventura, venham a ser atendidos pelo SUS. O ministro Dias Toffoli corrobora essa distinção em seu voto no mesmo Tema:

Ocorre que todos esses julgados dizem respeito a casos individuais, nos quais foram analisadas as necessidades de internação privativa ou as condições especiais em face da situação clínica em que se encontravam pacientes específicos. Além do mais,

grande parte desses casos se deram na fase de implementação do SUS, logo após a Constituição Federal de 1988. (STF, 2015, p.31)

Por isso, a transparência no processo decisório e a fundamentação detalhada das decisões são essenciais para a construção da confiança pública no Judiciário. Ao explicitar os critérios utilizados para tomar decisões difíceis e ao comunicar claramente as razões por trás de suas escolhas, os tribunais podem fortalecer sua legitimidade e promover uma maior aceitação das decisões trágicas necessárias.

Portanto, a teoria das escolhas trágicas ressalta a importância da sensibilidade às limitações institucionais e à capacidade do Poder Judiciário de implementar soluções justas em um mundo de recursos finitos. Ao buscar a legitimação social, o Judiciário deve equilibrar cuidadosamente sua intervenção nos domínios tradicionalmente reservados ao Executivo e ao Legislativo, respeitando os princípios de separação de poderes, mas também agindo de forma proativa para proteger direitos fundamentais. Não há dúvidas acerca da preocupação do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento social, contudo a confusão entre os Poderes pode levar a decisões enviesadas.

Até dando notícia a Vossas Excelências, na manhã de anteontem eu me reuni com 26 dos 27 Governadores. Dos cinco temas que eles vieram discutir, que estão judicializados, eles vieram trazer subsídios ou pedir preferência, enfim, o segundo foi exatamente a questão de saúde. Fiz o registro de todas essas reuniões, de tudo o que foi discutido, e vou passar. Algumas expressões deles são até muito duras. E diziam até isso: "Olha nenhum Governador, nenhum Governante, digamos, quer negar um remédio a alguém." Seria impensável, porque eles dizem que, no mínimo, seria péssimo para eles mesmos, e quais são as questões que trazem essa judicialização com alguns números muito clamorosos. Por outro lado, todo mundo reconhecendo que a saúde é um bem essencialíssimo e que felizmente a cidadania brasileira melhorou muito em termos de acreditar no Judiciário e ir ao juízo buscar. (STF, 2019, p. 20)

A cautela do Poder Judiciário na busca pela legitimação social, ao lidar com a teoria das escolhas trágicas, reflete um equilíbrio delicado entre a aplicação da lei e a compreensão das dinâmicas sociais complexas. A legitimidade das decisões judiciais, nesse sentido, não se baseia apenas na correção jurídica, mas também na capacidade do Judiciário de agir com prudência, empatia e uma consciência profunda do impacto social de suas escolhas. Através de uma abordagem reflexiva e transparente, o Judiciário pode contribuir significativamente para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, mesmo diante das inevitáveis escolhas trágicas que definem o nosso tempo.

3.3 Decisões paradigmáticas, o prestígio a deferência da administração *versus* a assunção das escolhas trágicas do Poder Judiciário.

Após conceituar as teorias da deferência judicial e das escolhas trágicas, há a necessidade de uma categorização dos Temas analisados à luz dessas teorias, tarefa a ser empreendida neste tópico. Esta abordagem metodológica não apenas permite uma compreensão mais aprofundada da aplicação dessas teorias no contexto das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde, mas também facilita a identificação de padrões e tendências nas fundamentações adotadas pelos ministros. Tal categorização propõe-se a analisar, de forma sistêmica, os fundamentos jurídicos invocados nas decisões, investigando como as distintas perspectivas teóricas se refletem nas abordagens jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, sendo possível identificar se há padrões previamente estabelecidos.

Além disso, o tópico se debruçará sobre a influência da classe processual na predileção por uma ou outra teoria, considerando que a natureza do processo – seja ação direta de inconstitucionalidade, ação civil pública, ação ordinária ou outra classe - pode determinar, em certa medida, a abordagem adotada pelo Supremo Tribunal Federal. O ponto central é que, dependendo do contexto processual, os ministros possam ser levados a enfatizar a deferência às competências dos outros Poderes ou, inversamente, a priorizar a intervenção judicial como mecanismo para assegurar a efetivação do direito à saúde.

Quando o objeto da ação judicial é o fornecimento de medicamento, tratamento médico, a garantia de vaga em leito hospitalar ou outra demanda, implica ao julgamento uma maior visibilidade, tanto na esfera social, quanto na política, uma vez que a sociedade demanda uma atuação mais assertiva por parte do Poder Judiciário, já que os demais Poderes acabam não suprimindo ou adotando uma postura omissiva frente as necessidades do cidadão. Ademais, os impactos do julgamento de um tema de repercussão geral reverberarão por toda a estrutura do Poder Judiciário, além de impactar na tomada de decisões pelo Poder Executivo, quando não, ao menos poderá declarar inconstitucional lei ou decreto que regulamentava a política pública promovida.

Por outro lado, em situações onde a controvérsia jurídica envolve a constitucionalidade de leis ou decretos municipais ou estaduais — como ocorre em ações civis públicas ou Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) — a postura do Supremo Tribunal Federal tende a ser mais cautelosa, refletindo os princípios da teoria da deferência judicial e respeitando o princípio constitucional da separação do poderes. Nesse contexto, o Tribunal reconhecerá a importância de respeitar as decisões e as competências dos poderes Executivo e Legislativo, especialmente

em questões que envolvem escolhas político-administrativas complexas e a alocação de recursos públicos, desde que não confrontem os dispositivos e orientações que a Constituição Federal propõe. Esta abordagem evidencia a compreensão de que, embora a proteção da saúde seja um imperativo constitucional, a maneira como esse direito é operacionalizado envolve julgamentos de valor e escolhas políticas que, em princípio, estão fora da esfera de competência direta do Judiciário.

O Judiciário, em matéria de controle de políticas públicas, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar a apresentação de um plano de ação para efetivação dessas finalidades, restando a Administração Pública o planejamento e operacionalização deste plano, o ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do Tema 698 traz uma reflexão importante acerca das consequências de uma postura mais intervencionista por parte do Judiciário:

No entanto, como tenho dito em ocasiões diversas, tanto em trabalhos acadêmicos como em votos proferidos nesta Corte em situações análogas, esse sistema vem apresentando sintomas de que pode “morrer da cura”, vítima dos excessos voluntaristas e da falta de critérios objetivos que geram indesejada imprevisibilidade da prestação jurisdicional. Esses problemas colocam em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. De fato, a atuação casuística do Poder Judiciário atende às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, pode interferir nas possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. (STF, 2023a, pp. 69/70)

Essa preocupação reflete às nuances e complexidades que caracterizam a judicialização da saúde, demonstrando a necessidade de um esforço contínuo para equilibrar a urgência de proteger os direitos individuais com a necessidade de preservar a integridade do sistema democrático e o princípio da legalidade. O ponto a ser questionado é o quanto esta preocupação dos ministros converte em efetivas resoluções do problema?

