



A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Bruno Smolarek Dias*

Leonardo Fratini Xavier de Souza*

Sivonei Simas*

Resumo

Pretende-se discorrer sobre a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo. Para tanto, serão apresentados instrumentos jurídicos com os quais é possível a fruição de tais direitos de forma eficiente, tal como determina a Constituição da República Federativa do Brasil. A necessidade e importância desse estudo se devem à progressiva busca para a efetivação dos direitos sociais, contribuindo para aprimoramento dos estudos relacionados aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Medicamentos; Direitos Fundamentais; Precedentes; Ativismo judicial

THE REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH THROUGH DECISIONS OF THE JUDICIARY IN THE CONTEMPORARY STATE

Abstract

It's intended to discuss the realization of the fundamental right to health through decisions of the Judiciary in the Contemporary State. To this end, legal instruments will be presented with which it is possible to enjoy such rights efficiently, as determined by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The need and importance of this study are due to the progressive search for the realization of social rights, contributing to the improvement of

* Professor no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da (UNIPAR). Mestre em Direito (PUC/PR). Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI) e em Diritto Publico (Università degli Studi di Perugia - Itália). Ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche com a Universidade do Minho, Portugal. Contato: professorbruno@prof.unipar.br.

* Procurador Municipal. Mestrando em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Especialista em Direito Público (Anhanguera-UNIDERP). Contato: leonardo.x.souza@edu.unipar.br.

* Procurador Municipal. Mestrando em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Especialista em Direito Público (UNIVALI, CESUSC e FURB) e MBA em Gestão de Políticas Públicas Municipais (UNIASSELVI). Contato: sivonei.simas@edu.unipar.br.





studies related to fundamental rights.

Keywords: Access to justice; Medicines; Fundamental rights; Precedents; Judicial activism

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 foi um divisor de águas no Brasil, afastando-o de um regime autoritário e inserindo a pessoa no centro de interesse do Estado, com direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior. Mas a mudança de paradigma não foi visualizada num primeiro momento, especialmente na efetivação pelo Estado dos Direitos Sociais.

Nos casos envolvendo a saúde das pessoas, objeto desta pesquisa, é possível verificar a evolução jurisprudencial no Poder Judiciário. No princípio, por volta da década de noventa, o entendimento era o de que não seria possível determinar o fornecimento de medicamento que não estava relacionado em políticas públicas já definidas, tais como aqueles constantes na lista do Sistema Único de Saúde. A justificativa era a necessidade de se observar o princípio da separação de Poderes.

Até pouco tempo, passou-se a deferir praticamente todo pedido para tratamentos de saúde - como fornecimento de medicamento -, afastando-se o entendimento anterior e fundamentando as decisões no sentido de que o direito está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e esta tem força normativa que lhe é inerente, de modo que o Poder Judiciário só determina a implementação.

Hodiernamente, em razão das consequências - principalmente orçamentárias/financeiras - advindas de inúmeras decisões judiciais, o Poder Judiciário passou a entender que o fornecimento de medicamento não deve ocorrer sem análise de alguns requisitos, tais como aqueles previstos em teses firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Com este trabalho, pretende-se discorrer sobre o acesso à justiça para concretização de direitos fundamentais, assim como analisar mecanismo de eficiência à disposição do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde.

Para tanto, foi realizada pesquisa visando identificar a existência do sistema de precedentes no ordenamento jurídico interno, bem como se o julgamento de casos repetitivos



a que se refere o atual Código de Processo Civil se amolda a tal instituto, tal como ocorre no sistema *common law*.

Ato contínuo, o trabalho buscou analisar, de forma objetiva e sucinta, o fenômeno do ativismo judicial e sua influência na formulação de políticas públicas na área da saúde.

Ao final, observada a separação de Poderes/Funções (art. 2º da CRFB) e o dever do Estado na garantia da saúde a todos (art. 196 da CRFB), pretende-se demonstrar que o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos pode servir como instrumento de eficiência (art. 37 da CRFB) para pacificação, ao menos de parte, dos conflitos sociais.

Para tal desiderato, houve opção por uma pesquisa eminentemente qualitativa, com revisão bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se o método dedutivo.

