



UnB

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GISELLE SISSY MEDEIROS DE LIMA

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO MEIO DE APLICAÇÃO DO RE
N. 855.178/SE**

Brasília

2022

GISELLE SISSY MEDEIROS DE LIMA

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO MEIO DE APLICAÇÃO DO RE
N. 855.178/SE**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título
de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito,
Regulação e Políticas Públicas

Orientadora: Profa. Dra. Daniela
Marques de Moraes

Brasília

2022

GISELLE SISSY MEDEIROS DE LIMA

**O PROCESSO ESTRUTURAL COMO MEIO DE APLICAÇÃO DO RE
N. 855.178/SE**

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do título
de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela
Marques de Moraes

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dra. Daniela Marques de Moraes (orientadora)
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Prof.^a Dr.^a Débora Bonat
Faculdade de Direito – Universidade de Brasília (UnB)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata à Universidade de Brasília e ao Superior Tribunal de Justiça, instituições que me acolheram e me proporcionam sempre oportunidades de conhecimento e crescimento, ricas trocas e observações a respeito da área que escolhi para minha vida profissional, o Direito.

Agradeço à minha orientadora, Professora Daniela Moraes, por verdadeiramente me orientar nessa jornada, sempre com muita tranquilidade e bom humor, capazes de acalmar a maior das ansiedades. Meu muito obrigada, Professora, sinto que foi uma parceria leve e construtiva.

Ao meu marido, amigo e companheiro, Victor, meu maior apoio. Não se limitou a assistir ao meu trabalho nessa dissertação, mas conversou, criticou, indagou, sugeriu, tudo com muito respeito e consideração, além de não me deixar sequer cogitar desistir quando as coisas ficaram mais difíceis. Meu amor, você é minha maior riqueza, obrigada por tudo.

Aos meus pais, Laudegar e Divaneth, por acreditarem em mim e me apoiarem infinitamente. Meu pai, agradeço pelas trocas e exemplo de leitor e crítico que é para mim, desde pequena. Minha mãe, também mestranda, renunciou a muitos sábados de estudo da pandemia cuidando da Marina para que eu pudesse trabalhar na minha dissertação. Minha profunda gratidão por serem, os dois, exemplos de estudo e trabalho.

Agradeço aos meus sogros, Antônio e Amélia, que não apenas torceram por mim: meu sogro participou, perguntou, se interessou, e minha sogra, a quem admiro muito, foi a responsável pela revisão do trabalho, com cuidadoso trabalho de acabamento.

À minha irmã Bruna e tias Cláudia e Flávia, que me servem de inspiração não apenas acadêmica, mas de força feminina diante dos desafios da vida. Cada uma do seu jeito, no seu tempo, me ajudou muito a dar passos importantes nessa caminhada.

A todos os meus amigos que me apoiaram e tanto contribuíram com a finalização desse trabalho: Bela, Antonielle, Ananda, Aninha, Flávio, Tainah. Sou muito grata pelas nossas trocas e por todo o apoio que recebi nos momentos difíceis dessa aventura que foi produzir durante a pandemia.

Finalmente, meu agradecimento à Marina, minha filha amada. Obrigada, meu amor, por toda a alegria e esperança com que você sempre preenche meu coração. Mamãe te ama.

RESUMO

O processo civil estrutural mostra-se um meio eficiente de se aplicar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 855.178/SE, a respeito da responsabilidade solidária dos entes federados em demandas sanitárias. O direito universal à saúde, previsto na Constituição Federal, encontra dificuldade de se concretizar por meio da Administração Pública, mas certa facilidade, na via judicial. Entretanto, o protagonismo do Judiciário nas demandas sanitárias representa um obstáculo à Administração Pública no tocante à elaboração e efetivação das suas políticas públicas na área de saúde. O RE 855.178 RG/SE trouxe uma roupagem nova à jurisprudência já há muito tempo firmada no sentido de que os entes federados são solidariamente responsáveis em demandas medicamentosas. O precedente previu que caberá ao julgador designar o ente efetivamente responsável pelo custo da medicação. Atendendo a esse enunciado e comungando com o movimento de fortalecimento de um sistema de precedentes, o processo civil estrutural permite não apenas direcionar o cumprimento da obrigação ao ente federado competente mas trabalhar a problemática em sua causa, identificando as dificuldades e dialogando com os atores envolvidos na questão.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Precedente. Processo estrutural.

ABSTRACT

The structural injunctions proves to be an efficient means of applying the understanding signed by the Federal Supreme Court in RE 855.178/SE, regarding the joint and several liability of federated entities in health claims. The universal right to health, provided for in the Federal Constitution, finds it difficult to achieve through the Public Administration, but with some ease, in the judicial route. However, the role of the Judiciary in health demands represents an obstacle to the Public Administration regarding the elaboration and implementation of its public policies in the area of health. RE 855.178 RG/SE brought a new look to the jurisprudence that has long been established in the sense that federated entities are jointly and severally liable in drug claims. The precedent provided that it will be up to the judge to designate the entity effectively responsible for the cost of the medication. Given this statement and sharing with the movement to strengthen a system of precedents, the structural civil procedure allows not only to direct the fulfillment of the obligation to the competent federated entity, but also to work the problem in its cause, identifying the difficulties and dialoguing with the actors involved. in the question.

Keywords: Judicialization of health. Precedent. Structural injunction.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Sistema de precedentes.....	11
1.1 A criação de um <i>stare decisis</i> no sistema brasileiro: motivos e desafios.....	11
1.2 O que define um precedente?.....	25
1.2.1 <i>Ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i>	28
1.3 Delineamento do sistema de precedentes brasileiro.....	46
1.3.1 Repercussão geral.....	50
2. Direito à saúde sob a ótica processual.....	54
2.1 Cenário jurisprudencial do direito à saúde.....	54
2.1.1 Principais precedentes das cortes supremas na área da saúde.....	70
2.2 O RE 855.178/SE julgado sob o reconhecimento de repercussão geral.....	82
2.2.1 Desafios práticos da aplicação do RE n. 855.178/SE como precedente.....	95
3. Processo estrutural: um caminho para a aplicação do RE n. 855.178/SE.....	98
3.1 A demanda sanitária como litígio estrutural irradiado.....	98
3.2 O processo civil estrutural como meio de tutela às demandas sanitárias.....	107
3.2.1 Insuficiência do processo civil entendido em sua forma tradicional.....	107
3.2.2 Caso <i>Brown v. Board of Education</i> e seu paralelo com as causas sanitárias.....	112
3.2.3 Aspectos das decisões estruturais e sua viabilidade na seara sanitária.....	119
3.3 A flexibilização resultante da <i>ratio decidendi</i> do RE 855.178/SE complementada pelas decisões estruturantes.....	125
Conclusão.....	150
Referências	151

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde está previsto no artigo 6^o da Constituição Federal de 1988. Sua aplicação imediata e eficácia plena encontram fundamento no artigo 5^o, § 1^o, não havendo espaço para debates teóricos a respeito da viabilidade concreta do direito à saúde a todos³. Luís Roberto Barroso acrescenta a esse entendimento o fato de que quaisquer direitos subjetivos, entre eles os sociais, são “direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico”⁴.

A universalização do direito à saúde foi consagrada no artigo 196⁵ da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu ser a saúde direito de todos e dever do Estado, “de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para cumprir essa disposição, o constituinte determinou no artigo 198, § 1^o, da Constituição a criação de um Sistema Único de Saúde (SUS), organizado segundo as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Posteriormente, a Lei 8.080/1990 regulamentou as condições para sua implementação.

Cabe ao Estado, portanto, não apenas assegurar o direito à saúde, mas também promover as condições para que ele seja efetivamente garantido aos brasileiros. Essa tarefa, porém, não vem sendo plenamente cumprida, sob o argumento de haver óbices econômicos e orçamentários. Esse fato promoveu o fenômeno da judicialização da saúde,

¹ “Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015)”

² CF/1988: “Art. 5^o (...) § 1^o – As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

³ Luís Roberto Barroso salienta que “na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009).

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisprudência mineira, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁵ CF/1988: “Art. 196. 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.”

no qual o Poder Judiciário foi sendo progressivamente demandado na busca da concretização desse direito.

Dessa forma, o Sistema Único de Saúde (SUS) passou, já na década de 1990, a ser alvo de inúmeras ações judiciais reivindicando medicamentos e tratamentos de toda ordem, desde os ofertados por serem experimentais ou excessivamente caros até os que não são disponibilizados em razão de ineficiência administrativa.

O crescente protagonismo das instituições jurídicas na efetivação da saúde, embora tido pelos cidadãos como forma de garantir um direito fundamental, é visto com cautela por alguns setores da sociedade, para quem essa presença cada vez mais constante gera interferências na gestão e na política de saúde.

A jurisprudência há muito é no sentido de que os entes são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamento (ou seja, qualquer um deles pode ser demandado e condenado a pagar pelo medicamento pleiteado). Entretanto, se todos são solidários, e a Justiça garante isso, como o Executivo pode fazer previsões orçamentárias municipais, estaduais ou federais? Como se respeita na prática a repartição de competências prevista na legislação específica do SUS? Essas e outras questões permeiam as demandas sanitárias.

Com base nesse cenário, o objetivo do trabalho é propor a utilização do processo civil estrutural como meio de aplicação prática do entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 855.178 RG/SE, que revisitou jurisprudência já consolidada no ordenamento jurídico brasileiro sobre a questão da solidariedade dos entes federados em lides de fornecimento de medicamento pelo Estado.

A resposta judicial por meio do julgamento do RE 855.178 RG/SE, Tema 793/STF⁶, além de firmar a jurisprudência citada, ressaltou que cabe ao juiz apontar quem arcará efetivamente com os custos dessa prestação medicamentosa, observando a competência de cada ente. Essa segunda parte é muito importante, pois, se não resolve definitivamente a questão, ao menos aponta para a solução da problemática de interferência das condenações judiciais nas políticas públicas de saúde.

⁶ Tema 793/STF, Plenário Virtual, Relator: Min. Luiz Fux, DJe de 16-3-2015: “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.”

Entretanto, mostra-se no presente trabalho que não há no Direito brasileiro uma cultura de respeito aos precedentes, estando ainda em construção um sistema de *stare decisis* nacional. Como alternativa para a efetividade da tese firmada no precedente RE 855.178 RG/SE, apresenta-se, sem a pretensão de esgotar o instituto, a prestação jurisdicional individual por meio de decisões estruturais.

O primeiro capítulo analisa os motivos e os desafios para a criação de uma *stare decisis* no Direito brasileiro. Com esse intuito, apresenta-se essa doutrina segundo a tradição do *common law*. Em seguida, estuda-se o que de fato define um precedente, apresentando diversos parâmetros sugeridos pela doutrina e pontuando seus elementos relevantes (a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*). Analisam-se ainda as decisões plurais, as quais devem ser consideradas na formação de um precedente, bem como diferencia-se jurisprudência de precedente. Por fim, discute-se o sistema processual brasileiro, colocando em vista a construção de um sistema de precedentes por meio de ferramentas específicas. Para isso, apresenta-se o instituto da repercussão geral, explicando sua origem e desenvolvimento.

Já no segundo capítulo, é apresentado o cenário jurisprudencial do direito à saúde, elencando os principais precedentes das Cortes Supremas sobre o tema até o julgamento do RE 855.178/SE, objeto de análise do presente trabalho. Após apresenta-se especificamente o citado precedente e pontua-se o aspecto desafiador de se atendê-lo na prática.

No terceiro capítulo, argumenta-se a favor da possibilidade de aplicação do RE 855.178 RG/SE por meio do processo civil estrutural. Para tanto, analisa-se o conceito de litígio estrutural irradiado, necessário para entender o processo estrutural em si. Em seguida, aponta-se a insuficiência do processo civil tradicional e o precedente estadunidense do qual se originou o que hoje chama-se de processo estrutural. Por fim, retomam-se os aspectos antes apresentados sobre um precedente firmado por uma corte Suprema, e associa-se à possibilidade de julgamento do RE 855.178 RG/SE complementado pelo processo civil estrutural em sua aplicação prática.