Passa-se a análise de caso a caso, onde os fundamentos jurídicos, os contextos específicos e as consequências práticas de cada decisão foram ponderados a fim de possibilitar uma categorização dos julgamentos do Temas.

Figura 1 – Quadro de categorização dos Temas de Repercussão geral quanto a teoria utilizada

Deferência Judicial	Escolhas Trágicas
Tema 698	Tema 55
Tema 1.103	Tema 431
Tema 345	Tema 818

Tema 579	Tema 793
Tema 1.033	Tema 1.051
Tema 500	Tema 1.161

Fonte – REZENDE, 2024.

A correta categorização do Tema 6 dentro das teorias da deferência judicial e das escolhas trágicas não é possível devido à indisponibilidade do julgamento da repercussão geral e da integralidade dos votos dos ministros. Sem acesso completo ao conteúdo das deliberações e à fixação de uma tese clara pelo Supremo Tribunal Federal, torna-se falível determinar com precisão sob qual teoria este tema específico poderia ser adequadamente enquadrado. A fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal é um passo crucial na análise de temas de repercussão geral, pois ela resume a interpretação do Tribunal sobre questões constitucionais e direciona a aplicação do direito pelos demais órgãos do Judiciário, bem como pelos poderes Executivo e Legislativo.

A ausência desses elementos-chave impede uma análise aprofundada que poderia elucidar como os princípios subjacentes às teorias da deferência judicial e das escolhas trágicas foram considerados pelos ministros ao proferirem seus votos. Em temas relacionados ao direito à saúde, onde as decisões frequentemente envolvem a ponderação entre a autonomia dos entes federativos na gestão da saúde pública e a necessidade de intervenção judicial para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, a fixação de uma tese clara pelo Supremo Tribunal Federal é indispensável para uma classificação teórica precisa.

A preocupação dos ministros do Supremo Tribunal Federal em estabelecer parâmetros objetivos para a atuação do Poder Judiciário, particularmente ao adotar uma postura intervencionista, reflete uma cautela diante da necessidade de equilibrar a autonomia dos poderes com a proteção dos direitos fundamentais. Em casos que demandam uma intervenção judicial — seja no reconhecimento de um direito postulado individualmente ou no controle de políticas públicas —, os ministros têm se esforçado para fundamentar suas decisões em critérios claros e objetivos, principalmente a omissão injustificada do Poder Executivo ou a conduta negligente reiterada.

Os Temas que trazem essa observação em suas teses ou ao longo dos votos dos ministros são o Tema 698:

A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, **em caso de ausência ou deficiência grave do serviço**, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, **como regra**, em lugar de determinar medidas pontuais, **deve apontar as finalidades a serem**

alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais **pode ser suprido** por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)

Os ministros fixam a condicionante para atuação do Poder Judiciário, além de abordar na tese sugestões a resolução do objeto processual discutido no *leading case* que foi objeto de repercussão geral levado a julgamento no Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal também condiciona a atuação do Poder Judiciário a possibilidade prevista na Constituição Federal, conforme o princípio da legalidade, como pode ser visto no voto do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Tema 818:

Entendo, portanto, que, **embora não se possa obrigar a União a restringir a entrega de recursos financeiros ao Município-réu, é plenamente exigível desse último a compensação da diferença que deixou de ser aplicada em ações e serviços de saúde nos anos de 2002 e 2003**. A condenação da União é impossível porque, à época dos fatos submetidos a julgamento, não havia lei que condicionasse a realização das transferências constitucionais determinadas nos arts. 158 e 159 ao cumprimento dos percentuais mínimos de gasto em saúde. Da mesma forma, não há previsão que condicione a transferência de receitas tributárias ao cumprimento de decisões judiciais. Por outro lado, desde **a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000 há norma autoaplicável que exige dos Municípios a aplicação de um percentual mínimo em ações e serviços de saúde. Desse modo, tal providência é passível de ser exigida do Município-réu pelo Poder Judiciário, com o emprego dos meios coercitivos típicos para cumprimento de decisões judiciais.** (STF, 2021a, p. 18)

Na mesma linha, segue a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 793:

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.**

O padrão utilizado pelo Supremo Tribunal Federal se mantém nas demandas que postulam fornecimento de medicamentos em juízo, como pode ser visto no Tema 500 que é determinante para a interpretação e análise dos temas subsequentes envolvendo o mesmo objeto, sendo citado por todos os ministros:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão

judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Com a referida tese, o Supremo Tribunal Federal veda expressamente a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos experimentais e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Contudo, determina a exceção à regra, seguindo o padrão de que a condicionante para a conduta excepcional deve, obrigatoriamente, decorrer de “mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido”. E, acrescenta três requisitos que devem ser observados quando o Poder Judiciário for provocado a intervir na seara do Poder Executivo.

Esses critérios objetivos servem como balizas para justificar a intervenção do Judiciário, assegurando que tal atuação ocorra apenas em circunstâncias excepcionais, onde a inação ou ação inadequada do Executivo comprometa direitos constitucionalmente garantidos. A omissão injustificada é identificada quando o Executivo falha em cumprir seus deveres constitucionais e legais de forma a prejudicar a efetivação de direitos, enquanto a conduta negligente reiterada refere-se a um padrão contínuo de descuido ou desatenção, particularmente em relação às políticas públicas essenciais, como as de saúde.

O Tema 1.161 trata sobre uma exceção à regra julgada no Tema 500, qual seja a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamento, ainda que sem registro na ANVISA, mas que sua importação tenha sido autorizada por ela. Mas, mantém que este fornecimento é em caráter excepcional, elencando três requisitos necessários que devem ser observados pelo Poder Judiciário antes do deferimento judicial:

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 de intervenção terapêutica do SUS.**

No mais, o Tema 6 que trata sobre medicamento de alto custo a portador de doença grave e que não possui condições financeiras para compra-lo deve seguir a mesma fundamentação, ainda que pendente a fixação da sua tese.

Contudo, ainda que fixado parâmetros objetivos a serem observados, a subjetividade ainda estará presente no julgamento das referidas demandas, uma vez que a incapacidade econômica do paciente é relativa ao preço do medicamento almejado. Evidente que medicamentos sem registro na ANVISA ou os classificados como de “alto custo” terá um valor desproporcional em relação a sociedade e ao mercado. O problema persiste com o deslocamento do ponto de inflexão para a aferição “objetiva” da capacidade econômica do paciente. E, ainda, onera em demasia a União, uma vez que é a única legítima a arcar com os ônus nestas demandas de alto custo.

Outro aspecto da intervenção do Poder Judiciário é quando provocado a julgar a constitucionalidade de leis ou decretos municipais e estaduais, que denota um aspecto fundamental do sistema de freios e contrapesos que caracteriza a democracia brasileira. Essa atuação é identificada quando do julgamento dos Temas 45 e 431 que tratam de dispositivo da Lei Complementar 64/2002 do Estado de Minas Gerais sobre a contribuição compulsória para custeio de assistência médico-hospitalar.