2. ACESSO À JUSTIÇA COMO MEDIDA PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

De início, cumpre salientar que a concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, depende de eficiente política pública a ser elaborada em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo, cada qual em suas esferas de competências e atribuições, conforme previstas no ordenamento jurídico, mediante prestações positivas que envolvam aplicação de recursos financeiros. Assim, o Poder Executivo deve traçar as metas, realizar as escolhas e formalizar o devido planejamento, competindo ao Legislativo a aprovação das normas orçamentárias que darão sustentação aos gastos planejados pelo Executivo.

Caso haja falha ou negligência na implantação dessa política voltada à satisfação do direito à saúde, aquele se sentir violado em relação ao seu pleno acesso, garantido pelo *caput* dos arts. 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, deve levar sua pretensão ao Poder Judiciário. Caso tenha razão, o Poder Público poderá vir a ser compelido a implementar a política pública de saúde pretendida pela parte, que entre elas, poderá ser o fornecimento de medicamentos, realização de cirurgia etc.

Portanto, para a eficaz realização do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB), essencial que o ordenamento jurídico disponha de institutos que facilitem o acesso dos cidadãos ao judiciário, pois na maioria dos casos aqueles que demandam em juízo postulando medidas para implementar o direito à saúde são pessoas hipossuficientes economicamente.



No Brasil a Constituição da República Federativa, em seu art. 5º, LXXIV, garante que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Da simples leitura do dispositivo constitucional, percebe-se, claramente, que não basta apenas a isenção de taxas e despesas processuais para que o cidadão tenha acesso ao judiciário, isso porque o dispositivo em comento expressa integral assistência jurídica, o que obviamente, não se limita apenas ao aspecto econômico do processo.

A noção de amplo acesso à justiça é complementada no sistema jurídico ao prever a organização das Defensorias Públicas e, até mesmo do Ministério Público, como instituições que podem demandar o Poder Público no intuito de satisfazer integralmente o acesso à saúde pelo sistema público. Especificamente em relação à Defensoria Pública (art. 134 da CRFB), sua atuação satisfaz aos interesses das pessoas hipossuficientes economicamente, tendo o Superior Tribunal de Justiça afirmado que sua atuação se dá como guardião dos vulneráveis, utilizando-se a expressão “*custos vulnerabilis*” (BRASIL, EDcl no REsp1.712.163-SP).

O Superior Tribunal de Justiça ao mencionar que a atuação das Defensorias Públicas se dá como “guardiã dos vulneráveis” (fiscal dos vulneráveis), quer, claramente, diferenciar da atuação do Ministério Público, que precipuamente, age como “*custos legis*” (fiscal ou guardião da ordem jurídica).

Por sua vez, o Ministério Público, cujas finalidades institucionais estão previstas nos arts. 127 e 129 da Constituição da República Federativa do Brasil, figura-se como a principal instituição pública na judicialização de questões envolvendo o fornecimento de tratamentos e/ou medicamentos, podendo promover a satisfação de interesses de forma coletiva ou individualmente (BRASIL, AgInt no REsp 1646870/MG).

Enfim, afora as instituições públicas, as demandas na área da saúde também chegam ao Judiciário através da advocacia privada e por intermédio das faculdades de direito no Brasil, que mantém núcleos de práticas jurídicas, conferindo assistência aos hipossuficientes economicamente.

Feita essa breve exposição introdutória sobre o acesso à justiça e a relevância do papel das Defensorias Públicas e do Ministério Público, passar-se-á a discorrer sobre o precedente, bem como analisar se é possível identificar tal instituto encontra respaldo no ordenamento jurídico interno tal como compreendido no sistema *common law*.



3. PRECEDENTES

O Código de Processo Civil vigente destacou o Capítulo I do Título do Livro III para tratar da matéria em linhas gerais, estruturando e inovando os avanços existentes no regime processual anterior (CPC/1973 e suas alterações).

Sobre o tema, Ricardo Tinoco de Goes (2017, p. 415) expõe que já era hora de superar a Lei Adjetiva e editar um novo Código de Processo Civil, de modo que tal legislação deveria ser “capaz de refletir essa luminosa forma de conceber a produção dos atos decisórios estatais, atentos sempre à sua gênese democrática, mas para tanto, sem abdicar da segurança”. Segurança esta que inspirou o pensamento de muitos com um processo servindo de instrumento para viabilizar a atuação do direito substantivo ao caso concreto. A pretensão com o novo Código de Processo Civil é utilizar-se da Teoria dos Precedentes Judiciais como meio de aplacar a democracia no Poder Judiciário, “fundada no diálogo e no discurso, pela problematização tópica de cada caso, participativamente e segundo ainda uma nova forma de conceber-se o contraditório, dinâmico, efetivo e, sobretudo, influente”.