1. SISTEMA DE PRECEDENTES

1.1 A CRIAÇÃO DE UM *STARE DECISIS* NO SISTEMA BRASILEIRO: MOTIVOS E DESAFIOS

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer um vasto rol de direitos fundamentais individuais e coletivos, possibilitou inegáveis avanços para a democracia brasileira e para a cidadania. Para a seara jurídica, representou uma relevante evolução, que veio posteriormente a ser aprofundada com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

Ocorre que o crescente e esperado aumento no volume de demandas apresentadas ao Poder Judiciário fez surgir obstáculos que dificultaram o pleno acesso à justiça. A excessiva duração dos processos e a complexidade dos procedimentos judiciais, entre outros problemas, resultaram em congestionamento do sistema e contribuíram para a deficiência do Judiciário.

Aliada à necessidade de solver os entraves ao pleno acesso à Justiça, surge a exigência de atender às novas demandas geradas pela constante evolução dos fatos, usos e costumes. Mudanças na realidade da sociedade trazem consigo novos conflitos e problemas que exigem do Direito não só o aperfeiçoamento das técnicas existentes mas também alterações na legislação com a formulação de novos instrumentos processuais a fim de garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) passou por sucessivas reformas a fim de atender aos novos rumos da sociedade e para sanar aspectos negativos, entre os quais destacam-se a morosidade processual e a falta de efetividade da prestação jurisdicional. Conforme leciona Taís Schilling Ferraz:

O Código de Processo Civil de 1973 foi alvo de expressivas reformas parciais, desde a sua edição, até sua recente substituição por nova consolidação normativa. De modificações pontuais a mudanças de caráter abrangente, passando por normas de atualização e sistematização, a lei processual foi sucessivamente emendada em resposta a movimentos da doutrina, da jurisprudência, das instituições

que atuam no Sistema de Justiça, dos demais Poderes do Estado e da própria sociedade.⁷

Atualmente, ao lado dessas preocupações a serem consideradas no processo evolutivo processual, situam-se também, e em um patamar relevante, a incoerência jurisprudencial e a imprevisibilidade do sistema como um todo. Ferraz, ao comentar as reformas pelas quais passou o CPC/1973, destaca a inclusão de novos valores:

São mudanças que invariavelmente se apresentaram como voltadas a maior celeridade, racionalidade e efetividade na prestação jurisdicional e que agora buscam justificativa também em novos valores como coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade do direito.⁸

Foram basicamente esses valores – coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade do direito – que serviram de escopo à recente criação de diversas ferramentas processuais que objetivam contribuir efetivamente para a neutralização dos vícios da morosidade, inefetividade da prestação jurisdicional, incoerência e imprevisibilidade.⁹

Diante disso, observa-se que o Direito brasileiro, tradicionalmente dogmático, construído a partir da tradição romano-germânica (*civil law*), que originariamente prestigia a norma codificada pelo Legislativo em detrimento daquela criada¹⁰ no seio do Judiciário, vem buscando meios que permitam a minoração de aspectos negativos que

⁷ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56-57.

⁸ *Ibidem*, p. 56-57.

⁹ Consta na exposição de motivos do CPC/2015: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo [...]. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 26. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2021).

¹⁰ Marinoni, ao apresentar a discussão sobre se o juiz cria ou declara o direito, destaca o embate entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição, em que esta (assentada principalmente nos pensamentos de Jeremy Bentham e John Austin) defende ser o magistrado detentor de *law-making authority*, produzindo o direito a partir de sua vontade, enquanto aquela (encabeçada por William Blackstone) observa que o juiz declara o direito não escrito, consistindo esse direito na própria *common law*. O autor conclui que ambas “adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 22-27).

comumente acompanham a atividade jurisdicional.¹¹ Nesse sentido, o ordenamento pátrio encaminha-se para uma aproximação do modelo jurídico brasileiro com o sistema *common law*.

Em apertada síntese, o sistema jurídico da família do *civil law*, desenvolvido principalmente na França, caracteriza-se por buscar na letra da lei a melhor interpretação jurídica que oferece solução à lide judicial. O sistema do *common law*, por sua vez, desenvolvido na Inglaterra, prestigia os precedentes, tratando a jurisprudência como fonte direta da prestação jurisdicional a ser desenvolvida caso a caso.

Cabe destacar que a ampliação do acesso à justiça, de acordo com Patrícia Perrone Campos Melo e Luís Roberto Barroso, modificou a forma de atuação do Judiciário, impondo o “uso pragmático de precedentes” e a valorização da jurisprudência:

A massificação [do acesso à justiça], como intuitivo, reduz a atenção individual que juízes de todos os graus de jurisdição podem dar a cada processo, impondo a otimização do tempo, dos recursos humanos e dos materiais disponíveis. Esta não é uma escolha comportamental ou filosófica, mas uma inevitabilidade dos tempos modernos, das sociedades de massas contemporâneas. O juiz tradicional, que tecia como artesão cada sentença, ficou reservado para as hipóteses excepcionais de casos com complexidades e peculiaridades que refoem ao padrão usual. Juízes nos dias atuais trabalham com assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões. Neste novo universo, a entrega de justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho, como, por exemplo, pelo aproveitamento da fundamentação e de teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais. É nesse ambiente que o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo.¹²

Longe de ser apenas uma coleção de instrumentos, mas, sim, verdadeira reforma no sistema processual, as últimas alterações legislativas processuais intentaram romper com a ideia de que não haveria espaço para precedentes judiciais com força vinculante no sistema jurídico brasileiro, por ser esse de tradição essencialmente positivista. Em

¹¹ Marinoni aponta como alguns desses aspectos negativos entremeados na função jurisdicional e na máquina judicial: o personalismo, o patrimonialismo, o culto à irracionalidade, a falta de coesão social, a fraqueza institucional e o desprezo à previsibilidade (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-67).

¹² BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 11-12, jul./set. 2016.

decorrência disso, surge a premente necessidade de que os julgadores se adaptem ao crescente processo de construção de uma *stare decisis* no Direito pátrio.¹³

Nesse ponto, é interessante fazer uma breve apresentação da doutrina do *stare decisis*. Na tradição do *common law*, embora decisões pretéritas já fossem tomadas como parâmetro para o deslinde de outras futuras, não havia vinculação para o julgador. A transição para o sistema vinculativo ocorreu gradualmente, vindo a culminar, a partir do século XIX, com o surgimento do *stare decisis*. Ellen Gracie Northfleet, assim explica essa doutrina:

Pedra angular do sistema do *common law*, o poder vinculante dos precedentes judiciais ou *stare decisis*, como é usualmente referido, tem sido objeto de constante curiosidade entre nós. [...] A doutrina do *stare decisis* evoluiu e continua a evoluir através de uma intrincada rede de decisões vinculativas e não vinculativas. As últimas, embora sem força de precedente, podem ter efeito persuasivo sobre as futuras manifestações jurisdicionais. O peso específico das decisões (a hierarquia da corte de que promanam), bem como o peso relativo desses julgados (qualificação de seus prolores, bem como o fato de derivarem de manifestações unânimes ou apenas, eventualmente, majoritárias), faz do sistema um sutil jogo comparativo.¹⁴

Ainda de acordo com Ellen Gracie, a aplicação dos precedentes vinculativos apresenta as seguintes vantagens¹⁵: a experiência dos predecessores em benefício dos juízes atuais, a uniformização da aplicação do direito e a previsibilidade, que acrescentando ao ideal de segurança jurídica.

No Brasil, na busca pelo fortalecimento dos precedentes, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) instituiu o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência (ambos oriundos do outrora existente incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC/1973), o incidente de inconstitucionalidade, a repercussão geral e os recursos repetitivos, além de conferir força obrigatória às súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), antes conferida apenas às súmulas vinculantes.

A construção de uma *stare decisis* no sistema judicial brasileiro não por acaso se deu por meio de imposição legal. O baixo comprometimento dos órgãos judiciais com os

¹³ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

¹⁴ RE, Edward Dominic. *Stare decisis*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 282, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>. Acesso em 5 ago. 2021.

¹⁵ *Ibidem*, p. 281.

julgados pretéritos, seja eles de cortes superiores, seja do próprio órgão em que examinada a mesma questão, é herança da tradição legalista advinda da família da *civil law*.¹⁶

Embora exista essa amarra legalista, é possível perceber a formação de um movimento processual que visa promover o abandono de referências tidas como incontestáveis, de forma a permitir o surgimento de novas referências.

A insuficiência do sistema processual em oferecer razoável efetividade, segurança jurídica, coerência, entre outros valores relevantes, provocou a reflexão sobre o paradigma processual de que esses valores são alcançados por meio de decisões racionais fundamentadas na lei, abstraindo ao máximo o conteúdo fático e presumindo que só há uma solução adequada resultado de uma única interpretação legal. Hoje já se admite o respeito aos precedentes como um mecanismo processual mais concreto, por partir dos fatos, e mais flexível, por comportar mais espaço para interpretação.¹⁷

No Direito brasileiro, o magistrado tradicionalmente se orienta à aplicação da norma positivada para encontrar o desenlace da demanda posta em suas mãos, imbuído de ampla liberdade interpretativa e funcional. Dois exemplos do ordenamento que retratam essa ampla liberdade julgadora de forma a valorizar a prestação jurisdicional individualista é o controle de constitucionalidade difuso, realizado pelos órgãos especiais dos tribunais¹⁸ e, de forma mais pontual, mas igualmente ilustrativa, a postura do juiz perante as provas dos autos.¹⁹ Daí por que a aproximação com a família da *common law* por meio da importação do sistema de precedentes pode revelar uma solução saudável a ser construída de forma paulatina no enfrentamento dos desafios da morosidade e incoerência jurisprudencial.

¹⁶ Ferraz, destacando que foi preciso a imposição legal, no CPC/2015, da vinculação dos juízes e demais órgãos aos entendimentos emanados pelos tribunais superiores, afirma que “a história jurídica no Brasil está construída sobre as bases do *civil law*, em que as normas ocupam espaço central dentre as fontes do direito, e em cujo contexto o Poder Judiciário se movimenta. O direito processual mantém-se fortemente assentado sobre esses pressupostos, dentre os quais o de que a norma, enquanto principal fonte do direito, tudo resolve” (FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68).

¹⁷ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 72-79.

¹⁸ CF/1988: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

¹⁹ O artigo 131 do CPC/1973 previa: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Entretanto, ao se reproduzir a norma no CPC/2015, no texto do artigo 371, foi retirada a palavra “livremente”, o que pode ser interpretado como uma insatisfação dos produtores legislativos, representantes da sociedade, com a forma com que os magistrados atuavam dentro dessa liberdade de apreciação das provas.

STF e STJ: cortes de vértice

Um dos desafios práticos que o sistema judiciário brasileiro enfrenta para abandonar a visão difusa e individual de julgamento de demandas e partir para a construção de um sistema integrado,²⁰ em que a manifestação coletiva coesa tenha maior importância do que entendimentos particulares, é a transformação do olhar sobre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Passar a ver esses tribunais não como cortes de revisão, mas como formadoras de precedentes e, assim, abandonar a categoria de *cortes superiores* para adentrar o título de *cortes supremas* (ou de vértice), que são integradoras por natureza, pode ser a resposta, consoante aponta Mitidiero:

Alinhada a finalidade do processo civil como meio para tutela dos direitos em uma dimensão particular e geral com uma adequada distribuição das funções das cortes judiciárias, dois problemas surgem para consideração.

O primeiro deles diz respeito à caracterização das cortes judiciárias que se encontram no vértice da Justiça Civil. É possível pensá-las em *dois grandes modelos*: o de *Cortes Superiores* e o de *Cortes Supremas*, cada qual com seus pressupostos *conceituais, estruturais, funcionais e eficáciais* pertinentes. Sumariamente, as *Cortes Superiores* estão vinculadas a uma *compreensão cognitivista do Direito*, a jurisdição é entendida como *simples declaração de uma norma pré-existente* e o escopo está em *controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme*, sem que as *razões* expendidas pelos juízes possam ser consideradas como *fontes primárias do Direito*. As *Cortes Supremas* estão vinculadas a uma *compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito*, a jurisdição é entendida como *reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica* e o escopo consiste em *dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes*, entendidas as razões adotadas nas decisões como *dotadas de eficácia vinculantes*.