O ministro Gilmar Mendes apresenta a resolução objetiva acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo em seu voto no julgamento do Tema 55:

A Constituição não autoriza os Estados-membros a instituir, para o custeio de serviços de saúde, exação que possua natureza tributária, cujo pagamento seja exigido a todos os servidores independentemente da voluntária adesão ao “plano”.

Por outro lado, não há óbice constitucional ao oferecimento desses serviços, pelo Estado, aos seus servidores, desde que a adesão e a “contribuição” não sejam compulsórias. Convém esclarecer, também, que os serviços somente serão prestados àqueles que, voluntariamente, aderirem ao “plano”, inexistindo, pois, direito subjetivo à sua fruição independente do pagamento da “contribuição”. (STF, 2010, p. 16)

O Tema 431 mantém o entendimento sobre a inconstitucionalidade da contribuição para assistência à saúde incidente sobre o valor de proventos e pensões dos servidores públicos, ainda que no interregno das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 questionado em juízo.

Quando o STF é chamado a analisar a constitucionalidade de normas municipais ou estaduais, está em jogo o princípio da legalidade e a necessidade de harmonizar as legislações locais com os preceitos e os valores estabelecidos pela Constituição. Esse processo de controle de constitucionalidade cumpre uma função essencial de manutenção da coesão do sistema jurídico, assegurando que as diversidades legislativas decorrentes da autonomia dos entes federativos não resultem em violações dos direitos garantidos constitucionalmente a todos os brasileiros.

A intervenção judicial nesse contexto inclui análise das normas questionadas e suas implicações práticas. Como foi o caso do julgamento do Tema 1.051 que determinou a inconstitucionalidade de lei municipal - Leis municipais nº 10.947/91 e 11.649/94, além do Decreto municipal nº 29.728/91 – de São Paulo que obrigava a implementação de ambulatório médico ou unidade de pronto-socorro em *shopping centers*.

Invade esfera legislativa da União e afronta os princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade a lei municipal que obrigue a implantação, nos shopping centers, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal é provocado a julgar a constitucionalidade de dispositivos legais no ordenamento pátrio, ainda que pelo desprovimento de demanda individual. O Tema 1.103 traz o julgamento da constitucionalidade da obrigatoriedade da vacinação – Lei nº 6.259/1975, Lei nº 8.069/90 e Lei nº 13.979/202 -, priorizando a coletividade em detrimento de direito individual, ainda que envolva convicções filosóficas ou de vida.

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar

O referido julgamento evidencia a inexistência de direito absoluto na Constituição Federal, quando a liberdade consciência – protegida pelo artigo 5, VI e VIII da Constituição Federal – encontra seu limite no direito à vida e à saúde coletiva – artigos 5º e 196 da Constituição -, além da proteção prioritária da criança e do adolescente – artigo 227 também da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal também julgou constitucional o artigo 32 da Lei nº 9.656/98 que prevê ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, pelos custos e atendimento prestado, por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, a beneficiários de planos privados de assistência à saúde, conforme o Tema 345. O ministro Alexandre de Moraes apresenta uma reflexão acertada sobre a constitucionalidade e a importância do referido dispositivo em seu voto no julgamento do Tema 345:

Diferentemente do que aduzido pela recorrente, a obrigação legal referida no artigo 32 da Lei 9.656/1998 não exonera o Poder Público das responsabilidades que lhe cabem na provisão de serviços de saúde, tampouco fulmina a liberdade de iniciativa

do empresariado no mercado de saúde suplementar. Trata-se, ao contrário, de um mecanismo essencial para vitalizar a integração entre as redes pública e privada de assistência à saúde, mediante a equalização ponderada dos custos experimentados por cada uma delas, servindo também como plataforma de fiscalização da qualidade dos serviços da iniciativa privada. (STF, 2018, pp.67/68)

Diante da constitucionalidade deste ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, também é devido o ressarcimento pela via inversa, do Poder Pública para as entidades privadas, como foi determinado no julgamento do Tema 1.033:

O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde.

Ambos os temas são importantes porque demonstram a deferência do Supremo Tribunal Federal à capacidade institucional da Agência Nacional de Saúde Suplementar, não excluindo a possibilidade das entidades privadas questionarem os valores e as cobranças em processo administrativo respeitando os princípios do contraditória e da ampla defesa, conforme preleciona a Constituição Federal.

Adiante, vem apresentar um quadro comparativo entre a classe processual que originou o *leading case* e a teoria abordada pelos ministros quando do julgamento dos Temas de repercussão geral.

Figura 2 – Quadro comparativo entre classe processual e teoria jurídica aplicada

Tema	Classe Processual	Teoria
55	Ação Ordinária	Escolhas Trágicas
431	Ação Ordinária	Escolhas Trágicas
698	Ação Civil Pública	Deferência Judicial
818	Ação Civil Pública	Escolhas Trágicas
793	Ação Ordinária	Escolhas Trágicas
1.051	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Escolhas Trágicas
1.103	Ação Ordinária	Deferência Judicial
345	Ação Ordinária	Deferência Judicial
579	Ação Civil Pública	Deferência Judicial
1.033	Ação Ordinária	Deferência Judicial
500	Ação Ordinária	Deferência Judicial

1.161	Ação Ordinária	Escolhas Trágicas
-------	----------------	-------------------

Fonte – REZENDE, 2024.

É possível visualizar pelo quadro que a classe processual não é determinante para fundamentação em uma das teorias, será necessário a análise do objeto de forma aprofundada, além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais questionados, bem como se já há jurisprudência sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quer seja em outras decisões ou até mesmo no julgamento de outros Temas como foi demonstrado no capítulo 2.

Dentre os Temas é importante destacar o Tema 579 que trata sobre a constitucionalidade da regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a utilização do sistema de “diferença de classe”, conforme a interpretação do artigo 196 da Constituição Federal. Neste Tema houve uma discussão acerca da existência de precedentes que autorizam a mudança do tipo de acomodação de paciente internado pelo SUS, contudo, os ministros trouxeram à luz do julgamento a diferenciação entre as matérias, a exemplo do ministros Dias Toffoli:

Não bastasse isso, observo que, nos julgamentos invocados, estava-se a lidar com casos de pessoas que, por motivos de saúde, demandavam um internamento em condições diferenciadas, ao passo que, nestes autos, o único condicionante seria o próprio desejo do paciente. Por fim, saliento que as decisões elencadas foram, todas elas, exaradas no bojo de ações singulares, enquanto este recurso extraordinário foi manejado nos autos de uma ação civil pública calcada em discussão sobre direitos transindividuais. A análise e a compreensão hão de ser, portanto, diferenciados. (STF, 2015, p. 31)

Logo, por se tratar de uma ação civil pública, não havia direito postulado em juízo, nem situação de risco a saúde ou vida de um paciente. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul buscava aferir a possibilidade constitucional do paciente custear a mudança de acomodação ou escolher médico de sua confiança se tiver condições econômicas para tanto. Situação que restou vedada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto identificado foi a votação pelo Supremo Tribunal Federal, onde dos 12 julgamentos disponíveis para a análise, 6 foram por maioria e os outros 6 por unanimidade. Os julgados por unanimidade abordam questões constitucionais que não oportunizam muita discussão da matéria ou foram matéria de outros julgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o qual manteve sua jurisprudência.