Conforme José Miguel Garcia Medina (2020, p. 1.426), no sistema processual brasileiro a expressão jurisprudência - *lato sensu* - engloba os precedentes e as súmulas, de modo que, em síntese “*os enunciados de súmula são a síntese da jurisprudência dominante, formada por precedentes emitidos em um mesmo sentido*”.

Há tempos se aprendia que no sistema romano-germânico ou *civil law* a aplicação do direito se dava a partir de leis/codificações, ao passo que no sistema *common law* a normatização é extraída de precedentes dos tribunais. Hodiernamente, tal diferenciação - aparentemente - não se sustenta.

Conforme bem destaca Miguel Reale (2002, p. 111), beira ao absurdo a pretensão de afirmar qual dos dois sistemas é o mais perfeito, assim como, sem analisar a “função da índole e da experiência histórica de cada povo”, não há como dizer o Direito ideal. Se de um lado há certeza legal no sistema *civil law*, no *common law* é possível indicar a vantagem de que existe “maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo”. Enfim, se tratam de expressões culturais diversas, mas que, nos últimos anos, sofrem influências recíprocas.

De todo modo, é pertinente a advertência feita por Henrique Garbellini Carnio (2016,



p. 91) no sentido de que, no Brasil, a pretensão é a de que os precedentes sejam instituídos por lei, no caso o atual Código de Processo Civil. Precedente, no sistema *common law*, existe a partir de um desenvolvimento histórico, de maneira natural e paulatina. Não é possível que se tenha a fantasia de que os precedentes, tal como concebido no Brasil, irá “resolver o problema da segurança jurídica e celeridade judicial”. Deve-se recordar que “através da procedimentalização do direito (a Constituição e as leis a esta conformadas), as respostas para e do processo não estão mais simplesmente dadas, mas, sim, passam a ser construídas”, de modo que a verdade ou a decisão é resultado que se extrai na “construção no desenvolvimento do processo”.

Segundo Michele Taruffo (2011, p. 140), precedente e jurisprudência não se confundem. Primeiro, porque há entre tais institutos uma distinção de caráter *quantitativo*, pois precedente é aquela decisão (uma decisão) proferida em um caso particular, ao passo que a jurisprudência é formada por várias decisões, de vários e diversos casos concretos. A partir daí já é possível identificar algumas consequências no caso da jurisprudência, tais como a identificação da decisão relevante (se houver uma) ou ainda a necessidade de se fixar um *quantum* de decisões para se formar uma jurisprudência para interpretação de determinada norma.

Além disso, continua Taruffo, “como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença *qualitativa* entre precedente e jurisprudência”. O precedente fornece um padrão universal, cuja *ratio* pode ser utilizada como critério de decisão em caso sucessivo ou de fatos análogos, observado aqui que “a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos”. Nesses casos, é o juiz da causa posterior que, verificando a identidade ou semelhança nos fatos, que desvela o precedente ao utilizar a *ratio decidendi* de caso já decidido. Assim, “quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo”.

Sintetizam Flávio Quinaud Pedrone José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 662) que os precedentes são decisões pretéritas cujas razões vinculam juízes ou tribunais, ou ainda, “Em outras palavras, como o mundo e o Direito, também os precedentes são textos e não são, portanto, coisas que se interpõem entre nós, mas são elementos que compõem a nossa própria



existência e nossa historicidade”. Segundo eles, o que pode vincular não é o caso interior do precedente, mas somente a *ratio* ou *holding*, assim compreendidas como “as razões consideradas fundamentais para a decisão e que podem ser usadas em casos semelhantes no futuro”. Concluem, portanto, com a afirmação de que “Um precedente, portanto, nunca nasce como um precedente, mas é sempre uma decisão anterior que resolveu um conflito jurídico passado”.

Por isso é que, para Flávio Quinaud Pedrone José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 659-663), o Código de Processo Civil “não criou um sistema de precedentes, mas sim um conjunto de provimentos judiciais vinculantes”, porque “seu artigo 927 já estabeleceu provimentos judiciais que, pelo próprio fato de existirem, já são vinculantes”. Assim sendo, um sistema de uniformização de jurisprudência.