O segundo concerne ao enquadramento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em algum desses dois modelos. Se quisermos ter cortes judiciárias de vértice compatíveis com a maneira como o Direito é entendido hoje e que tenham condições de desempenhar suas altas funções de modo racional, é fundamental compreendê-las como um *todo orgânico* – isto é, desde uma perspectiva pensada a partir de *modelos coerentes*.²¹

No que concerne à adoção e à observância dos precedentes no sistema brasileiro, Mitidiero defende ser necessário definir funções distintas para as cortes judiciárias. Para

²⁰ O artigo 926 do CPC/2015 preceitua que é um dever institucional a busca por essa integridade sistêmica: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 110.

o autor, o marco diferenciador das cortes supremas em relação às cortes superiores é a forma de julgamento colegiado desses órgãos. Enquanto estas últimas focam na resolução do caso concreto, funcionando como uma corte de revisão, aquelas utilizam a demanda como ponto de partida para pensar e elaborar o direito que se declarará ao final do julgamento. Confira-se seus literais termos:

É justamente para evitar esse particularismo e essa inconstância que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes proativas e de adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal – cortes, portanto, que tomam a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é, de tutela do direito em uma dimensão geral. Como é da essência do Direito o seu caráter indeterminado, é de radical importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de definir o sentido com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto. Vale dizer: é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil.²²

É preciso observar que a transformação desse olhar e o aperfeiçoamento desse sistema estão em contínua construção prática, pois, diferentemente do sistema da *common law*, em que a vinculação dos julgadores a precedentes deu-se de forma natural, como parte da tradição jurídica, o sistema de precedentes brasileiro se corporificou, entre outras razões, também por uma necessidade premente de diminuição de acervos volumosos dos juízos de todas as instâncias.

Esse aspecto contribui para a ideia recorrente de que o julgamento por agrupamento equivale ao efetuado para a formação de um precedente. Ocorre que, apesar de serem coisas distintas, a busca pela importação de um sistema de precedentes no Direito brasileiro teve forte motivação no resultado pragmático que o julgamento de causas múltiplas oferece à prestação jurisdicional.

No nosso sistema atual, ainda é fortemente entrelaçada a ideia de formação de um precedente por meio de um julgamento por agrupamento. No entanto, a constituição de um precedente – compreendido aqui, de forma sintética, como um entendimento firmado

²² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 110.

em um julgado capaz de extrair norma do texto legal e, a partir dos fatos do caso concreto, contribuir com o desenvolvimento do Direito – não necessariamente se encontrará em uma questão ensejadora de múltiplas causas judiciais.

É possível que um precedente se origine de questão pouco comum nos escaninhos aguardando julgamento. E pode-se, também, pensar no inverso: causas que se repetem no Judiciário não suscitam, necessariamente, uma conclusão que forme um entendimento capaz de contribuir com a transformação do direito.

Com efeito, a duração razoável do processo e a economia processual são favorecidas com o procedimento judicial que promove o sistema de julgamento por agrupamento considerando aspectos que aproximam os casos e permitem a aplicação quase automática de um entendimento firmado em precedente.²³ É a partir da observação dessa realidade processual do Judiciário brasileiro que podemos compreender o sistema de precedentes pátrio, especialmente os institutos²⁴ da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

A sincera admissão de que uma das forças inerentes ao movimento de adoção de um sistema de precedentes deve-se à incapacidade prática de se julgar detidamente tantos processos quantos são aqueles que se avolumam nos acervos judiciais permite refletir sobre a verdadeira função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tal ponderação invoca ainda a necessidade de diferenciar as atividades revisionais (orientadas ao passado, revisando o que já foi feito), próprias das cortes superiores, da atividade de criação do direito a partir da interpretação da norma (orientadas ao futuro, ao desenvolvimento do Direito). Reavivando o estudo doutrinário de Mitidiero a respeito do papel próprio de uma Corte Suprema:

²³ Marinoni observa que “o respeito aos precedentes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando autor, réu, e os cidadãos em geral. Se os tribunais estão obrigados a decidir de acordo com as Cortes Supremas, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionalíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à Corte Suprema para fazer valer o seu direito, deixando de ser prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração pública. [...] O processo, a partir do instante em que seu desenvolvimento se torna irracional, passa a ter um custo despropositado para o Estado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 134-135).

²⁴ Assim como na obra da magistrada Thaís Schilling Ferraz, *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 131, o presente trabalho adota a “a concepção de instituto jurídico dada por Miguel Reale, que identifica as normas da mesma natureza que, em razão de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos mais complexos, mas dotados de homogeneidade (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 191)”.

A Corte Suprema – seja como *corte de vértice da organização judiciária*, seja como *corte constitucional* alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre *texto* e *norma jurídica*, o reconhecimento da *normatividade dos princípios* ao lado das *regras* [...]. Estruturalmente, a Corte Suprema é formada por *juristas oriundos de vários extratos sociais* – magistrados de carreira, advogados, membros do Ministério Público e professores universitários – e é competente para *orientar a aplicação do Direito* mediante *precedentes* formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma *fundamental importância* para consecução da *unidade do Direito*. A função da Corte Suprema é *proativa*, de modo que visa a orientar a interpretação e aplicação do Direito *por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais*, tendo a sua atuação direcionada para o futuro.²⁵

Assim, partindo da afirmação de que a orientação do Direito se faz por meio de precedentes, pode-se pensar que um dos desafios para o desenvolvimento de um sistema de precedentes no Direito brasileiro consiste na distinção prática de julgamentos por agrupamento e pelo formador de um precedente. Isso porque, a despeito de um precedente poder carregar em si a possibilidade de solucionar questões repetitivas, não é essa sua principal função.

O julgamento de representativo da controvérsia repetitiva tem por finalidade principal a definição de um resultado coeso a respeito de uma demanda que se repete de forma múltipla no Judiciário, de forma a servir de parâmetro para os julgamentos posteriores se fundamentarem. Por outro lado, o julgamento de um precedente objetiva se debruçar sobre o caso fático da demanda para definir um entendimento extraído do texto legal e, sendo aplicável a casos similares subsequentes, contribuir com o desenvolvimento do Direito.

Logo, um julgado que tenha firmado entendimento sob o rito da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, ou dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, não vincula os demais órgãos por se tratar de questão que se repete rotineiramente na prestação jurisdicional, mas, sim, porque houve um julgamento formador de precedente, com razões de decidir próprias de demanda. A esse respeito, assim se manifesta Marinoni:

Imaginar que casos repetitivos, apenas por isso, podem abrir oportunidade à atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não tem qualquer cabimento. Isso significaria completo desvirtuamento das funções destas Cortes Supremas. Faria

²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

supor que têm a função de definir critérios para a facilitação da resolução dos casos que se repetem. Ora, casos desse tipo podem não ter qualquer relevância para o desenvolvimento do direito. Na verdade, ao se criar fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos, corre-se o risco de esquecer da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí [...] *os precedentes formados em recursos extraordinários e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem rationes decidendi elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa.*²⁶

Essa diferenciação ainda pouco perceptível na prática judiciária é um dos entraves para a adaptação dos julgadores brasileiros, até mesmo porque a própria redação do CPC/2015, no ponto em que trata das demandas repetitivas, não deixa clara a distinção entre a formação de jurisprudência apta a solucionar casos repetitivos e a estruturação de um precedente. O já citado autor destaca essa dificuldade própria do texto legal:

A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça. Ora, isso nada tem a ver com a função das Cortes Supremas, que é a de definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. O exercício dessa função, por mudar o direito incrementadamente, acrescentando sentido à ordem jurídica vinculante, dá origem a decisões cujas *rationes decidendi* têm natural eficácia obrigatória.²⁷

Do ponto de vista prático, é possível observar que a herança dogmática encontra reflexo na forma de fundamentação de decisão ainda persistente na atual vigência do CPC/2015, em que se adota a força vinculante de entendimento firmado em precedente e, ao mesmo tempo, reforça-se o entendimento remetendo as razões da decisão a julgados com força meramente persuasiva. Essa forma de proceder é típica do julgamento do sistema *civil law*, em que não há aprofundamento dos casos anteriores considerados para solução da lide, conforme destacam Aurélio Viana e Dierle Nunes:

Na tradição do *common law*, as técnicas de extração e argumentação sobre a *ratio decidendi* são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem parte da cultura jurídica há séculos. [...] No *civil law*, apesar de os precedentes exercerem força (ainda que meramente

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 329.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

persuasiva), a dinâmica se dá de outro modo. Não há análise detalhada ou discussão profunda sobre as questões dos casos anteriores, seja do ponto de vista legal ou factual, e, ademais, não há praticamente nenhuma tradição na extração da *ratio decidendi* e *obiter dicta*.²⁸

Jurisprudência x precedente

Ao nos depararmos com um julgado em que a fundamentação é firmada em precedente, pode-se presumir que houve um exercício de analogia entre os dois casos, com a posterior conclusão de que a proximidade fática justifica a aplicação de suas razões de decidir, sendo isso suficiente para embasar a decisão judicial.²⁹ Entretanto, não é incomum encontrar julgados que se valem desse instituto como fundamento mas, a título de força argumentativa, colacionam jurisprudência no mesmo sentido do que foi concluído no precedente. Por vezes, usam-se até mesmo decisões outras que também aplicaram o precedente citado em casos similares.

Essa prática indica que, a despeito de haver um efetivo uso de precedentes em fundamentações judiciais, o Judiciário brasileiro ainda não renunciou à colação da jurisprudência como fundamento decisório. Ou seja, respeita-se o precedente, referenciando-o na decisão subsequente, mas não se renuncia à força quantitativa das decisões anteriores.

Ao conceituar jurisprudência e diferenciá-la de precedente, José Rogério Cruz e Tucci lembra que tanto a primeira quanto o segundo, assim como as súmulas “são produzidos exclusivamente pelos tribunais colegiados”. Sobre o termo jurisprudência, Tucci esclarece que:

Em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência – que é polissêmico – geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela,

²⁸ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Gen, 2017. p. 28.

²⁹ Taruffo esclarece que “o precedente fornece uma regra [...] que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os *factos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso [...]. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Tradução: Chiara de Tefé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 4, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia>. Acesso em: 4 maio 2019).

em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal.³⁰

Dentro do movimento ainda simbiótico de adoção de fundamento jurisprudencial com força persuasiva e de efetivo respeito a precedentes, também é possível observar o movimento contrário: a consolidação da jurisprudência sobre um tema previamente ao seu julgamento sob os ritos definidores de força vinculante da decisão que formará um precedente. Ou seja, não é incomum que, ao se iniciar julgamento de tema objeto de apreciação pelo colegiado em sua função de corte suprema, com o claro objetivo de se formar um precedente, já tenha havido em momentos anteriores debates e reflexões sobre a questão pelos órgãos fracionários em sua função de corte superior.³¹

A mudança de pensamento em relação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça pressupõe a alteração de tratamento dado aos seus julgados, diferenciando a formação de jurisprudência com a elaboração de um precedente cujas razões de decidir possam diferir de outras por sua relevância e potencial de desenvolvimento do Direito.

Michele Taruffo explica que a jurisprudência, ao contrário do precedente, não se forma por meio de um acórdão singular, mas da coleção de várias decisões que compartilham um mesmo entendimento. Ocorre que, justamente por se prestigiar mais a quantidade do que a qualidade, a jurisprudência fica mais suscetível a uma baixa análise crítica do direito que se está aplicando, aumentando as chances de contradições. Confira-se seus exatos termos:

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Revista Consultor Jurídico*, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 24 mar. 2021.

³¹ O próprio RE n. 557.178/SE, que será objeto de análise mais adiante, se fundou em uma coleção de julgados anteriores que firmavam e reafirmavam o entendimento de responsabilidade solidária entre os entes federados nas causas em que se pleiteia medicamento ou tratamento de saúde, conforme se observa no seguinte trecho: “Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16/8/2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17/6/2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ 18/2/2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2/12/2010. Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovimento do recurso”.

A importância prática do fenômeno que estamos considerando [a aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*] não necessita de longos comentários, uma vez que ela está diante dos olhos de todos: a pesquisa e o uso do precedente jurisprudencial tornaram-se, hoje, as ferramentas quotidianas do jurista prático, cuja utilização é tornada fácil – até excessivamente fácil – o que enfraquece o impacto da análise crítica – em decorrência dos meios informáticos e das bases de dados [...]. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões vêm citadas em apoio ao precedente [...]. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. [...] frequentemente, descobre-se que a jurisprudência é incoerente e contraditória: tratar-se-á então de estabelecer se há ou não jurisprudência *conforme*, se há uma jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é *incerta*, ou mesmo se há uma situação de caos jurisprudencial.³²

Além da importância de se diferenciar precedente de jurisprudência para que se possa entender a relevância do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em sua atuação como cortes supremas em um cenário de democracia constitucional, também convém pontuar que a prática de colação jurisprudencial não implica, necessariamente, respeito a precedentes. Ou seja, um julgado em que se desenvolve um raciocínio jurídico, seguido de uma conclusão abstrata e fundado em uma extensa lista de casos anteriores que firmam posicionamento no mesmo sentido não é suficiente para ser intitulado como precedente. É preciso, então, que se estabeleçam parâmetros que permitam reconhecer se uma decisão forma ou não um precedente, além do critério de “jurisprudência sedimentada”.