Os julgamentos que foram por maioria nem sempre tratam de voto divergente quanto a fixação da tese do Tema, divergem do dispositivo que será redigido para o recurso extraordinário, agravo de instrumento ou embargos de declaração em recurso extraordinário em julgamento.

No Tema 698, os ministros Ricardo Lewandowski e Edson Fachin negavam provimento ao recurso extraordinário interposto, reconhecendo a possibilidade de maior intervenção por parte do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, inclusive reconhecendo a legalidade da determinação à Administração Pública de realização de concurso pública para a suprir o déficit de profissionais na área da saúde. Por outro lado, os ministros Alexandre de Moraes e André Mendonça votaram pelo total provimento ao recurso extraordinário para reestabelecer a sentença de improcedência do pleito inicial por entenderem que a determinação judicial que a Administração Pública realize concurso público para suprir déficit na prestação dos serviços a saúde violaria o princípio da separação dos poderes em postura menos intervencionista. O Tema restou julgado:

Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

Quanto ao Tema 818, o Ministro Marco Aurélio neste julgamento assumiu uma postura mais intervencionista proferindo seu voto pela procedência total do recurso extraordinário para reestabelecer a condenação dos entes federativos pela não observância dos percentuais mínimos a serem investidos na saúde o que geraria a possibilidade de sanção. Já o ministro Alexandre de Moraes, que restou vencido também, proferiu seu voto negando provimento ao recurso extraordinário, assumindo novamente uma postura menos intervencionais, alegando a impossibilidade do Poder Judiciário fazer executar políticas públicas. Foi dado parcial provimento ao RE, conforme o trecho: “Recurso extraordinário parcialmente provido, para restabelecer tão somente os comandos judiciais que se dirigiam ao Município de Nova Iguaçu”.

No Tema 793 restaram vencidos os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Dias Toffoli quando do julgamento dos embargos de declaração em sede de recurso extraordinário interposto pela União. Os ministros vencidos proferiram voto, no geral, no sentido de que “nos casos de pretensão autoral veicular pedido de medicamento, tratamento, procedimento ou materiais já constantes das políticas públicas, a demanda deverá ser direcionada ao ente competente de acordo com as regras de distribuição da Constituição”. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no mérito, rejeitou os embargos de declaração determinando procedimento a otimizar a compensação entre os entes federados:

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a

compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Já no Tema 1.051, restaram vencidos os ministros Edson Fachin, Cristiano Zanin, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia que proferiram voto por negar provimento ao recurso extraordinário e não reconhecer a inconstitucionalidade das legislação municipal acerca da obrigatoriedade imposta aos *shopping centers*. Fundamentaram em jurisprudências do próprio STF em não reconhecer a competência exclusiva da União em matéria de proteção da saúde, bem como não identificar excesso na legislação combatida, em nítido caráter de deferência judicial dos atos e disposições administrativas do Poder Público.

O último tema com voto divergente é o Tema 500, no qual restaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. No entanto, a divergência restou quanto a fixação da tese, tendo em vista se tratar de um tema extremamente complexo e que requer a análise de muitas nuances, demandou uma maior atenção de todos os ministros que trouxeram diversos fundamentos para apresentar uma resolução eficaz e que atendesse os princípios constitucionalmente estabelecidos. O ministro Marco Aurélio promoveu voto pela imprescindibilidade do registro do medicamento na ANVISA, o que foi acolhido na tese final, contudo não reconhecia a possibilidade de uma exceção a esta regra, sendo acompanhado pelo ministro Dias Toffoli.

Por fim, todos os Temas de repercussão geral são julgados pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal como parte de uma estratégia deliberada e fundamentada, que visa assegurar a maior autoridade e consistência nas decisões que têm ampla repercussão social, política, econômica ou jurídica. Esta abordagem está enraizada em várias considerações fundamentais, tanto de natureza jurídica quanto prática, que destacam a importância do julgamento colegiado em plenário para essas questões.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, confere ao STF a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. A adoção do mecanismo de repercussão geral, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, visa otimizar o exame de recursos extraordinários, permitindo que

o STF se concentre em questões de elevada significância para o ordenamento jurídico e a sociedade como um todo.

O julgamento desses temas pelo Pleno assegura que as decisões sejam tomadas com a participação da totalidade dos ministros do tribunal, refletindo uma ampla gama de perspectivas e uma profundidade de análise que contribuem para a solidez e a legitimidade das decisões. Isso é particularmente relevante em questões de repercussão geral, cujos desfechos têm o poder de influenciar significativamente a interpretação da legislação, a aplicação de políticas públicas e o desenvolvimento futuro da jurisprudência.

Além disso, o julgamento em Pleno garante a uniformidade das decisões em matéria constitucional, evitando divergências interpretativas que possam surgir de julgamentos em turmas ou órgãos fracionários. Essa uniformidade é essencial para a segurança jurídica e a previsibilidade do direito, pois assegura aos cidadãos e aos operadores do direito um entendimento claro e coerente das normas constitucionais.

Em suma, o julgamento de temas de repercussão geral pelo Tribunal Pleno se demonstra como um importante instituto jurídico tanto para a prática judicial, quanto para a pesquisa acadêmica em direito na busca por soluções eficazes dos problemas enfrentados pela sociedade, principalmente quanto ao direito à saúde.

CONCLUSÃO

A percepção da força normativa da Constituição Federal, sob a ótica do neoconstitucionalismo, emerge como um ponto de consenso na fundamentação dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange à judicialização da saúde. Este enfoque revela um compromisso profundo com os dispositivos constitucionais, suas diretrizes e princípios, evidenciando uma interpretação que vai além do texto legal para abraçar os valores e objetivos fundamentais da Constituição de 1988. Os ministros, ao enfatizarem a aplicação direta dos preceitos constitucionais na proteção do direito à saúde, reafirmam o entendimento de que a Constituição não é meramente um documento de intenções, mas sim um conjunto de normas vivas e eficazes que orientam e obrigam todas as esferas do poder público.

Esta abordagem, ancorada no neoconstitucionalismo, reflete uma mudança paradigmática na jurisprudência brasileira, marcada pelo reconhecimento de que as normas constitucionais possuem uma imediata aplicabilidade e que o direito à saúde, como direito social fundamental, demanda uma atuação proativa do Estado para sua garantia. A interpretação constitucional realizada pelos ministros, portanto, não se limita à análise formal dos

dispositivos, mas se estende à concretização dos objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme preconizado pelo artigo 3º da Constituição.

Além disso, a ênfase na força normativa da Constituição e na aplicação de seus princípios, como a universalidade do acesso aos serviços de saúde e a integralidade da assistência, demonstra uma preocupação em assegurar que as decisões judiciais contribuam para a efetivação do direito à saúde de forma ampla e inclusiva. Isso implica reconhecer o papel essencial do Judiciário não apenas como guardião da legalidade, mas também como promotor de justiça social, capaz de intervir, quando necessário, para corrigir distorções e omissões do Executivo e do Legislativo que comprometam a saúde pública.