No Código de Processo Civil, outro dispositivo que justificaria a inexistência do instituto (precedente) no ordenamento jurídico é o disposto no § 1º do art. 1.036 (O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia...), afinal, conforme destaca Michele Taruffo, “o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando se manejam dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente” (2011, p. 143).

Feita essa breve exposição sobre o precedente e identificada sua inexistência, ao menos a partir de conceito já aceito pela doutrina e na forma como é compreendido no sistema *common law*, convém analisar se há ocorrência de ativismo judicial nas ações que visam tutelar a saúde.

4. ATIVISMO JUDICIAL: PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A partir da redemocratização do Brasil, ocorrida com a promulgação da Constituição da República Federativa em 1988, uma gama de direitos fundamentais foram resguardados, dentre eles o direito à saúde (art. 6º), dever do Estado que deve ser “garantido mediante medidas 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” (art. 196).



Ocorre que, entre a estipulação abstrata do direito à saúde e sua eficaz realização, o Poder Público, especialmente os Poderes Legislativo e Executivo, deveriam ter implementado diversas ações e políticas públicas, visando efetivar o direito fundamental à saúde. Todavia, de uma maneira geral, não se verificou no Brasil uma política eficaz para satisfazer o direito à saúde (e outros direitos sociais), mesmo depois de decorrido vários anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desse modo, considerando a superação do positivismo ocorrido após o término da 2ª Guerra Mundial, notadamente pelo surgimento do Estado Constitucional, onde a Constituição passou a ser o centro regulador dos sistemas jurídicos, reconhecendo que suas normas possuem força vinculante, erigindo o reconhecimento de uma jurisdição constitucional, seja para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou aplicação direta da constituição, como, por exemplo, fazer valer direitos sociais não implementados por políticas públicas.

Há quem sustente, ainda, que o conjunto superação do positivismo e o surgimento no Brasil, na década de 1990, do denominado Constitucionalismo da Efetividade, que contribui para esse processo de jurisdição da política, em que questões relevantes foram definidas pelo Poder Judiciário (MOTTA, 2018, p. 7-8). Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2018, p. 443), a “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

No Brasil a jurisdição constitucional é realizada por todos os juízes e tribunais por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas foi o Supremo Tribunal Federal que se destacou na aplicação e interpretação da Constituição.

Esse protagonismo institucional do Poder Judiciário é perceptível mediante decisão de temas polêmicos, que concerne a aspectos importantes em determinada sociedade, seja por dizer respeito a direitos fundamentais ou por se relacionar a questões morais de alta relevância.

Tanto que, para Luis Roberto Barroso (2009, p. 16-21) questões de relevância política, social ou moral foram ou estão sendo discutidas em juízo, especialmente no Supremo Tribunal Federal, apontando alguns exemplos, como a pesquisa com células-tronco embrionárias, liberdade de expressão e racismo, interrupção de gestação de fetos anencefálicos, restrição do uso de algemas, legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais



e raciais.

A grande objeção que se faz a essa judicialização da política, chamada por Luis Roberto Barroso (2009, p.2) de *judicialização da vida*, recebe como principal crítica, o fato de que quando o Poder Judiciário decide os rumos do Estado ou define políticas públicas, em tese, estaria violando a democracia, isso porque, destituído de respaldo democrático, considerando que os membros do Poder Judiciário ingressam por questões de mérito e não escolha mediante voto popular.

O fato do Poder Judiciário ser composto por representantes sociais não eleitos, direta ou indiretamente pela sociedade, coloca em dúvida em determinados momentos a legitimidade deste perante o corpo social. Dessa forma, se questiona a aceitabilidade que as decisões judiciais possuem na sociedade, mais especificamente nos segmentos que serão afetados, direta ou indiretamente, pelos efeitos, primários e secundários, das sentenças judiciais (MARCHETTI, DIAS, MARCHETTI FILHO, 2020).

Em posição diversa a essa crítica, Eduardo Cambi (2020, p. 358) atesta que o controle judicial de políticas públicas não se refere, a rigor, à criação destas políticas (*make public choices*), isto é, à definição de que objetivos ou interesses devam ou possam ser eficazmente alcançados, mas de conformação, modelação e efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito.

Certo é que nos últimos anos, uma imensa quantidade de processos tem sido submetida ao Poder Judiciário, a título de ilustração, em apenas um ano, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou 40 mil processos dessa natureza, conforme dados publicados na Revista Consultor Jurídico, de 15 de agosto de 2018.