Taruffo afirma ainda que o processo de apreciação da demanda e julgamento não é o momento de definição do julgado como precedente. Esse reconhecimento só virá em casos subsequentes, por meio da atuação do juiz que buscar a *ratio* daquele julgado como apropriada para resolver a demanda no caso concreto. “É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente”.³³

Entretanto, convém atentar para o aspecto de instabilidade que se origina ao se atribuir ao julgador subsequente a responsabilidade de reconhecer ou não como um

³² TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 2-3, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia>. Acesso em: 4 maio 2019.

³³ *Ibidem*, p. 4.

precedente o julgado que se propôs, desde o início do processo de julgamento, formar um entendimento com força obrigatória. É a partir dessa compreensão que Marinoni diferencia as razões de decidir do precedente primevo daquelas da decisão subsequente: a primeira, prescritiva, tem força obrigatória, a segunda, descritiva, força persuasiva:

Tome-se em conta, ainda, o problema relativo a se saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em suas mãos para julgamento. Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de no futuro compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento. Note-se que, ao se supor que a Corte subsequente cria o precedente, estabelece-se um efeito retroativo, não desejável e admissível quando se tem em conta a segurança jurídica e a previsibilidade. O novo caso dá à Corte posterior apenas a possibilidade de compreender o precedente, que existe desde quando instituído pela primitiva Corte. Saliente-se que, ainda que se admitisse que o juiz do novo caso elabora a *ratio decidendi*, ter-se-ia então necessariamente duas *ratios decidendi*, uma elaborada pelo juiz do caso originário e outra pelo juiz do novo caso. É nesta dimensão que Julius Stone falou em *ratio decidendi* descritiva e em *ratio decidendi* prescritiva, atribuindo a esta última a qualificação de obrigatória, já que reveladora das razões que os juízes dos futuros casos estão obrigados a seguir.³⁴

Em que pese a existência de desafios e de críticas e a necessidade de sua superação, cabe registrar a reflexão de Taruffo sobre o papel dos precedentes e os riscos daquilo que podem se tornar:

Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintas de

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 163.

“raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.³⁵

A título de fecho deste item, pode-se concluir que um dos principais motivos para a construção de uma *stare decisis* no Direito pátrio é a busca pela coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade, bem como sua racionalidade e razoabilidade temporal. Tal objetivo, carregado de desafios práticos, reclama a imprescindibilidade de compreender as noções elementares do sistema de precedentes para que ele seja integrado com qualidade. Nesse sentido, convém questionar, em primeiro lugar, o que realmente constitui um precedente.

1.2 O QUE DEFINE UM PRECEDENTE?

O vocábulo “precedente” é genericamente definido como algo “1. que precede, que vem antes; antecedente; 2. ato, situação ou decisão que serve como parâmetro para deliberações futuras”³⁶.

Juridicamente, precedente designa a decisão judicial prolatada em um caso anterior, que é tomada como base para a análise de um processo posterior. Marinoni explica mais tecnicamente que “precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.³⁷

Edward Dominic Re, por sua vez, esclarece que o precedente é um começo a partir do qual o Direito evolui:

O juiz, no sistema do *common law*, afirma a pertinência de um princípio extraído da decisão do precedente considerado pertinente. Ele depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade do caso concreto que tem diante de si³⁸.

³⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia>. Acesso em: 4 maio 2019.

³⁶ AULETE, Francisco J. Caldas; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. *iDicionário Aulete*. Lexikon Editora Digital Ltda. Disponível em: <https://aulete.com.br/precedente>. Acesso em: 5 nov. 2021.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 153-155.

³⁸ RE, Edward Dominic. *Stare decisis*. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 282, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>. Acesso em: 5 ago. 2021.

Streck e Abboud, em artigo que analisa o “sistema de precedentes brasileiro”, alertam que esse instituto do *common law* não é similar à nossa jurisprudência vinculante³⁹. Os autores esclarecem que:

[...] o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde sempre precedente. [...] Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente. Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário.⁴⁰

Marinoni assevera que entender o que é um precedente a partir de sua diferenciação com outras manifestações de colegiados é insuficiente para se alcançar seu significado. Para esse autor, é necessário mergulhar no teor do entendimento firmado no julgado para compreender o que de fato a Corte elaborou sobre a questão de Direito⁴¹ em que se debruçou por ocasião da demanda apreciada e, assim, reconhecer ou não aspectos próprios de um entendimento judicial colegiado e primevo acerca de determinado assunto. Nesse sentido, Marinoni salienta:

O significado de precedente não é atingido apenas mediante a sua diferenciação dos conceitos de decisão, súmula etc., mas também a partir da consideração dos seus conteúdos e, especialmente, da porção que, em seu interior, identifica o que a Corte realmente pensa acerca de dada questão jurídica. [...], embora todo precedente tenha um conteúdo, esse pode ser limitado ou estendido conforme as necessidades dos casos

³⁹ Para Streck e Abboud, “o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do *common law*. (...) O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 21 out. 2021).

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 21 out. 2021.

⁴¹ Um precedente necessariamente diz respeito a uma matéria de direito, não se fixando no contexto fático-probatório do caso apreciado, o que permite maior flexibilidade na construção do pensamento judicial que firmará o entendimento a ser adotado como referência pelos demais órgãos, e seu potencial de aplicação em casos diversos (essa questão de direito é chamada de *point of law* no *common law*).

concretos, a permitir, assim, que o direito se desenvolva à medida que novas situações litigiosas chegam ao Judiciário⁴².

Contudo, a despeito do caráter inaugural, coletivo e abalizador, o julgado que se pretende tomar como um precedente deve guardar um viés subjetivamente flexível a ponto de não fechar sua aplicação somente ao caso concreto, mas, sim, permitir que os operadores seguintes tenham alguma liberdade de interpretação ao utilizá-lo, seja para o juiz, ao fundamentar prestação jurisdicional posterior, seja para as partes, ao desenvolver seu ônus argumentativo pela consideração ou não daquele entendimento que antecedeu a lide.

Bustamante, destacando essa subjetividade, aduz que “precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma”.⁴³

Outro ponto a considerar sobre os precedentes é a necessidade de se determinar a sua natureza, ou nas palavras de Edward Dominic Re, sua “autoridade”:

Na aplicação de um precedente, o jurista precisa determinar a autoridade desse precedente. Será ele *vinculativo* ou meramente *persuasivo*? Se ele for vinculativo, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau dessa aplicação.⁴⁴

Dessa forma, conforme esse renomado professor e jurista americano salienta, a aplicação do precedente não ocorre de forma automática. É preciso analisá-lo para identificar qual é sua fundamentação, ou seja, sua *ratio decidendi*, separando-a do *dictum*.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 153-155.

⁴³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Gen, 2017. p. 259.

⁴⁴ RE, Edward Dominic. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 283, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>. Acesso em: 5 ago. 2021.

1.2.1 *Ratio decidendi* e o *obiter dictum*

A expressão *ratio decidendi* pode ser literalmente traduzida como “razão de decidir”. Fredie Didier Júnior a conceitua como a “norma geral do caso concreto⁴⁵”. Mello e Barroso, por sua vez, explicam que a “*ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros”.⁴⁶ Marinoni acrescenta que “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.”⁴⁷

Extraír do julgado tido como precedente sua razão de decidir não é, contudo, tarefa fácil nem menos subjetiva, isso porque a doutrina, ao apreciar a questão da identificação da *ratio decidendi* de um precedente, varia entre tê-la como uma atividade interpretativa e um raciocínio por analogia.

Para Streck, Raatz e Morbach, mesmo na tradição do *common law*, a identificação da *ratio decidendi* é complexa e é alvo de constante debate da doutrina anglo-saxã:

Não por menos, Neil MacCormick (1987, p. 157) reconhece que a identificação da *ratio* configura a maior dificuldade de se obter um entendimento claro acerca da doutrina do precedente; dificuldade que “confunde” os pensadores jurídicos. Não apenas a *ratio* é, por vezes, de difícil separação do que é *dictum*, às vezes sequer é possível localizá-la (DUXBURY, 2008, p. 69, 71)⁴⁸.

Marinoni afirma que o julgador, ao selecionar um precedente e realizar a comparação dos casos, buscando a identificação das características que os aproximam de forma suficientemente apta a aproveitar o julgado anterior, está a exercer o trabalho de

⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 487.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 25, jul./set. 2016.

⁴⁷ MARINONI, L. G. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 220.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? *Revista Jurídica*, v. 1, n. 54, p. 320-321, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3IPKJCN>. Acesso em: 8 dez. 2021.

*distinguishing*⁴⁹, que não se confunde com o exercício interpretativo. Nesse sentido, o autor frisa que:

[...] embora a doutrina fale em interpretação de precedente, e conhecido e importante livro até mesmo tenha o título *Interpreting precedents*, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado [...]. Quando se fala em interpretação de precedente a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam, especialmente na delimitação da sua *ratio*. Nessa situação, a tarefa do juiz é analisar a aplicação do precedente ao caso sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente da técnica do *distinguishing*. É por isso que se diz que o juiz, mais do que interpretar, raciocina por analogia.⁵⁰

Todavia, não se deve concluir, a partir desse raciocínio, que a atividade judicante pode se tornar mecanicista, a ponto de se resumir o exercício de aplicação do precedente a uma comparação seguida de aproveitamento ou descarte da *ratio decidendi* declarada no julgado vinculante. Isso porque, mesmo que esteja expressamente declarada na ementa ou no voto vencedor a razão de decidir do precedente a ser utilizado, cabe ao julgador do novo caso apreciar a forma e os limites de emprego do entendimento formador do precedente.

Viana e Nunes destacam que a análise de um precedente, a identificação de sua *ratio* e o exercício de se sopesar sua aplicação a novos julgamentos implicam, necessariamente, a produção cognitiva e interpretativa tanto do julgador como de qualquer um que pretenda realizar o exercício hermenêutico. Ambos advertem ainda que,

[...] o direito jurisprudencial é aproveitado, no Brasil, há longa data. Apesar disso, percebe-se a falta de compromisso com o desenvolvimento de técnicas condicionantes à aplicação do direito jurisprudencial [...]. Muitos se dispõem a utilizar ementas e padrões anteriores como simples forma de simplificação do processo decisório, numa metodologia silogística [...]. Diferentemente da conclusão a que se poderia chegar pela adoção da “teoria” das Cortes Supremas, de Marinoni e Mitidiero, a hermenêutica jurídica demonstra que eventual declaração da *ratio decidendi*, por parte do tribunal instituidor do precedente, não ceifa o processo de interpretação dos juízes, tribunais e demais pessoas do povo, pois, como sustenta Thomas da Rosa Bustamante, com acerto, a determinação do peso dos precedentes é um

⁴⁹ A técnica da distinção (*distinguishing*) consiste no cotejo entre o caso em análise e o paradigma para, havendo similaridade, aplicar o precedente, ou, existindo diferença entre eles, afastar o efeito vinculante.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159.

processo hermenêutico, tendo em vista que tal processo perpassa as noções de compreensão e interpretação.⁵¹

Com efeito, ainda que haja diversas formas de se subtrair de um julgado sua *ratio*⁵² e as divergências doutrinárias relevantes quanto ao melhor tratamento que se deva dar à atividade judicante de aproveitamento ou rejeição de um precedente, é possível concluir que “esses métodos, apesar de díspares entre si, compartilham um mesmo pressuposto, a ideia de que o juiz cria o direito jurisprudencial, e ainda defendem que as normas criadas são invariavelmente vinculantes”.⁵³

Lado a lado com o entendimento do que é *ratio decidendi*, importa esclarecer o que vem a ser *obiter dictum* (singular) ou os *obiter dicta* (plural). De forma genérica, esse termo designa a parte acessória da decisão, por isso dispensável e não vinculante. Assim, segundo Barroso e Mello, “quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Diz-se, então, que constituem *obiter dicta* ou considerações marginais estranhas à decisão do caso”⁵⁴.