Em suma, a análise dos julgamentos revela que a judicialização da saúde, guiada pelos princípios do neoconstitucionalismo e pela força normativa da Constituição Federal, é uma expressão do compromisso do Poder Judiciário com a proteção dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, destaca os desafios inerentes à busca por soluções abrangentes que equilibrem as escolhas trágicas impostas pela realidade dos recursos limitados com a imperativa missão de garantir a saúde como um direito de todos.

A admissão do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal destacam-se como práticas essenciais na promoção de um aspecto mais participativo na construção dialógica constitucional. Essas ferramentas processuais ampliam o espectro da participação social na jurisdição constitucional, permitindo que a sociedade civil e seus representantes contribuam ativamente para o debate jurídico, especialmente em temas complexos como a saúde. A inclusão dessas vozes no processo decisório não apenas enriquece a análise dos ministros com perspectivas diversificadas, mas também fortalece a legitimidade das decisões judiciais ao refletir um leque mais amplo de interesses e preocupações sociais.

Além disso, a valorização de dados técnicos balizados pela medicina de evidência nas decisões sobre saúde sublinha a preocupação do Judiciário em fundamentar suas intervenções em bases científicas sólidas. Ao considerar estudos e pesquisas na área da saúde, o STF demonstra um compromisso com a qualidade e a eficácia das políticas de saúde pública, assegurando que as decisões tomadas estejam alinhadas às melhores práticas e aos conhecimentos mais atualizados. Essa abordagem evidencia um judiciário consciente de seu papel não apenas como intérprete da lei, mas também como agente promotor de políticas públicas informadas e responsáveis.

A combinação desses elementos – participação social ampliada e embasamento em dados técnicos – contribui para uma construção dialógica constitucional mais rica e inclusiva.

Ela reflete uma evolução no modo como o Poder Judiciário interage com a sociedade e com o conhecimento especializado, reconhecendo a importância de um diálogo aberto e fundamentado para a promoção da justiça e do bem-estar coletivo. Este processo participativo, ao integrar diversas perspectivas e informações qualificadas, fortalece a capacidade do Judiciário de responder de maneira efetiva e equitativa aos desafios impostos pela judicialização da saúde.

Inclusive, a realização de audiências públicas emergiu como um mecanismo influente durante a análise do Tema 579 pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando seu papel não apenas como uma plataforma para a participação social, mas também como um instrumento capaz de remodelar entendimentos jurídicos fundamentais. Notavelmente, essa abordagem participativa teve um impacto significativo no posicionamento do Ministério Público, que, após as contribuições colhidas durante a audiência pública, revisou sua posição inicial acerca da constitucionalidade da possibilidade de alteração de acomodação por pacientes economicamente favorecidos no Sistema Único de Saúde (SUS).

A mudança de entendimento para reconhecer a inconstitucionalidade desta prática sublinha a importância dessas audiências como espaços de diálogo e reflexão, capazes de elucidar aspectos críticos das questões em debate e influenciar diretamente as perspectivas das autoridades envolvidas. Este episódio destaca o valor das audiências públicas não apenas em fomentar a inclusão de diversas vozes no processo decisório, mas também em seu potencial para orientar instituições fundamentais, como o Ministério Público, a reavaliar posições à luz de argumentações técnicas, éticas e sociais apresentadas, contribuindo para uma jurisprudência alinhada aos princípios constitucionais e ao bem-estar coletivo.

O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF) assume uma posição de destaque no âmbito jurídico brasileiro, refletindo a importância e a necessidade de uniformização da interpretação constitucional em temas de amplo interesse público. A seleção de casos com repercussão geral demonstra uma preocupação estratégica do STF em concentrar seus recursos judiciais em questões que transcendem os interesses das partes envolvidas, impactando a sociedade de maneira mais ampla. Esta abordagem não apenas otimiza a atuação do Judiciário, mas também promove a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais em todo o território nacional.

Ao formular teses jurídicas nos casos de repercussão geral, o STF exerce uma função orientadora fundamental, estabelecendo parâmetros que devem ser seguidos pelos demais órgãos judiciais, bem como pelos poderes Executivo e Legislativo, no tratamento da matéria analisada. Essas teses servem como verdadeiros faróis na condução das políticas públicas e na interpretação das leis, garantindo que a aplicação do direito seja realizada de forma coerente e

alinhada aos princípios constitucionais. Esse processo contribui significativamente para a eficácia na implementação das decisões do STF, assegurando que seu impacto se estenda para além do caso concreto, influenciando a maneira como questões semelhantes são abordadas em diferentes esferas do poder público.

Portanto, o mecanismo de repercussão geral revela-se essencial para a dinâmica de interação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais componentes do sistema de justiça, bem como com os outros poderes da República. Ele sublinha a responsabilidade do STF na promoção de uma interpretação constitucional unificada e na direção dos esforços judiciais e políticos para o enfrentamento de questões jurídicas complexas, reforçando o papel do Tribunal como guardião da Constituição e promotor da justiça e da igualdade em todo o Brasil.

O Supremo Tribunal Federal demonstra uma contínua preocupação em equilibrar seu papel dentro dos limites do controle judicial constitucionalmente estabelecido, procurando não apenas exercer sua função de guardião da Constituição, mas também orientar a sociedade, os poderes Executivo e Legislativo, e o sistema judiciário de forma mais ampla. Através da formulação de critérios objetivos em suas decisões, o STF busca prover clareza e transparência, estabelecendo parâmetros que auxiliem na interpretação e aplicação do direito. Esse esforço de elucidar as razões por trás de suas decisões é fundamental para a construção de uma jurisprudência consistente e previsível, que sirva não apenas para resolver os casos concretos, mas também para guiar a aplicação do direito em situações similares, contribuindo assim para a estabilidade jurídica e a segurança dos cidadãos. Ao adotar essa postura, o STF reforça seu compromisso com a legalidade e a legitimidade democrática, enquanto busca evitar a superposição indevida sobre as competências dos outros poderes, assegurando que sua atuação permaneça alinhada aos princípios constitucionais de separação de poderes e harmonia entre os ramos do governo.

A preocupação dos ministros do Supremo Tribunal Federal com a imagem da instituição perante a sociedade é um aspecto relevante, especialmente no contexto da judicialização da saúde. Há um equilíbrio delicado a ser mantido entre a busca pela legitimação social e a necessidade de uma análise técnica rigorosa das demandas legislativas. Os ministros estão cientes de que suas decisões não apenas têm impactos diretos sobre a vida dos cidadãos, mas também contribuem para a percepção pública do Judiciário como um todo. Por isso, enfatizam a importância de suas deliberações serem fundamentadas em sólidos conhecimentos jurídicos e em conformidade com a Constituição, ao mesmo tempo em que consideram os efeitos dessas decisões na sociedade.