Enfim, diversos fatores contribuíram para a expansão da jurisdição constitucional, em que o Poder Judiciário é chamado a solucionar matérias que, em tese, caberia inicialmente a outros poderes a definição. Nessa seara, inclui-se as questões envolvendo a política pública voltada à implementação e plena satisfação na área da saúde, mas que por várias deficiências, não tem se mostrado capaz de suprir as necessidades dos cidadãos.

Portanto, diante da lacuna existente entre a previsão legal e sua efetiva concretização, o Poder Judiciário passou a ganhar destaque por meio de decisões sobre questões que deveriam ser definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, fato esse que passou a ser chamado de judicialização da política.



Outrossim, também contribui para o protagonismo do Poder Judiciário vivido atualmente em nossa sociedade o chamado ativismo judicial, o que parte da doutrina entende estar caracterizado pela postura mais ativa do Poder Judiciário, que busca, diante da falta de solução legislativa adequada para determinado caso, criar soluções para implantação, sobretudo, de políticas públicas (TESHEINER e THAMAY, 2019, p. 449-450).

Há que se ressaltar que para alguns autores existem diferenças conceituais entre judicialização da política e ativismo judicial. Nesse contexto, Luis Roberto Barroso afirma que a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, enquanto o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Atribui como razão para o surgimento do ativismo, a retração do Poder Legislativo, certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (2018, p. 448-449).

Diante desse cenário, evidencia-se que a judicialização da política é uma decorrência lógica da universalização de direitos sociais, carentes da devida e eficiente implementação pelos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo assim, conforme atribuições previstas constitucionalmente, ao Poder Judiciário a materialização desses direitos constitucionais, através do exercício da jurisdição.

Diversamente, o ativismo judicial se verifica, não através de uma decorrência histórica ou deficiência de implementação de políticas públicas, mas se coaduna como uma opção volitiva do julgador, em casos de lacuna ou inexistência normativa. Destarte, nessa seara o julgador acaba, inevitavelmente, por criar “normas”, violando, assim, os ditames da democracia.

Sintetizando essas ideias, Rodrigo Padilha (2018, p. 559) afirma que “a postura ativista analisada não se confunde com a judicialização”. Enquanto aquela, como atitude proativa do Poder Judiciário, decorre do sistema constitucional adotado pelo Brasil, esta “é o instituto em que diversas questões de repercussão política e social passaram a ser analisadas pelo Poder Judiciário, não por escolha, e sim porque não havia alternativa” pois o constitucionalismo exige esta solução. Destarte, em outro trabalho, Luís Roberto Barroso (2009, p. 5) assevera que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.



Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.

Por derradeiro, convém anotar que em reação ao ativismo judicial, surgiu o fenômeno denominado de autocontenção, revelada pela atuação dos membros do Poder Judiciário mediante condutas objetivando a redução de sua interferência nas ações dos demais poderes.

De todo modo, para Nelson Nery Junior e Georges Abboud (2016, p. 232-233), no caso de ações que tutelam o direito à saúde, não seria o caso de ativismo judicial, considerando que “Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito”. Para eles, uma decisão judicial que determine o fornecimento de medicamento a segurado do INSS, por exemplo, não pode ser considerada uma postura ativista, de modo que “Essa decisão, desde que devidamente motivada nos termos dos arts. 6º e 93, IX, da CF, não deverá ser inquinada de ativista, porque está pautada na legalidade e na legitimidade constitucional”.

Enfim, o que muitos chamam - equivocadamente - de ativismo judicial nada mais é do que o resultado decisório do juiz em consequência da força normativa da Constituição (Konrad Hesse).

Dando sequência ao desenvolvimento, o próximo tópico analisará um dos instrumentos de eficiência à disposição do Poder Judiciário, que é o julgamento de casos repetitivos, notadamente os recursos especial e extraordinário repetitivos.

5. JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

Dentre os inúmeros instrumentos de eficácia elencados no Código de Processo Civil, nesta pesquisa insta ressaltar o julgamento de casos repetitivos, que são aqueles em que a decisão for proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas ou nos recursos especial e extraordinário repetitivos, tal como prevê o art. 928, I e II.

Neste trabalho, considerando-se que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem proferir decisões que devem ser observadas nacionalmente, adianta-se que a pesquisa será limitada a esses tribunais superiores.