Barroso e Mello ressaltam, no entanto, que não convém descartar ou menosprezar os *obiter dicta* por acreditar serem eles irrelevantes do ponto de vista jurídico. Segundo os autores, eles podem ser indicadores dos rumos que tomarão a corte em julgamentos futuros:

Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande

⁵¹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Gen, 2017. p. 301-369.

⁵² Segundo Karl Llewellyn (1996, p. 77-89, citado por GRILLO, 2015, nota 22), há pelo menos 64 formas de se identificar as razões de decidir de um precedente (GRILLO, Marcela Fontenelle. *Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling*. Jus, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>. Acesso em: 8 jan. 2021.

⁵³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Gen, 2017. p. 301-369.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro*. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 28-29, jul./set. 2016.

relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem – enquanto *dicta* – orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros⁵⁵.

Edward Dominic Re, por sua vez, informa que o *dictum* não se confunde com a *ratio decidendi*, uma vez que se trata de “observação ou opinião e, como tal, goza tão somente de força persuasiva⁵⁶”. Dessa forma, a “força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*”.⁵⁷

Feita essa diferenciação, podemos agora tratar dos métodos de identificação da *ratio decidendi*.

Métodos de identificação da *ratio decidendi*

Quanto à *ratio decidendi*, embora não haja consenso sobre a forma de identificá-la e delimitá-la com o fim de posterior aplicação a caso subsequente, quatro métodos se destacam. São eles: o teste de Wambaugh, o método de Goodhart, o fático-concreto e o abstrato normativo.⁵⁸

Wambaugh parte do pressuposto de que a *ratio* é uma regra geral que, uma vez retirada ou alterada, implica, necessariamente, a modificação da conclusão do julgamento. Caso contrário, uma vez procedida a supressão da regra ou incluída palavra que inverta o seu significado e, ainda assim, prevaleça o desfecho encontrado pela corte julgadora, está-se diante de um precedente.

A crítica feita a esse método é que funciona somente para decisões que tenham percorrido apenas uma linha de raciocínio culminando em um único fundamento. Na hipótese de julgamento em que tenha sido elaborado mais de um pensamento a fundamentar a conclusão, retirando-se ou alterando-se sua regra geral proposta, ainda que

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 29, jul./set. 2016.

⁵⁶ RE, Edward Dominic. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Nothfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 283, abr./jun. 1994. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176188>. Acesso em: 5 ago. 2021.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 284

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159-161.

se conclua pela modificação do julgamento, o outro fundamento pode ser capaz de sustentar, por si só, a conclusão a que chegou a corte julgadora.

O segundo método, proposto por Goodhart, dá ênfase aos fatos do caso apreciado. O autor, que apresentou seu método em ensaio intitulado “*Determining the ratio decidendi of a case*” no *Yale Law Journal* em 1930, influenciou a base de todos os estudos posteriores a respeito do tema na *common law*. Seu método consiste em separar os fatos do caso concreto em materiais e imateriais, sendo os materiais aqueles que o julgador utilizou em sua decisão como fundamentais para o deslinde da demanda. Assim, tão relevante quanto o conjunto fático é a decisão que o apreciou.

A dificuldade nesse mecanismo de identificação da *ratio* é justamente definir quais os fatos presentes no caso foram considerados como imateriais pelo julgador. Isso porque não necessariamente o juiz se manifesta expressamente sobre os fatos assim considerados em sua análise, e não se pode concluir pela imaterialidade de um fato de forma implícita no raciocínio do julgador.⁵⁹

Igualmente relevante para o reconhecimento e delineamento da *ratio decidendi* em um precedente, o terceiro método, conhecido como fático-concreto,⁶⁰ se aproxima da técnica de Goodhart, pois propõe que a *ratio* de uma decisão é aquela que se identifica considerando os fatos tidos como relevantes e o resultado do julgamento, de forma que se possa afirmar que sempre estiverem presentes em uma demanda os fatos relevantes, necessariamente se terá a mesma decisão, independente de seus fundamentos. Dessa forma, “para o método fático-concreto, importa o que a corte decidiu com relação a determinado conjunto de fatos, não o que disse ou os fundamentos que invocou para justificar a decisão⁶¹”.

Os críticos desse método apontam que, além da evidente impossibilidade de se definir a relevância dos fatos da demanda sem se remeter aos fundamentos do julgador que assim as considerou, ocorre a definição de uma *ratio decidendi* extremamente restritiva, pouco servível a casos futuros, pois, para ser aplicada, há a necessidade de casos particulares idênticos.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159-161.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com a nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, ano 15, n. 3, p. 25-27, jul./set. 2016.

⁶¹ *Ibidem*, p. 25.

O quarto método, denominado abstrato-normativo, propõe que a *ratio decidendi* equivale ao entendimento da corte em seu julgamento, sendo essencial compreender o raciocínio percorrido para se chegar à adequação da norma imbuída de abstração capaz de atender não apenas aquele caso concreto, mas também outros similares.

A observação a ser feita a respeito desse método é seu potencial de amplitude ao ponto de ser aplicável a casos que sequer foram cogitados à época do julgamento primário, de forma a se tornar um entendimento superinclusivo, sem limites ao alcance de sua referência. Daí a importância de, conforme proposto pela técnica fática-concreta, levar em consideração as particularidades fáticas próprias do caso em apreço para a formação do precedente.

A despeito da dificuldade empírica de se concluir por meio da leitura posterior de um julgado qual foi a metodologia utilizada para a identificação da *ratio decidendi* de um precedente e a sua delimitação na aplicação em caso subsequente, é possível proceder ao exercício de observação entre um e outro, identificando quais os fatores elementares utilizados como razões de decidir e aqueles constantes de forma periférica.

A título de exemplo prático,⁶² cita-se a formação jurisprudencial a respeito da controvérsia envolvendo prescrição e decadência dos créditos relativos à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM)⁶³, que se embasa nas razões de decidir do Recurso Especial (REsp) n. 1.133.696/PE, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, e que tratou dos prazos de prescrição e decadência da cobrança da taxa de ocupação dos terrenos de Marinha⁶⁴.

No citado representativo da controvérsia, o relator se debruçou sobre o histórico legislativo a respeito do tema, especialmente sobre o artigo 47 da Lei n. 9.636/1998⁶⁵,

⁶² Não se pretende com o exemplo esgotar o tema da identificação e extração das razões de decidir de um precedente e sua aplicação em caso outro, por isso não se adentram aspectos relevantes nessa atividade como são a delimitação das várias *rationes* e sua legitimação considerando os fundamentos de cada voto proferido no julgamento e eventual ausência de ministro que compõe o órgão fracionário julgador.

⁶³ A CFEM é a contrapartida financeira a cargo da pessoa física ou jurídica devidamente habilitada para extrair substâncias minerais com o fim de aproveitamento econômico. É arrecadada pela Agência Nacional de Mineração e repassada à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal em percentuais que consideram a participação na produção ou a afetação pela atividade, tudo conforme o art. 20, § 1º, da CF/1988, regulado pelas Leis n. 7.990/1989 e n. 8.001/1990, recentemente alteradas pela Lei n. 13.540/2017.

⁶⁴ Terrenos de marinha são aqueles imóveis que se situam em área costeira marítima, fluvial ou lacustre, observando os parâmetros definidos no Decreto-Lei n. 3.438/1941, e que pertencem a um dos entes federativos (em sua maioria, à União). Seus ocupantes não são, portanto, proprietários, mas mero possuidores precários que devem pagar, entre outras prestações pecuniárias, a taxa de ocupação, conforme o previsto no Decreto-Lei n. 9.760/1946 e na Lei n. 9.636/1998.

⁶⁵ A Lei n. 9.636/1998 dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União.

com suas alterações posteriores, tendo chegado às seguintes conclusões: a) o prazo prescricional para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha é de cinco anos contados do lançamento do crédito, independente do período considerado (isso porque as alterações legislativas se referem tão somente à decadência); b) é inaplicável o prazo prescricional decenal do Código Civil por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo; c) até 24-8-1999, os créditos referentes à taxa de ocupação de terrenos de marinha não estavam sujeitos à decadência, somente à prescrição quinquenal; d) após 24-8-1999, data do início da vigência da Lei n. 9.821/1999, o prazo para constituição do crédito mediante lançamento decaí em cinco anos; e) a partir de 30-3-2004, data do início da vigência da Lei n. 10.852/2004, o prazo para constituição do crédito mediante lançamento decaí em dez anos. Confira-se a ementa do julgado com grifos nossos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TERRENOS DE MARINHA. COBRANÇA DA TAXA DE OCUPAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECRETO-LEI 20.910/32 E LEI N. 9.636/98. DECADÊNCIA. LEI 9.821/99. PRAZO QUINQUENAL. LEI 10.852/2004. PRAZO DECENAL MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ART. 8º, § 2º, DA LEI 6.830/80. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O prazo prescricional, para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha, é de cinco anos, independentemente do período considerado, uma vez que os débitos posteriores a 1998, se submetem ao prazo quinquenal, à luz do que dispõe a Lei 9.636/98, e os anteriores à citada lei, em face da ausência de previsão normativa específica, se subsumem ao prazo encartado no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 944.126/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/02/2010; AgRg no REsp 1035822/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/02/2010; REsp 1044105/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/09/2009; REsp 1063274/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04/08/2009; EREsp 961064/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31/08/2009.

2. A relação de direito material que enseja o pagamento da taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, por isso que inaplicável a prescrição delineada no Código Civil.

3. O art. 47 da Lei 9.636/98, na sua evolução legislativa, assim disponha:

Redação original: “Art. 47. Prescrevem em cinco anos os débitos para com a Fazenda Nacional decorrentes de receitas patrimoniais. Parágrafo único. Para efeito da caducidade de que trata o art. 101 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, serão considerados também os débitos alcançados pela prescrição.”

Redação conferida pela Lei 9.821/99: “Art. 47. Fica sujeita ao prazo de decadência de cinco anos a constituição, mediante lançamento, de créditos originados em receitas patrimoniais, que se submeterão ao prazo prescricional de cinco anos para a sua exigência.

§ 1º O prazo de decadência de que trata o caput conta-se do instante em que o respectivo crédito poderia ser constituído, a partir do conhecimento por iniciativa da União ou por solicitação do interessado das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da receita patrimonial, ficando limitada a cinco anos a cobrança de créditos relativos a período anterior ao conhecimento.

§ 2º Os débitos cujos créditos foram alcançados pela prescrição serão considerados apenas para o efeito da caracterização da ocorrência de caducidade de que trata o parágrafo único do art. 101 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, com a redação dada pelo art. 32 desta Lei.”

Redação conferida pela Lei 10.852/2004: “Art. 47. O crédito originado de receita patrimonial será submetido aos seguintes prazos: I –decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento; e II – prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento.

§ 1º O prazo de decadência de que trata o caput conta-se do instante em que o respectivo crédito poderia ser constituído, a partir do conhecimento por iniciativa da União ou por solicitação do interessado das circunstâncias e fatos que caracterizam a hipótese de incidência da receita patrimonial, ficando limitada a cinco anos a cobrança de créditos relativos a período anterior ao conhecimento.

§ 2º Os débitos cujos créditos foram alcançados pela prescrição serão considerados apenas para o efeito da caracterização da ocorrência de caducidade de que trata o parágrafo único do art. 101 do Decreto-Lei no 9.760, de 1946, com a redação dada pelo art. 32 desta Lei.”

4. Em síntese, a cobrança da taxa *in foco*, no que tange à decadência e à prescrição, encontra-se assim regulada: (a) o prazo prescricional, anteriormente à edição da Lei 9.363/98, era quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto 20.910/32; (b) a Lei 9.636/98, em seu art. 47, institui a prescrição quinquenal para a cobrança do aludido crédito; (c) o referido preceito legal foi modificado pela Lei 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, instituindo prazo decadencial de cinco anos para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se, todavia, o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência; (d) conseqüentemente, os créditos anteriores à edição da Lei n. 9.821/99 não estavam sujeitos à decadência, mas somente a prazo prescricional de cinco anos (art. 1º do Decreto n. 20.910/32 ou 47 da Lei n. 9.636/98); (e) com o advento da Lei 10.852/2004, publicada no DOU de 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, ocasião em que foi estendido o prazo decadencial para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

5. *In casu*, a exigência da taxa de ocupação de terrenos de marinha refere-se ao período compreendido entre 1991 a 2002, tendo sido o crédito constituído, mediante lançamento, em 05.11.2002 (fl. 13), e a execução proposta em 13.01.2004 (fl. 02) 6. As anuidades dos anos de 1990 a 1998 não se sujeitam à decadência, porquanto ainda não vigente a Lei 9.821/99, mas deveriam ser cobradas dentro do lapso

temporal de cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, razão pela qual encontram-se prescritas as parcelas anteriores a 20/10/1998.