Essa dualidade reflete a consciência dos ministros sobre o papel do STF como árbitro final das questões constitucionais no Brasil e como uma instituição que deve zelar pela justiça e pelo bem-estar social. É recomendável que se mantenha uma atenção equilibrada à legitimação social sem prejuízo da análise técnica, numa tentativa de harmonizar a autoridade legal e a responsabilidade social do tribunal. Isso implica em um reconhecimento de que, embora a legitimidade social seja importante, não deve sobrepor a legitimidade técnica.

Ao analisar o julgamento dos Temas de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal relacionados ao direito à saúde, uma observação notável é a coerência demonstrada pelos ministros em seus votos ao longo dos anos. Essa consistência é fundamental para a construção de uma jurisprudência sólida e previsível, especialmente em matérias que frequentemente envolvem a análise de dispositivos constitucionais similares ou a deliberação sobre órgãos como o Sistema Único de Saúde (SUS), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), entre outros.

Essa uniformidade nos votos contribui significativamente para a legitimidade e a autoridade das decisões do STF, reforçando a confiança da sociedade no Judiciário como um árbitro justo e equitativo das questões de saúde pública. Além disso, a aderência a uma linha de raciocínio consistente ao longo do tempo auxilia os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como os poderes Executivo e Legislativo, na compreensão das diretrizes estabelecidas pelo Supremo para a implementação e regulação das políticas de saúde. Dessa forma, os ministros do STF desempenham um papel crucial na garantia da efetividade do direito à saúde, assegurando que suas decisões não apenas estejam ancoradas em uma base jurídica sólida, mas também sejam orientadas por uma visão coesa e consistente que promova a saúde como um direito fundamental de todos os brasileiros.

Também pôde se inferir da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos relacionados ao direito à saúde, a tendência dos magistrados em promover seus próprios entendimentos sobre o tema. Essa individualização do raciocínio jurídico se manifesta tanto na seleção das fundamentações utilizadas quanto na referência a doutrinas, jurisprudências e, notavelmente, em precedentes dos quais os próprios ministros participaram em outras capacidades dentro do judiciário ou em julgamentos anteriores. Tal abordagem reflete a rica diversidade de perspectivas que compõem o colegiado do STF e evidencia o esforço dos ministros em construir argumentações robustas e consistentes, ancoradas tanto em sua compreensão particular do direito quanto na jurisprudência consolidada da Corte.

Esse processo de construção argumentativa, ao mesmo tempo em que valoriza a experiência e a expertise jurídica individual dos ministros, contribui para o dinamismo e a

evolução da interpretação constitucional, especialmente em uma área tão complexa e sensível quanto a saúde. A inclusão de entendimentos pessoais e a referência a decisões passadas nas quais os ministros tiveram papel relevante não apenas enriquecem o debate jurídico, mas também garantem uma certa continuidade e coerência na jurisprudência do STF, permitindo que o tribunal se posicione de maneira informada e deliberada diante dos desafios que a judicialização da saúde apresenta.

Também é notável que em casos onde a constitucionalidade do tema parece clara ou quando já existem precedentes bem estabelecidos, observa-se uma inclinação dos ministros em resguardar a profundidade analítica ao seguir o voto do relator. Este comportamento, além de refletir uma busca pela eficiência processual, também demonstra um reconhecimento da importância de uma fundamentação robusta, fornecida pelo relator, mesmo em situações onde o consenso é prontamente alcançado. Tal prática não apenas promove a celeridade na apreciação dos casos, mas também assegura que as decisões se mantenham alinhadas aos princípios jurídicos fundamentais, garantindo a integridade e a coerência da jurisprudência do tribunal.

Ao examinar os julgamentos de temas de repercussão geral envolvendo o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se um contraste interessante entre a percepção geral da judicialização da saúde e a abordagem adotada pelos ministros da mais alta corte do país. Comumente, a judicialização da saúde é vista sob uma luz negativa, frequentemente associada à inaptidão técnica ou ao desejo de legitimação social por parte de juízes de primeira instância. Contudo, a análise detalhada desses julgamentos revela uma postura significativamente mais cautelosa e fundamentada por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, levanta-se a hipótese de que a judicialização da saúde, em seu aspecto negativo, deve decorrer da concessão de liminares ou tutelas antecipadas pelo juízes de primeira instância que não utilizam dos institutos jurídicos disponíveis na construção das suas razões de decidir, como os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS). Contudo, o presente trabalho não se teve como objeto a análise das decisões dos juízes de primeira instância, tampouco das decisões colegiadas promovidas pelos Tribunais de Justiça, de modo que se limita a levantar a referida hipótese, com base na análise realizada dos Temas.

No mais, a identificação da teoria adotada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) — seja a da deferência judicial ou a das escolhas trágicas — não pode ser determinada meramente pela classe processual em análise. Embora a natureza do processo possa fornecer indicativos preliminares sobre a abordagem jurídica potencialmente adotada, a complexidade

das questões constitucionais e infraconstitucionais em debate exige uma investigação mais detalhada e específica do objeto litigioso.

A teoria da deferência judicial, que preconiza um respeito às decisões e competências dos poderes Executivo e Legislativo, e a teoria das escolhas trágicas, que reconhece a necessidade de decisões judiciais em cenários de recursos limitados e direitos concorrentes, são aplicadas a partir de uma avaliação criteriosa das particularidades de cada caso. Esse julgamento inclui a análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais questionados, bem como a consideração das implicações sociais, políticas e econômicas das possíveis decisões.

Portanto, a classificação processual, embora forneça um contexto geral para o caso, não é por si só suficiente para antecipar a adoção de uma determinada teoria jurídica pelos ministros. A aplicação de uma ou outra teoria envolve uma ponderação dos valores constitucionais em jogo, a relevância social do direito disputado, a existência de precedentes relevantes e a avaliação da capacidade e do papel institucional dos outros poderes na resolução da questão.

Nesse sentido, a compreensão da postura do Supremo Tribunal Federal requer uma análise nas motivações, nos argumentos e nos princípios jurídicos que sustentam cada voto. Isso implica considerar não apenas a letra da lei, mas também as diretrizes preconizadas pela Constituição, as normas infraconstitucionais aplicáveis e o vasto campo da jurisprudência. Tal análise permite desvelar a lógica subjacente às decisões do tribunal, oferecendo uma visão sobre o equilíbrio entre autonomia dos poderes e a tutela dos direitos fundamentais, entre a preservação da ordem constitucional e a promoção da justiça social.

A determinação da teoria jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos é um exercício que transcende a classificação processual e demanda uma apreciação aprofundada do objeto litigioso e do contexto jurídico e constitucional em que se insere. Esse esforço de interpretação revela a complexidade do trabalho da Corte e a sofisticação com que aborda as questões de maior relevância para a sociedade brasileira, apresentando resultados eficazes para a pesquisa acadêmica e suas aplicações práticas.