Característica de suma importância no caso dos recursos especial e extraordinário repetitivos é a possibilidade de participação de pessoas, órgãos ou entidades para oferecer



suporte técnico no julgamento (art. 1.038, I e II do CPC). Afinal, notadamente no caso da saúde, a norma a ser resumida na tese não pode se afastar da ciência.

Como referenciado anteriormente (MARCHETTI, DIAS, MARCHETTI FILHO, 2020), existe um déficit democrático no Poder Judiciário, perceptível vez que a sua composição não é representativa. Por este motivo, em vários processos a sociedade é chamada a participar de alguns processos, em especial aqueles que terão efeitos exprocessuais, ou seja, que terão efeitos para além das partes envolvidas naquela lide específica.

Ampliando assim o diálogo processual com o corpo social, com o intuito de integrar os saberes sociais com os conhecimentos específicos dos juízes, podendo ser por meio ou via do *amicus curiae*, que tem a importante missão de representar a diversidade dos jurisdicionados, proporcionando ao processo informações relevantes sobre o tema, seja por meio de pareceres técnicos, esclarecimentos ou anseios sociais (MARCHETTI, DIAS, MARCHETTI FILHO, 2020).

Para fins de desenvolvimento deste trabalho, citam-se três teses firmadas na área da saúde, sendo duas do Supremo Tribunal Federal e uma do Superior Tribunal de Justiça:

TESE FIXADA: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018)

TESE: 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.



(RE 855178 RG, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015)

TESE: 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

(RE 657718, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019)

Conforme já exposto e para se chegar à conclusão proposta nesta pesquisa, o desenvolvimento fica limitado ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, de competência dos tribunais superiores e cuja análise de lei federal (nacional) e da Constituição da República Federativa do Brasil se dá de forma definitiva, ressalvada eventual superação. Isso só é possível porque não se discute fatos, mas somente matéria de direito, no julgamento de casos repetitivos, conforme previsto nos arts. 976 e 1.036 do Código de Processo Civil.

Para verificar se é possível a aplicação das teses firmadas no julgamento de casos repetitivos, faz-se necessário analisar o princípio da Tripartição dos Poderes com elemento que poderia afastar tal aplicabilidade direta, e ainda os princípios da legalidade e da eficiência, que dão suporte para tanto.

6. SEPARAÇÃO DE PODERES/FUNÇÕES E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA





Para melhor compreensão do leitor e desenvolvimento do trabalho, este tópico será subdividido em três partes, conforme se passa a expor.

6.1 Separação de Poderes/Funções

Conforme dispõe o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Em suma, conforme discorre Sahid Maluf (2018, p. 183) sobre a separação de Poderes, o “Objeto deste ponto é o princípio da *divisão funcional* do poder de soberania em três órgãos, pelos quais ela se manifesta na sua plenitude”; enquanto a função típica de um é elaborar leis (Poder Legislativo), as dos outros é executar as leis (Poder Executivo) e aplicar as leis por meio de decisões que solucionem os conflitos (Poder Judiciário).

Nesse sistema de freios e contrapeso, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, as causas quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição” (art. 102, III, *a*). Ao passo que ao Superior Tribunal de Justiça “compete julgar as causas quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (art. 105, III, *a*).

O fundamento normativo para que o Poder Executivo observe, obrigatoriamente, o julgamento de casos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça se dá em razão da competência constitucionalmente prevista. Numa análise para além do processo e seus sujeitos, a vinculação da decisão proferida em julgamento de casos repetitivos não se dá somente em razão da hierarquia dos órgãos do Poder Judiciário, mas também - e principalmente - da competência constitucionalmente delegada aos órgãos do Poder Judiciário.

Inclusive, quando é fixada a tese, o Poder Judiciário expõe a norma, como resultado da interpretação da regra/princípio, a ser seguida pelos demais Poderes. Assim, partindo-se do pressuposto que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º do art. 5º da CRFB) e que já existem teses firmadas sobre o fornecimento de medicamentos, não haveria necessidade de buscar, novamente, o Poder Judiciário para que o



Poder Executivo cumpra com seu dever constitucional.

6.2 Princípio da legalidade

Conforme dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da legalidade”. Por muito tempo o entendimento foi o de que a observância a tal princípio pelo administrador ficava catalogada em leis, aprovadas pelo Poder Legislativo, direcionando a atuação do gestor público.