7. As anuidades relativas ao período de 1999 a 2002 sujeitam-se a prazos decadencial e prescricional de cinco anos, razão pela qual os créditos referentes a esses quatro exercícios foram constituídos dentro do prazo legal de cinco anos (05.11.2002) e cobrados também no prazo de cinco anos a contar da constituição (13.01.2004), não se podendo falar em decadência ou prescrição do crédito em cobrança.

8. Contudo, em sede de Recurso Especial exclusivo da Fazenda Nacional, impõe-se o não reconhecimento da prescrição dos créditos anteriores a 20/10/1998, sob pena de incorrer-se em *reformatio in pejus*.

9. Os créditos objeto de execução fiscal que não ostentam natureza tributária, como sói ser a taxa de ocupação de terrenos de marinha, têm como marco interruptivo da prescrição o despacho do Juiz que determina a citação, a teor do que dispõe o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980, sendo certo que a Lei de Execuções Fiscais é lei especial em relação ao art. 219 do CPC. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1180627/SP, Primeira Turma, DJe 07/05/2010; REsp 1148455/SP, Segunda Turma, DJe 23/10/2009; AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Segunda Turma, DJe 13/03/2009; e AgRg no Ag 1041976/SP, Segunda Turma, DJe 07/11/2008.

10. É defeso ao julgador, em sede de remessa necessária, agravar a situação da Autarquia Federal, à luz da Sumula 45/STJ, *mutatis mutandis*, com mais razão erige-se o impedimento de fazê-lo, em sede de apelação interposta pela Fazenda Pública, por força do princípio da vedação da *reformatio in pejus*. Precedentes desta Corte em hipóteses análogas: RESP 644700/PR, DJ de 15.03.2006; REsp 704698/PR, DJ de 16.10.2006 e REsp 806828/SC, DJ de 16.10.2006.

11. No caso *sub examine* não se denota o agravamento da situação da Fazenda Nacional, consoante se infere do excerto voto condutor do acórdão recorrido: “[...] o primeiro ponto dos aclaratórios se baseia na *reformatio in pejus*. O acórdão proferido, ao negar provimento à apelação, mantém os termos da sentença, portanto, reforma não houve. O relator apenas utilizou outra fundamentação para manter a decisão proferida, o que não implica em modificação da sentença” (fl. 75) 12. Os Embargos de Declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso Especial provido, para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para prosseguimento da execução. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.⁶⁶

O referido recurso especial foi julgado em 2010 e suas razões de decidir serviram como base no enfretamento de questão diversa: prescrição e decadência dos créditos relativos à CFEM. Em 2014, partindo da percepção de que tanto a taxa de ocupação de

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial 1.133.696/PE*. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13-12-2010, DJe de 17-12-2010.

terrenos de Marinha como a CFEM constituem receita patrimonial, portanto, são crédito de natureza não tributária, a Segunda Turma, sob relatoria do Ministro Humberto Martins, desenvolveu raciocínio no sentido de que as conclusões a que chegou a Corte no Resp n. 1.133.696/PE se aplicam de igual forma às demandas relativas à prescrição e à decadência dos citados créditos. Segue ementa do julgado, com grifos nossos:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. RECEITA PATRIMONIAL. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.

1. A relação de direito material que dá origem à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM é regida pelo Direito Administrativo, tornando inaplicável as disposições de que trata o Código Civil, configurando os valores recolhidos a tal título em receita patrimonial.

2. O art. 47 da Lei n. 9.636/98 instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança de receitas patrimoniais. A Lei n. 9.821/99, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para a constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Com o advento da Lei 10.852/2004, publicada em 30 de março de 2004, houve nova alteração do art. 47 da Lei 9.636/98, para estender o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

3. No caso dos autos, as cobranças referem-se às competências de 1991 a 2006, cujo lançamento ocorreu em maio de 2007.

4. Os valores posteriores a agosto de 1999, quando entrou em vigor a Lei n. 9.821/99, legitimou à autarquia o lançamento no prazo de 5 anos, posteriormente alterado para 10 anos, de modo que poderiam ser constituídos até 2009. Tendo os créditos sido lançados em 2007, não há decadência a ser declarada, mantendo-se hígida a sua cobrança.

5. Exegese firmada no julgamento do REsp 1.133.696/PE, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), que embora trate de taxa de ocupação de terreno de marinha, deixa expressamente consignado sua aplicação às receitas patrimoniais.

Recurso especial provido em parte.⁶⁷

Assim, podemos perceber como elementar o fator “a taxa de ocupação de terrenos de marinha trata-se de crédito passível de execução fiscal destituído de natureza tributária, por isso aplica-se a ela o regramento do Direito Administrativo, afastando-se a prescrição prevista no Código Civil”. É desse entendimento que se pôde relacionar a equivalência da legislação definidora dos prazos prescricionais e decadenciais da taxa de ocupação de terrenos de Marinha com a da CFEM.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial 1.410.507/CE*. Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 23-10-2014, DJe de 30-10-2014.

A despeito de não ser possível, em uma observação posterior, limitada à leitura dos dois julgados, identificar qual a técnica utilizada para a extração da *ratio* do precedente sobre a taxa de ocupação de terrenos de Marinha para a formação jurisprudencial do tratamento dado à CFEM, pode-se concluir que o referido movimento só foi possível dada a carga de abstração e amplitude com a qual o primeiro julgado foi desenvolvido. Ao proceder a elaboração do pensamento de que a conclusão chegada em um pode ser adotada em outro, foi dado mais um passo na concretização do Direito firmado em precedente, pontuando sua aplicação prática. Nesse sentido, cabe destacar o entendimento de Barroso e Mello:

Nota-se, assim, que a *ratio decidendi* dos precedentes está sempre se redefinindo em alguma medida. Cada novo caso que a aplica pode ampliar o seu alcance. E os casos em que se produz uma distinção restringem a incidência de seu *holding*, excluindo-a em determinadas situações. Por isso, se afirma que o *judge made law* dá ensejo a um desenvolvimento incremental do direito. Cada nova ação, cada novo caso, acrescentam um plus de determinação e de detalhamento ao sistema.⁶⁸

No Resp 1.133.696/PE, pode-se pensar como fatores periféricos a constituir um *obter dictum* as premissas: “a relação de direito material que origina o crédito não tributário do Poder Público é regida pelo Direito Administrativo”, e “o despacho do juiz é o marco interruptivo do prazo prescricional da execução fiscal de crédito patrimonial, conforme o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980,⁶⁹ não se aplicando o previsto no artigo 219 do CPC/1973”⁷⁰. Passível, portanto, de futuros debates e reflexões, como “se é o Direito Administrativo o ordenamento legislativo mais apropriado a ser aplicado aos créditos de natureza patrimonial do poder público, pode-se adotar a hipóteses de interrupção da

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 30, jul./set. 2016.

⁶⁹ “O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: [...] O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”

⁷⁰ “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

prescrição previstas no artigo 2º da Lei n. 9.873/1999⁷¹ para as execuções fiscais que tenham por objeto a taxa de ocupação de terrenos de marinha e a CFEM?”⁷²

Mais ilustrativo ainda de um *obiter dictum* que, tratando-se de afirmação constante em julgamento de um precedente, é desprovido de força obrigatória, permitindo que se adote, inclusive, entendimento divergente, é a previsão de “respeito à coisa julgada” no REsp n. 1.495.144/RS, que definiu os índices de correção monetária e de juros moratórios nas condenações da Fazenda Pública. Confira-se sua ementa, com grifos nossos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA ADMINISTRATIVA EM GERAL (RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO).

TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

⁷¹ “Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III – pela decisão condenatória recorrível; IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.”

⁷² Na opinião da autora, é pouco provável que a legislação sobre ação punitiva administrativa subsista ante a legislação da execução fiscal somente sob o argumento de se tratar de crédito patrimonial a atrair o regramento do Direito Administrativo, por respeito ao princípio da especialidade. O que se quer chamar à atenção é a possibilidade de maior reflexão sobre o tema por não ter sido tratado no julgado de forma a constituir sua *ratio decidendi*.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária.

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art.

1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada.

Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC/73.

6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza administrativa em geral (responsabilidade civil do Estado). A União pugna pela aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, a título de correção monetária, no período posterior à vigência da Lei 11.960/2009.

Alternativamente, pede a incidência do IPCA-E. Verifica-se que a decisão exequenda determinou a aplicação do INPC desde a sua prolação "até o efetivo pagamento" (fl. 34).

7. No que concerne à incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), o artigo referido não é aplicável para fins de correção monetária, nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

Quanto à aplicação do IPCA-E, é certo que a decisão exequenda, ao determinar a aplicação do INPC, NÃO está em conformidade com a orientação acima delineada. Não obstante, em razão da necessidade de se preservar a coisa julgada, não é possível a reforma do acórdão recorrido.

8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ.⁷³

Observa-se que o ponto 4, “preservação da coisa julgada”, está inserido no capítulo das “teses jurídicas fixadas”. No entanto, apesar da ressalva feita à coisa julgada dentro do que aparentemente seja a *ratio decidendi* do precedente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão é, regra geral, em sentido contrário: o título executivo que define os índices de correção monetária e dos juros de mora não faz coisa julgada, por se tratar de obrigação de trato sucessivo e consectários legais da condenação, devendo-se observar àqueles previstos em lei nova superveniente. O referido entendimento alcança, também, a definição desses índices em precedente posterior à coisa julgada. Vale conferir a ementa de duas dessas decisões formadoras da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AFRONTA AO ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. CORREÇÃO

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial 1.495.144/RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22-2-2018, DJe de 20-3-2018.

MONETÁRIA. IPCA-E. RESP 1.495.144/RS E RE 870.947/SE. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA.

1. “A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.112.746/DF, afirmou que os juros de mora e a correção monetária são obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, devendo, portanto, ser aplicada no mês de regência a legislação vigente. Por essa razão, fixou-se o entendimento de que a lei nova superveniente que altera o regime dos juros moratórios deve ser aplicada imediatamente a todos os processos, abarcando inclusive aqueles em que já houve o trânsito em julgado e estejam em fase de execução. Não há, pois, nesses casos, que falar em violação da coisa julgada.” (EDcl no AgRg no REsp 1.210.516/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25/9/2015).

2. Agravo interno não provido.⁷⁴

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. COISA JULGADA. NÃO VIOLAÇÃO.

1. É firme o entendimento nesta Corte, no sentido de que “a aplicação de juros e correção monetária pode ser alegada na instância ordinária a qualquer tempo, podendo, inclusive, ser conhecida de ofício. A decisão nesse sentido não caracteriza julgamento *extra petita*, tampouco conduz à interpretação de ocorrência de preclusão consumativa, porquanto tais institutos são meros consectários legais da condenação” (AgInt no REsp 1353317/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 3/8/2017, DJe 9/8/2017).

[...]

4. Agravo interno não provido.⁷⁵

A despeito de essas decisões, assim como a da CFEM, não terem sido julgadas sob a sistemática dos recursos repetitivos, ambas podem ser consideradas obrigatórias, uma vez que foram emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, explicita Marinoni:

Todas as decisões que definem a interpretação ou atribuem sentido ao direito, em demandas repetitivas ou não, têm eficácia obrigatória. Assim, a eficácia obrigatória também é própria às *rationes decidendi* das decisões emitidas em recurso especial. Do mesmo modo que o STJ

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1.771.560/DF*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11-5-2020, DJe de 13-5-2020.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.696.441/RS*. Relator: Min. Sérgio Kukina, julgado em 23-2-2021, DJe de 26-2-2021.

tem a função de atribuir sentido ao direito federal infraconstitucional, as suas decisões, ainda que proferidas em sede de recurso especial “não repetitivo”, devem ser respeitadas pelos juízes e tribunais.⁷⁶

Some-se a isso o fato de que os citados julgamentos foram concluídos com votação unânime ou pela maioria do órgão fracionário.⁷⁷

Neste ponto, cabe, então, indagar: uma vez proferida pela maioria de uma corte superior, sendo a decisão eivada de força obrigatória, é possível afirmar que se está diante de um precedente?