Por fim, a deferência judicial desempenha um papel fundamental na abordagem do Supremo Tribunal Federal em relação à judicialização da saúde, equilibrando o respeito pela expertise técnica dos órgãos federativos com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta prática reflete o reconhecimento da corte de que, em muitos casos, as agências e órgãos governamentais responsáveis pela gestão do sistema de saúde possuem um conhecimento especializado que os capacita a tomar decisões informadas sobre a alocação de recursos e a implementação de políticas de saúde. Em tal contexto, o STF demonstra uma inclinação para

exercer restrição, evitando intervir em decisões administrativas salvo em circunstâncias em que tal intervenção se mostre absolutamente necessária, a exemplo do julgamento do Tema nº 698.

No entanto, o tribunal também reconhece que existem situações críticas em que a saúde do paciente está em risco e uma ação judicial se faz necessária. Isso geralmente ocorre em contextos de omissão administrativa, onde o direito à saúde não está sendo efetivamente promovido, ou em casos de conduta negligente reiterada que afeta o acesso à saúde em nível coletivo ou individual. Nessas instâncias, o STF adota uma postura mais intervencionista, justificada pela urgência de proteger o direito à saúde e pela necessidade de corrigir falhas no sistema que possam deixar os cidadãos desprotegidos, a exemplo do voto apresentado pela ministra Rosa Weber no julgamento do Tema nº 500.

Esta dualidade na aplicação da deferência judicial pelo Supremo Tribunal Federal destaca o delicado equilíbrio que o tribunal busca manter entre, por um lado, a preservação da autonomia dos órgãos especializados na gestão da saúde pública e, por outro, a garantia dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Ao navegar por esses temas complexos, o Supremo Tribunal Federal reitera seu papel como guardião dos direitos constitucionais, atuando como fiscalizador contra a negligência e a inação que podem comprometer a saúde e o bem-estar da população. Assim, a utilização da deferência judicial emerge não apenas como uma estratégia de respeito à divisão de competências, mas também como um mecanismo essencial para assegurar a justiça e a efetividade do direito à saúde no Brasil.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Fontes do direito como expressões linguísticas de normas jurídicas e sua hierarquia: uma visão retórica**. Revista *Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, vol. 25, n. 1, p. 107-124, jan./abr. 2020. DOI: 10.14210/nej.v25n1.p107-124.

ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo; CORDEIRO, Jefferson Rosa; KNOERR, Fernando Gustavo. **Estado de bem-estar no cenário de polarização**. Revista *Argumentum – RA*, eISSN 2359-689, Marília/SP, v. 22, n. 2, p. 549-567, maio-ago. 2021.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e**

participação. Revista Direito e Praxis, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, jun. 2017. DOI: 10.12957/dep.2017.23083.

BARCELOS, Ana Paula de. (2005). **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista De Direito Administrativo, 240, 83–105. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.** Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 226, p. 187–212, 2001. DOI: 10.12660/rda.v226.2001.47240. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240>. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

BECK, Ulrich. “**A reinvenção da política**” In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. Unesp, 1995.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. **O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 102–121, 2016. DOI: 10.17566/ciads.v5i1.261. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/261>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 jun. 2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.259 de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm#:~:text=LEI%20No%206.259%2C%20DE%2030%20DE%20OUTUBRO%20DE%201975.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20das,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm#:~:text=LEI%20No%206.360%2C%20DE%2023%20DE%20SETEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Vigil%C3%A2ncia%20Sanit%C3%A1ria,Produtos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%Aancias.&text=Art. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.782%2C%20DE%2026%20DE%20JANEIRO%20DE%201999.&text=Define%20o%20Sistema%20Nacional%20de,Sanit%C3%A1ria%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=CAP%C3%8DTULO%20I-,Art.,6%C2%BA%20e%20pelos%20arts. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.469 de 26 de agosto de 2011. Altera os valores constantes da tabela do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e altera as Leis nºs 11.482, de 31 de maio de 2007, 7.713, de 22 de dezembro de 1988, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.656, de 3 de junho de 1998, e 10.480, de 2 de julho de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12469.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 17 de 06 de maio de 2015. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio,

mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2015/rdc0017_06_05_2015.pdf. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 335 de 24 de janeiro de 2020. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. Disponível em: https://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/RDC_335_2020_COMP.pdf/3db24cab-fd9f-4c73-bb48-1e5612f83a38. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.113 de 30 de outubro de 2014. Aprova o uso compassivo do canabidiol para o tratamento de epilepsias da criança e do adolescente refratárias aos tratamentos convencionais. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=278684>. Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento convertido em extraordinário nº 831.223/MG. Agravo de Instrumento com repercussão geral reconhecida. Tema 431 - Contribuição para assistência à saúde incidente sobre proventos e pensões dos servidores públicos no interregno das EC n. 20/98 e n. 41/03. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16 de jun. de 2011. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 06 de out. de 2011. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração em recurso extraordinário nº 855.178/SE. Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 0793: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Rel. Min. Luiz Fux, j. 23 de maio de 2019a. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 16 de abr. de 2020. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.267.879/SP. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 1103 - Possibilidade dos pais deixarem de vacinar os seus filhos, tendo como fundamento convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17 de dez. de 2020. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 08 de abr. de 2021. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471/RN. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15 de nov. de 2007. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 07 de dez. de 2007. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 573.540/MG. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 55 - Reserva de lei complementar estadual de contribuição compulsória para custeio de assistência médico-hospitalar. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14 de abr. de 2010. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 11 de jun. de 2010. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 01 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 579 - Melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) mediante o pagamento da diferença respectiva. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03 de dez. de 2015. **Diário de Justiça da União**. Brasília,

DF, 08 de abr. de 2016. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.064/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 345 - Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07 de fev. de 2018. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 0500: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22 de maio de 2019b. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 09 de nov. de 2020. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.094/DF. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 1033 - Saber se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art. 199, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988). Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30 de set. de 2021. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 04 de fev. de 2022. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema nº 698 – Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03 de jul. de 2023a. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 07 de ago. de 2023. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 833.291/SP. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 1051 - Obrigatoriedade, instituída por lei municipal, de implantação de ambulatório médico ou unidade de pronto-socorro em shopping centers. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04 de dez. de 2023b. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 08 de jan. de 2024. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 858.075/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 818 - Controle judicial relativo ao descumprimento da obrigação dos entes federados na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área de saúde, antes da edição da Lei complementar referida no artigo 198, §3º da Constituição Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17 de maio de 2021a. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 25 de ago. de 2021. Disponível em: <https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/> Acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Tema 1.161 - Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21 de jun. de 2021c. **Diário de**

Justiça da União. Brasília, DF, 22 de out. de 2021. Disponível em: [https://portal.Supremo Tribunal Federal.jus.br/](https://portal.SupremoTribunalFederal.jus.br/) Acesso em: 02 jun. 2023.

_____. _____. Entenda a decisão sobre “coisa julgada” na área tributária tomada pelo STF. **Notícias STF.** Brasília. 10 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Senado Federal. CCJ aprova PEC que limita decisões monocráticas e pedidos de vista no Judiciário. **Notícias Senado.** Brasília. 04 out. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/04/ccj-aprova-pec-que-limita-decisoes-monocraticas-e-pedidos-de-vista-no-judiciario>. Acesso em: 23 mar. 2024.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources.** New York: Norton & Company, 1978.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego no direito?.** 1 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **O poder normativo das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARLINI, Angélica Lucía. **Judicialização da saúde no Brasil: causas e possibilidades de solução.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, p. 219, 2012.