Contudo, para doutrina publicista moderna, de acordo com Luís Roberto Barroso (p. 39), já houve superação do pensamento restritivo de vinculação do administrador à lei, na interpretação convencional de que o princípio da legalidade delimita a atuação do administrador, somente podendo fazer ou deixar de fazer aquilo que estiver previsto em lei. Ao administrador se impõe a atuação tendo como base direta a Constituição, havendo ou não lei que verse sobre tal atuação. Enfim, “O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.

É exatamente considerando que o Executivo deve observar as disposições da constituição da República Federativa do Brasil e das leis (princípio da legalidade/juridicidade), não lhe cabendo interpretar de forma diversa daquela dos órgãos (STF e STJ) do Poder Judiciário, constitucionalmente competente para tanto, é que deve observar as teses firmadas no julgamento de casos repetitivos.

Portanto, além de violar a legalidade/juridicidade, a inobservância da tese na forma aqui exposta, também pode acarretar afronta ao princípio da eficiência, conforme se passa a expor.

6.3 Princípio da eficiência

Tal como a legalidade/juridicidade, a eficiência é princípio que deve ser observado por toda administração pública, de qualquer dos Poderes e de qualquer ente da federação,



conforme dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. No caso dos juízes, há indicação expressa de tal observância no art. 8º do Código de Processo Civil.

No processo, a eficiência deve ser buscada por meio de instrumentos que assegurem a celeridade na tramitação do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), observado que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º do CPC).

Conforme expõem Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2018, p. 238) “O tema da eficácia e efetividade da constituição relaciona-se com o plano da concretização constitucional, no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”. Assim, o princípio da máxima eficácia e efetividade, ou princípio da eficiência, impõe ao intérprete e aplicador de direito fundamental o dever conferir maior eficácia às normas constitucionais. Dessa forma, “verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição”.

A eficiência, em se tratando de julgamento de casos repetitivos, se dá com a otimização da jurisdição de primeiro grau, podendo o juiz, independentemente da citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido (art. 332, II) ou deferir tutela provisória de evidência (art. 311, II e parágrafo único do CPC), bem como dispensar menor carga argumentativa na fundamentação da decisão, observado o disposto no art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Para além do processo, com a tese firmada em julgamento de casos repetitivos e no âmbito da saúde, deve o administrador segui-las em seus exatos termos. Por exemplo, não cabe ao Poder Executivo discutir sobre a responsabilidade de determinada esfera de governo em demandas prestacionais na área da saúde; ou ainda sobre a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS ou não registrados na ANVISA, quando cumpridos os requisitos fixados em tese. Não cabe tal prática porque eventual ação terá resultado certo (a determinação para o fornecimento do medicamento), além de ocasionar diversos custos, tais como: tempo despendido pela Advocacia Pública, custas/despesas processuais, honorários advocatícios, etc.

Afinal, “o princípio da eficiência deve ser compreendido em sentido amplo para abarcar o dever de a administração pública avaliar os custos e benefícios econômicos, sociais,



ambientais etc. de suas decisões” (MENDES e BRANCO, 2018, p. 1.397).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, além de redemocratizar o País e resguardar direitos fundamentais, também previu mecanismos de tutela a tais direitos com acesso à justiça, inclusive por meio de substitutos processuais como a Defensoria Pública e o Ministério Público, além da Advocacia.

Foi a partir daí que houve o fenômeno da judicialização da política e forte ativismo judicial, notadamente para assegurar o direito constitucional à saúde não oferecido na extensão garantida.

No princípio, mesmo antes dessa fase, o próprio Poder Judiciário era contido na imposição para implementação de políticas públicas, evoluindo no seu posicionamento para albergar o deferimento de praticamente todos pedidos para fornecimento de medicamentos.

Como as consequências (orçamentárias-financeiras) dessas decisões foram impactantes na gestão pública, mais uma vez, por meio de decisões proferidas em recursos especial e extraordinário repetitivos, o Poder Judiciário impôs limites e fixou requisitos para implementação de políticas públicas na saúde.

As decisões proferidas em recursos especial e extraordinário repetitivos, além de vincular juízes e tribunais, seja por hierarquia ou por imposição legal, também deve ser observada pelo próprio Poder Executivo no planejamento e na execução de políticas públicas na saúde.