A resposta não é necessariamente positiva, porquanto é por meio da observação dos motivos que determinaram a conclusão a respeito da norma interpretada com base nos fatos do caso que se procederá a identificação da *ratio decidendi*. E nem sempre haverá uma, pois, conforme esclarece Marinoni, a Corte não tem a obrigação de elaborar uma *ratio decidendi* em todos os casos em julgamento:

Caso o julgamento obrigatoriamente tivesse que elaborar uma *ratio decidendi*, as decisões majoritárias invariavelmente teriam que ter um fundamento sustentado pela maioria do colegiado. Claramente, a maioria do colegiado, no interior da decisão proferida por maioria, teria que necessariamente concordar em relação a determinado fundamento. Isso quer dizer que o consenso teria que ser imposto.⁷⁸

Assim, garantida a liberdade do julgador de desenvolver raciocínio próprio na construção do fundamento no qual baseará sua conclusão, é possível haver um julgamento por maioria em que nenhum dos votos no mesmo sentido (pelo conhecimento ou pelo não conhecimento, pela procedência ou pela improcedência) esteja fundado nas mesmas razões de decidir. São as chamadas decisões plurais.

Decisões plurais

As cortes de julgamento, justamente pela característica própria de numerosidade de julgadores apreciando uma mesma demanda, permitem que o resultado por maioria, a

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 22.

⁷⁷ Os Recursos Especiais n. 1.133.696/PE, n. 1.410.507/CE, e n. 1.495.144/RS, bem como o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.696.441/RS foram decididos por unanimidade.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 57.

despeito de convergir para uma mesma conclusão dispositiva, seja firmado em fundamentos diferentes e, dependendo do caso, até mesmo conflitantes.

Tomemos como cenário para exemplificação uma turma formada por cinco juízes. Em determinado julgamento, pode-se ter um voto pelo não conhecimento da questão, outro pela improcedência do pedido, e três concluindo pela procedência. Registre-se, contudo, que esses três votos iguais podem ter fundamentos diferentes. E isso pode variar em um mesmo julgamento no qual várias questões, com variados pedidos, estejam sob análise da turma julgadora. A situação descrita ilustra bem o que vem a ser as decisões plurais.

É importante observar que “uma decisão plural é majoritária quanto ao *resultado*, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria”.⁷⁹

Essa peculiaridade na formação do julgado pode não ser tão relevante nas cortes de revisão, mas são fundamentais nas cortes supremas por interferir diretamente no reconhecimento do julgado como um precedente ou, até mesmo, para fomentar a discussão capaz de superar um precedente firmado a partir de fundamento dissidente. Isso porque serão os votos com fundamentos convergentes, formando maioria, que poderão definir uma *ratio decidendi* formadora de um precedente (caso os três votos do exemplo adotassem o mesmo fundamento).

Se um dos votos da maioria for concorrente (um dos votos do exemplo adote fundamento diverso), apesar de garantir o resultado encontrado pelos três votos, impedirá a pretensão de se formar uma *ratio decidendi*, pois as razões de decidir do julgado estarão representadas por uma minoria do colegiado (apenas dois dos votos vencedores). E caso o voto vencido, que entendeu pela improcedência do pedido seja dissidente, ou seja, se ele se propuser a enfrentar o fundamento adotado pelos outros três votos vencedores, ele poderá instigar o debate a respeito da questão e, até mesmo, ensejar um possível *overruling*, isto é, a superação total do precedente. Sobre o tema, Marinoni apresenta esclarecimentos fundamentais para a compreensão dessa dinâmica:

O fundamento concorrente adere ao fundamento majoritário para sustentar um determinado resultado ou julgamento [...] tanto numa Corte Suprema quanto nos tribunais ordinários o voto concorrente significa um voto que concorda com o resultado, mas apenas concorre

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 37-39.

com o fundamento. O que faz a diferença é o efeito – de impedir a formação da *ratio decidendi* – que o voto concorrente tem nas Cortes Supremas. [...] voto divergente é aquele que fala em contrário sem qualquer preocupação em evidenciar que a *ratio decidendi* ou os fundamentos majoritários e concorrente estão equivocados ou não podem prevalecer [...] a real dissidência se opõe à *ratio decidendi* – e não aos fundamentos ou às *opinions* – para demonstrar as razões pelas quais ela não pode prevalecer como regra capaz de servir de guia para a solução de casos futuros. O voto dissidente assume real configuração, distanciando-se com clareza do mero voto contrário, quando se tem em conta sua intenção. O voto dissidente objetiva demonstrar o equívoco da *ratio decidendi*, tornando a questão de direito “suspensa”, ou melhor, num ambiente em que a comunidade jurídica se mantém estimulada a discuti-la.⁸⁰

Vale conhecer a forma de deliberar adotada no Supremo Tribunal Federal. Patrícia Perrone Mello explica que as decisões da nossa Corte Suprema são tomadas por agregação e por série (*seriatim*)⁸¹. No modelo por agregação, a soma dos votos dos julgadores é que decide o caso em julgamento, ou seja, os votos são plurais, dado que a decisão não é tomada em conjunto. Na decisão em série, os votos são produzidos por cada membro que, assim, expressa o seu entendimento individual e não o da corte.

Segundo Perrone, identificar a tese do julgamento, quando se adotam esses modelos, requer uma análise profunda de todos os votos para se identificar os fundamentos e o entendimento chancelado pelo colegiado. Tal situação torna difícil definir com clareza o alcance do precedente produzido pela Corte⁸².

Mello esclarece ainda que, em 2013 e 2014, uma pequena alteração foi realizada na forma de votação das teses no Supremo Tribunal Federal:

Cada ministro continuaria a votar individualmente e a deduzir os fundamentos do seu entendimento, conforme o procedimento já consolidado. Ao final do julgamento, e uma vez definido o seu desfecho, a Corte deveria determinar, em conjunto, a tese que servia de base ao julgamento proferido pela maioria. Esse pequeno ajuste do modo de decidir do Supremo permitiria ao menos que se explicitasse o entendimento que serviu de base à decisão, ou seja, permitiria que se esclarecesse a razão de decidir da Corte. A tese seria, portanto, uma

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 37-39.

⁸¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/139969/supremo_tribunal_federal_mello.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁸² *Ibidem*, p. 448.

síntese da interpretação definida pelo STF, aplicável a casos futuros idênticos.⁸³

Essa mudança, conquanto tenha facilitado a aplicação dos precedentes do Tribunal, permitiu também sua inobservância:

Essa providência tornou mais claros os precedentes do Tribunal. Facilitou a sua observância pelos juízos vinculados. Favoreceu a sua compreensão pelos jurisdicionados em geral. Pelas mesmas razões, tornou mais evidente a inobservância de tais precedentes. Deixou de ser necessário examinar em detalhe acórdãos de centenas de páginas proferidos pela Corte para buscar os argumentos comuns invocados na fundamentação dos votos de cada integrante da maioria, de modo a inferir o entendimento do STF. Em lugar disso, o próprio STF passou a oferecer uma síntese de tal entendimento, por meio da explicitação da tese do julgamento.⁸⁴

Após abordar conceitos fundamentais para o entendimento do *stare decisis*, veremos como essa doutrina vem sendo inserida no Direito pátrio, especificamente no cenário da judicialização das demandas sanitárias no Brasil.

1.3 DELINEAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

Conforme já visto, o Direito brasileiro, como ocorre na maioria dos países de cultura codificadora típica da *civil law*, não se estratificou como um sistema positivista, principalmente com o movimento de constitucionalização, em que a atuação judicial passou a se servir cada vez mais do arcabouço principiológico da Lei Suprema.⁸⁵ Uma

⁸³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 456, set./dez. 2019. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/139969/supremo_tribunal_federal_mello.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 456.

⁸⁵ Sobre o impacto do constitucionalismo, assim observa Marinoni: “Numa primeira visão alguém poderia negar qualquer ruptura de paradigma, preferindo aí enxergar mera reafirmação da supremacia da lei, sob o argumento de que a subordinação do Estado à lei teria sido levada à última consequência, consistente na subordinação da própria legislação à ‘lei maior’. No entanto, essa leitura constitui um reducionismo injustificável do significado da subordinação da lei à Constituição ou uma incompreensão das tensões que conduzem à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como mera ‘continuação’ dos princípios do Estado legislativo, pois significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 50-51).

das causas dessa ampliação jurisdicional é a impossibilidade prática de o legislador alcançar todas as hipóteses concretas a que a norma se propõe tutelar.

Marinoni aduz que a forma, o modo, a intensidade do dever de tutela são próprios da competência parlamentar, e a atuação judicial ante o caso concreto deve ser contida apenas para garantir as exigências mínimas da norma protetora constitucional. A essa atividade, o autor dá o nome de “controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador”:

Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao juiz atuar apenas para garantir que o dever de proteção *satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência*. Perceba-se que, mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário *garante o controle da insuficiência da tutela devida pelo legislador*. Na verdade, o controle da insuficiência tem, no raciocínio argumentativo judicial, o dever de proteção como antecedente lógico, no exato sentido de que o juiz, para controlar a insuficiência, deve verificar se há dever de proteção e analisar como a legislação deve se manifestar para não descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucional exigido.⁸⁶

Ocorre que, justamente na contramão dessa função mínima do magistrado, a atuação judicial vem cada vez mais se caracterizando pela interferência em atividades próprias do Poder Executivo e pelo preenchimento de lacunas legislativas,⁸⁷ firmando entendimentos de cunho majoritariamente legislativo em julgados emblemáticos.

Ilustrativamente, citam-se dois casos: (i) a mudança de jurisprudência a respeito do exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, em que, inicialmente se entendia ter o mandado de injunção efeitos meramente declaratórios, e em 2007, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua natureza substancial apta a garantir eficácia de direito fundamental, decidindo pela aplicação analógica da lei de greve que

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 55.

⁸⁷ Sobre a judicialização da saúde o Ministro Gilmar Mendes assim consignou na STA n. 175/STF: “Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os 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 de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”

regulava as relações trabalhistas na iniciativa privada⁸⁸; e (ii) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, em que se reconheceu a legalidade da “antecipação terapêutica do parto de anencéfalos”, afastando o seu enquadramento na tipificação penal dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Ao comentar essa ADPF, “Gervasoni e Leal destacam uma manifestação do voto da Ministra Ellen Gracie que afirmou que, no caso, estava-se tentando dar ao Supremo uma posição de legislador positivo, uma vez que com a autorização do aborto de anencéfalo estaria ‘fazendo-se prestar-se a Corte de 'atalho fácil' para obtenção de resultado que compete aos representantes eleitos do povo deliberar’”.⁸⁹

Como consequência desse crescente agigantamento do Poder Judiciário em relação aos outros Poderes, antigas problemáticas tornaram-se mais evidentes:⁹⁰ decisões conflitantes a respeito de um mesmo tema, por vezes dentro de um mesmo órgão julgador, são objeto de maior atenção dos intérpretes e aplicadores do Direito.

Como exemplo disso, apresenta-se o estudo de Paulo Vitor Bergamo Braga sobre a jurisprudência do TRF da 3ª Região relativa à judicialização da assistência farmacêutica. Em sua análise, o autor encontrou acórdão do Órgão Especial de 2008 em que, apreciando a alegação do ente estatal que deveria ser considerado os custos da procedência do pedido, apontou que a Municipalidade não havia juntado aos autos qualquer documento que comprovasse o impacto orçamentário da medida judicial. Por outro lado, em outras duas oportunidades, em 2012, em julgamentos da Terceira e Sexta Turmas, os entes estatais apontaram valores específicos do impacto financeiro da decisão de procedência, mas os relatores não adentraram a questão.⁹¹

Além disso, a ausência de limitação clara sobre a forma da prestação jurisdicional em demandas complexas como são comumente encontradas nos pleitos sanitários permite

⁸⁸ ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “república togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá* (Colombia), n. 27, p. 167-198, jul./dez. 2015.

⁸⁹ MEOTTI, Francieli Freitas; ZIEMANN, Aneline dos Santos; Protagonismo da jurisdição constitucional e a legalização do aborto de fetos anencéfalos, *In: LEAL, Mônica C. H. et al. (coord.). A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 49.