DALMAU, Rubén Martínez. **As Constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano funcionaram?** Tradução: Gabriel Barbosa de Oliveira Filho. Revista Culturas Jurídicas, vol. 5, n. 12, p. 42-67, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45176>. Acesso em: 02 jun. 2023.

_____. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador.** Alter Justicia, n. 1. Guayaquill, oct. 2008, p. 17-27.

DEGENHART, Christoph. Staatsrecht, I, Heidelberg, 22ª edição, 2006, p. 56-60.

DIAS, Rosa Maria Lages; e PASTRANA, Rosa Maria Souza. **O sistema único de saúde e o mercado suplementar de assistência à saúde no Brasil.** In: Divulgação em saúde para debate. (37), jan. 2007, pp. 61-68.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência.** In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 64, p. 135-147, abr./jun. 2017.

DOMINGUES, Carla; MARANHÃO, Ana; TEIXEIRA, Antonia; FANTINATO, Franciele; DOMINGUES, Raissa. **46 anos do Programa Nacional de Imunizações: uma história repleta de conquistas e desafios a serem superados.** Cadernos de saúde pública, 2020; 36 (Suppl 2). <https://doi.org/10.1590/0102-311X00222919>.

DUSSEL, Enrique. **1492: O Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Conferencias de Frankfurt / Enrique Dussel; tradução Jaime A. Clasen – Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

ENGELMANN, Fábio; CUNHA FILHO, Márcio Camargo. **Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro**. Revista de Sociologia e Política, v. 21, n. 45, p. 57–72, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Marbury vs. Madison. U. S. (1 Cranch), v. 5, p. 177, 1803, Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em 29 jan. 2024.

FIGUREIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. Jurisdição Constitucional, direitos fundamentais e relações privadas. In: Gilmar, Ferreira Mendes. **Jurisdição Constitucional / Organização Gilmar Ferreira Mendes**. – Brasília: IDP, 2012, p. 6-37.

GODOY, Miguel Gualano. **As Audiências Públicas e os Amicus Curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015. DOI: 10.5380/rfdufpr.v60i3.42513

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro; BECKER, Josiane. **A relativização do princípio da vedação ao non liquet: a teoria das capacidades institucionais**. Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica, Avaré, v. 2, n. 2, p. 105-135, maio/ago. 2021. doi: 10.51284/rbj.02.hanthorne

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAMER, Larry. **Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court**. Cambridge: Harvard Law Review, 2001.

KUHAR, Alan Jezovsek. **Um Ensaio sobre Philip Selznick e seu Trabalho de Estudo Social de Organização Formal – Tennessee Valley Authority and the Grass Roots**. 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/354555763_Um_Ensaio_sobre_Philip_Selznick_e_s_eu_Trabalho_de_Estudo_Social_de_Organizacao_Formal_-_Tennessee_Valley_Authority_and_the_Grass_Roots. Acesso em: 02 jun. 2023. 2021.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 45, p. 10-31, jul./dez. 2014. DOI: 10.17808/des.45.428.

LEITE, Mauro Salles Ferreira Leite. **Judicialização da Saúde: revisão de escopo em estratégias para o gestor público**. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Botucatu, p. 136, 2023.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 53. Belo Horizonte: jul./dez. 2008. p. 201-216.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vínicius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 230-260.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Maria Fernanda Godoy Cardoso de. **Relações público-privadas no sistema de saúde brasileiro.** Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p. 206, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 64 de 25 de março de 2002. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LCP/64/2002/?cons=1>. Acesso em: 01 mar. 2024.

MURGA, Felipe Gonçalves. **As relações entre liderança, cultura organizacional e clima organizacional da criminalística da polícia federal.** Dissertação (Mestrado em Administração) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV). Rio de Janeiro, p. 342, 2013.

OLIVEIRA, Fátima Bayman de; SANT'ANNA, Anderson de Souza; VAZ, Samir Lofti. **Liderança no Contexto da Nova Administração Pública: Uma Análise sob a Perspectiva se Gestores Públicos de Minas Gerais e Rio de Janeiro.** Revista de Administração Pública, v. 44, n. 6, p. 1453-1475, 2010.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; GOMES, Irandavid. **O CONSTITUCIONALISMO POPULAR NORTE-AMERICANO E AS BASES PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.** Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, Brasil, v. 12, n. 1, 2018. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/367>. Acesso em: 26 mar. 2024.

PIMENTA, Keyla Ketlyn Passos. **Judicialização da saúde pública no Brasil: O que nos mostra o caso de Campina.** Dissertação (Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) - Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas. Limeira, p. 126, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direito ao Desenvolvimento.** Texto produzido para o Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002.

RODRIGUES, Miguel. **Governança em rede: da metáfora ao objeto de investigação.** Administração Pública *Interface*, p. 24-30, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite; FURBINO, Lavínia Assis Bocchino Meire. **Capitalismo de vigilância e tecnopolítica: os direitos fundamentais de privacidade e liberdade de expressão sob ataque.** *Opinião Jurídica* 20, no. 42 (2021).

SANTOS, Boaventura de Souza. **La reinención del Estado y el Estado plurinacional.** Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEIJS/CEBID, 2007a.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007b.

_____. PEDROSO, João; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Oficina do Centro de Estudos Sociais. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/ Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, nº 65, nov. 1995.

SÃO PAULO. Decreto Municipal nº 29.738 de 09 de maio de 1991. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-29738-de-9-de-maio-de-1991/detalhe>. Acesso em: 01 mar. 2024.

SÃO PAULO. Lei nº 10.947 de 22 de janeiro de 1991. Impõe a exigência de instalação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro nas edificações destinadas a abrigar “shopping-centers”, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-10947-de-22-de-janeiro-de-1991#:~:text=LEI%20N%C2%B0%2010.947%2C%20DE,%22%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 01 mar. 2024.

SÃO PAULO. Lei nº 11.649 de 14 de setembro de 1994. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11649-de-14-de-setembro-de-1994>. Acesso em: 01 mar. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SELZNICK, Philip. **TVA and the grass roots: a study in the sociology of formal organization**. v. 3. Berkeley, CA: University of California Press, 1949.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leire Taíze Ribeiro da; SILVA, Marcelo Alves da. **Parceria público-privada como instrumento de concretização do direito à saúde**. Revista Digital De Direito Administrativo, 6(1), 149-178, 2019. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i1p149-178>. Acesso em 08 de jun. de 2022.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação**. Revista Direito GV, v. 13, n. 1, p. 236-273, jan./abr. 2017. DOI: 10.1590/2317-6172201710.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “Problema da Discricionariedade dos Juízes”**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano 1, n. 1. 2009. Disponível em: https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 02 jun. 2023.

SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State.** Cambridge: Harvard University Press, 2013.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy: principles and genealogy.** Chicago: University of California Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** New York: Oxford University Press, 1999.