Isso porque, a própria Constituição da República Federativa do Brasil previu a competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para interpretar as regras/princípios e ditar a norma a ser aplicada, seja de cunho constitucional (STF) ou de cunho legal (STJ).

Por isso, considerando que todos os Poderes e quaisquer das esferas, devem observar os princípios constitucionais da legalidade/juridicidade e da eficiência, é que decisões proferidas em recursos especial e extraordinário repetitivos devem ser observadas pelo Poder Executivo, inclusive com meios coercitivos - se for o caso - por meio daqueles cuja Constituição da República Federativa do Brasil impõe o dever de fiscalização (da ordem



jurídica ou de vulneráveis) da tutela de direito - Ministério Público e Defensoria Pública.

Sem embargo, deve-se evitar a *mechanical jurisprudence* ou *slot-machine theory*[†] por meio da distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) da tese (art. 489, § 1º, V e VI, do CPC), partindo-se do pressuposto que “a jurisprudência não advém da obra do acaso e sim de uma maturidade sobre a matéria, a fim de se alcançar a resposta à questão submetida” (PAULA, 2018, p. 484).

Afinal, o que não se espera - ou não deveria se esperar - é que juízes sejam meros reprodutores de decisões, atuando no Judiciário como Charlie Chaplin atuava naquela famosa cena do operário de uma linha de montagem, em *Modern Times* (Tempos Modernos).

A observância das teses serve para que a República Federativa do Brasil consiga demonstrar um dos seus fundamentos (dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CRFB) e atingir a um dos seus objetivos fundamentais (promover o bem de todos - art. 3º, IV, da CRFB).

Se é certo que este trabalho não tem o condão de esgotar o tema proposto, também o é a pretensão de se propor debates para melhorar a aplicação da norma fundamental à saúde, de modo a propiciar, efetivamente, um Estado de Bem-Estar Social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**.

Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

Acesso em 20/04/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista

[†]No final do século XIX, triunfou nos EUA a doutrina dos precedentes, que fez do juiz um órgão puramente passivo e de repetição de soluções já adotadas. Neste momento, esses estudos foram chamados por Pound como *Mechanical jurisprudence* e, por Cohen, como *slot-machine theory*, de tal forma que coube aos membros da *sociológica jurisprudence* fazer um grande esforço para demonstrar que essa concepção de doutrina do precedente não corresponderia nem ao que se faz, nem ao que se deve fazer, uma vez que os juízes, ao tempo em que deveria ser passivo na repetição das soluções já adotadas, contribuíam também para as próprias decisões que seriam os padrões, *standards* a serem seguidos, provocando um círculo vicioso, enviesado politicamente. In CARNIO, 2016, p. 82.



Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344>. Acesso em 20/04/2020.

BRASIL [Superior Tribunal de Justiça]. **AgInt no REsp 1646870/MG**, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 27/06/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1618597&num_registro=201700004088&data=20170831&formato=PDF. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL [Superior Tribunal de Justiça]. **EDcl no REsp 1712163/SP**, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 25/09/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1869850&num_registro=201701829167&data=20190927&formato=PDF. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Acesso em 28 abr. 2020.

BRASIL. [Código de Processo Civil]. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm]. Acesso em 28 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em 28 abr. 2020.

BRASIL. [Superior Tribunal de Justiça]. **REsp 1657156/RJ**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF. Acesso em 23 ago. 2020.

BRASIL. [Supremo Tribunal Federal]. **RE 855178RG/SE**, Min. Edson Fachin, Plenário, repercussão geral, julgamento em 23/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em 23 ago. 2020.



BRASIL. [Supremo Tribunal Federal]. **RE 657718**, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1810263>. Acesso em 23 ago. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CARNIO, Henrique Garbellini. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016

CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval. **Os Juízes e o novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado** [livro eletrônico]. 34 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARCHETTI, Livia Estevão; DIAS, Bruno Smolarek; MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. **O instituto do Amicus Curiae no Código de Processo Civil**: Um instrumento de legitimação social das decisões judiciais no processo civil. Campo Grande: Contemplar, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno** [livro eletrônico]. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 27 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan./mar. 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **O Estado Jurisdicional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição pra uma



compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 19 n. 119 Out. 2017/Jan. 2018, p. 645-668. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v19e119-1477>. Acesso em 20/04/2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, vol. 199, Set/2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Teoria geral do processo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.