⁹⁰ Conforme pode ser depreendido do resultado de busca por artigos acadêmicos a respeito da judicialização em diversas áreas, no período entre 1992 e 2009, no Portal da CAPES: não apenas a quantidade de trabalhos sobre o tema aumenta conforme o passar dos anos, como se observa, a partir dos títulos, uma crescente preocupação com os limites e consequências desse movimento judicial.

⁹¹ BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação: análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 388.

determinações criativas por parte do julgador de forma a abalar a tão desejada segurança jurídica.

Schulze aponta diversas decisões que, determinando cumprimento de obrigação na área da saúde, advertem sobre a possibilidade de adoção de medidas coercitivas teratológicas, como a prisão do Secretário da Saúde ou seu afastamento do cargo, o corte do fornecimento de energia na sede da Secretaria Estadual de Saúde ou na residência do Secretário Estadual de Saúde, sequestro de valores na conta pessoal do gestor, entre outros.⁹²

A situação descrita demonstra a indispensabilidade de se trabalhar para uma maior previsibilidade da prestação jurisdicional. Isso porque se trata de decisões judiciais fundamentadas em normas legais que respaldam a efetiva necessidade de obter meios para o cumprimento da determinação judicial sanitária. A respeito da questão, Marinoni pontua como a legislação pode se tornar supérflua:

A previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal podem ser extraídas várias interpretações e normas jurídicas. A mera publicação de lei, como garante da previsibilidade, deixa de ter qualquer importância ao se saber que de um texto legal pode ser retirada uma pluralidade de significados. Nessa dimensão, bem vistas as coisas, o conhecimento do direito legislado chega a não ter relevância. Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas. Um sistema que realmente se preocupa com a previsibilidade não pode admitir que, depois da pronúncia da Corte Suprema, as condutas possam ser avaliadas ao sabor dos casos e conforme a opinião de cada juiz.⁹³

É nesse cenário de protagonismo judicial e crescente imprevisibilidade jurídica⁹⁴ que ganha relevo o delineamento processual do sistema de precedentes no Brasil.

⁹² SCHULZE, Clenio Jair. *Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a teoria da decisão judicial*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019. p. 69-70.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 107.

⁹⁴ Mariana Capela Lombardi Moreto observou que “exceto nas hipóteses de precedentes vinculantes, alguns (não se pode generalizar, jamais) de nossos julgadores sentem-se livres e confortáveis para decidirem como bem quiserem, mesmo que para isso tenham que ignorar posicionamento de corte superior. Infelizmente, a prática, nada benéfica, arraigou-se em nossa tradição jurídica” (MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 85. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 7 jun. 2021.

O presente trabalho se atém a explorar apenas o rito da repercussão geral por ser aquele que interessa à compreensão dos efeitos do julgamento do RE n. 855.178 RG/SE, objeto principal da pesquisa realizada.

1.3.1 Repercussão Geral

O delineamento do sistema de precedentes nacional se iniciou com a introdução do § 2º no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional (EC) n. 3/1993, que conferiu efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade.⁹⁵

Posteriormente, a EC n. 45/2004, inspirada principalmente nos sistemas estadunidense, alemão e argentino,⁹⁶ inaugurou os institutos jurídicos das súmulas vinculantes e o da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, o que ampliou e reforçou a já existente inclinação jurisprudencial de respeito aos julgados firmados pelas cortes superiores.

A partir dessa emenda constitucional, vista por muitos como uma verdadeira reforma do Poder Judiciário, a admissão dos recursos extraordinários, conforme determina o § 3º do artigo 102 da Constituição Federal,⁹⁷ passou a contar com mais um requisito: o recorrente precisa demonstrar de forma preliminar a repercussão geral das questões constitucionais que alega haver discussão a respeito.

Entretanto, em um primeiro momento, a eficácia imediata da referida previsão foi delimitada pela EC n. 45/2004 à hipótese de não conhecimento do recurso pela manifestação de dois terços dos membros da Corte Suprema. Isso porque a emenda constitucional deixou à cargo da legislação infraconstitucional o poder de regulamentar o sistema da repercussão geral, o que foi feito por meio da Lei n. 11.418/2006.

⁹⁵ DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. *Revista Direito UNIFACS* – debate virtual, Salvador, n. 175, 2015.

⁹⁶ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 119-121.

⁹⁷ CF/1988, Art. 102, § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).”

Com o intuito de regulamentar o § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, a referida lei de 2006 promoveu alteração no Código de Processo Civil, acrescentando os artigos 543-A⁹⁸ e 543-B⁹⁹ na seção destinada aos recursos extraordinário e especial.

A Lei n. 11.418/2006 previu também a ampla possibilidade de definição dos procedimentos processuais próprios da repercussão geral por meio do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, várias emendas regimentais (ER) foram editadas, sendo a primeira e a maior delas a ER n. 21/2007, que, além de prever a forma dos procedimentos a serem adotados pela Corte, trouxe previsão de competências específicas monocráticas e do Plenário.

Sendo a primeira norma a efetivamente regulamentar o sistema da repercussão geral no âmbito da Corte Suprema, a ER n. 21/2007 é o marco temporal para a exigência prevista no artigo 102, § 3º, da CF/1988 pelo Supremo Tribunal Federal e pelos órgãos judiciais de origem. Assim, em atenção ao princípio do *tempus regit actum*, “não há direito a regime jurídico anterior de processamento e julgamento do apelo extremo, apenas ao regime anterior de admissibilidade”¹⁰⁰, de forma que os recursos extraordinários anteriores à edição da ER n. 21/2007 não precisavam apontar a repercussão geral da questão levantada.

Quanto à reforma processual advinda do CPC/2015, observa Ferraz que “não provocou maiores questionamentos acerca da aplicabilidade das normas sobre repercussão geral, mantidas que foram, na sua essência, as disposições originárias quanto às características, à natureza, e aos contornos do instituto”.¹⁰¹

Na prática, o instituto da repercussão geral não delegou nova competência ao juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais de Justiça e Regionais realizados no momento posterior ao conhecimento do recurso extraordinário interposto na origem. No entanto, houve incremento a esse juízo de prelibação, de forma que, uma vez identificado pela instância competente que a matéria já foi reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se sobrestar o feito e aguardar o julgamento sobre

⁹⁸ CPC/2015, Art. 543-A: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.”

⁹⁹ CPC/2015, Art. 543-B: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.”

¹⁰⁰ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 129.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 129-130.

a questão. Somente depois disso é que se realiza o cotejo com o entendimento firmado no acórdão recorrido para concluir pela necessidade de juízo de retratação ou pelo prejuízo do recurso ante a conformidade do acórdão combatido com o tema definido pelo Supremo Tribunal Federal. Assim explica Ferraz acerca desse processamento:

Foi criado um inédito regime de processamento de recursos e de geração de efeitos sobre as ações individuais fundadas em idêntica questão constitucional, provocando mudanças substanciais no sistema de controle difuso de constitucionalidade e exigindo profunda adaptação nos modelos até então adotados, não apenas no STF, mas também nas instâncias recursais ordinárias e especiais.

[...]

A circunstância de ter sido a questão constitucional julgada no mesmo sentido do entendimento consolidado, uma vez confirmado já sob o novo regime, tornará prejudicado o recurso extraordinário, por ausência de interesse. Neste caso, diferentemente do que ocorre com as decisões contrárias, não haverá necessidade de modificação da decisão individual no tribunal de origem, em juízo de retratação.¹⁰²

É ônus do recorrente demonstrar em suas alegações de repercussão geral que a questão constitucional em debate carrega em si relevância e transcendência, sendo essa última o efeito que desborda dos sujeitos envolvidos na lide, ou seja, um efeito além das partes, substancialmente um efeito *erga omnes*.

Já a relevância deve ser especificamente notada em seu aspecto econômico, político, social ou jurídico, o que se verifica “a partir da análise do conjunto das manifestações dos ministros, quando levam a exame de repercussão geral as diversas questões constitucionais sob sua apreciação”.¹⁰³

Apesar da subjetividade que há nessa observação a respeito da necessidade de se conferir as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal para entender o que a Corte Suprema considera questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a tendência é de que a causa suscitada seja julgada como relevante, conforme destacado pela magistrada Taís Schilling Ferraz:

Pode-se extrair das decisões a este respeito, nas mais de 940 questões constitucionais levadas a exame de repercussão geral até o final da edição desta obra, que a avaliação tende a ser positiva (pela existência de repercussão geral), o que decorre da própria natureza

¹⁰² FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.131 e 137.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 133.

constitucional das questões e da previsão de que para a recusa haverá sempre necessidade de dois terços dos votos dos membros da Corte. Em aproximadamente 68% das controvérsias submetidas à análise, a repercussão geral foi reconhecida.¹⁰⁴

A despeito de haver previsão expressa na Constituição Federal do efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade,¹⁰⁵ bem como ser da própria natureza das súmulas vinculantes, Marinoni aponta que absolutamente todas as decisões do Supremo Tribunal Federal têm força vinculante em relação aos demais órgãos judiciais, pelo simples motivo de terem sido emanadas da Corte Suprema do ordenamento jurídico:

[...] é evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários *repetitivos* que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas *em todo e qualquer* recurso extraordinário. As *rationes decidendi* dos julgados proferidos pelo STF têm claro e inculcável efeito vinculante, conforme algumas decisões da própria Corte Suprema já puderam esclarecer. É um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em *recursos repetitivos* têm eficácia obrigatória.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.133.

¹⁰⁵ CF/1988, art. 102, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-22.

2. DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA PROCESSUAL

2.1 CENÁRIO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À SAÚDE

Para entender o movimento processual de difusão das demandas sanitárias, é preciso retomar o cenário judicial a partir da promulgação da Constituição de 1988,¹⁰⁷ que formalizou os direitos adquiridos pela reforma sanitária.¹⁰⁸

Esse cenário decorreu da consagração, no artigo 6º¹⁰⁹ da Constituição Federal de 1988, do direito à saúde como direito fundamental de aplicação imediata e eficácia plena, conforme se extrai do artigo 5º, § 1º,¹¹⁰ bem como da universalização desse direito previsto no artigo 196¹¹¹ da CF/1988.

Para cumprir essa disposição, o constituinte determinou no artigo 198, § 1º, a criação de um sistema único de saúde, organizado segundo as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Posteriormente, a Lei 8.080/1990 regulamentou as condições para sua implementação.

Cabe ao Estado, portanto, não apenas assegurar o direito à saúde, mas também promover as condições para que ele seja efetivamente garantido aos brasileiros. Essa tarefa, porém, não vem sendo plenamente cumprida, sob o argumento de haver óbices econômicos e orçamentários. Esse fato promoveu o fenômeno da judicialização da saúde, no qual o Poder Judiciário foi progressivamente demandado na busca da concretização desse direito.

Dessa forma, o Sistema Único de Saúde (SUS) passou, já na década de 1990, a ser alvo de inúmeras ações judiciais reivindicando medicamentos e tratamentos de toda

¹⁰⁷ O direito à saúde, além de outros direitos sociais, foi estabelecido no artigo 6º da CF/1988. A base jurídico-constitucional da proteção do direito à saúde está disposta nos artigos 196 a 200. O artigo 196 dispõe 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”.

¹⁰⁸ PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 15. jan./mar. 2014.

¹⁰⁹ CF: 1988: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015).”

¹¹⁰ CF/1988, Art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹¹¹ CF/1988: “Art. 196. 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.”

ordem, desde os ofertados por serem experimentais ou excessivamente caros até os que não são disponibilizados em razão de ineficiência administrativa.

Naquele primeiro momento, as prestações jurisdicionais não garantiam efetivamente a obtenção de medicamento ou de tratamento pelo particular custeado pelo poder público, ao fundamento de que teria o direito à saúde apenas caráter programático, de eficácia limitada¹¹² ou de que se estaria adentrando o mérito administrativo¹¹³.

Como exemplo de julgado que se valeu do argumento de serem as normas garantidoras do direito à saúde apenas programáticas, cita-se o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 6.564/RS, do Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 1996, o recurso foi indeferido segundo essa interpretação, conforme se pode conferir da leitura de sua ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. (...) NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS – AD EXEMPLUM, O DIREITO À SAÚDE – PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO – PELA VIA DO *MANDUMUS* – EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O *MUNUS* DE COMPLETÁ-LAS, ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, “OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA”, POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER” – DEVER DE SAÚDE – COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM *VINCULUM JURIS* GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, Oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga

¹¹² DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros. Direito à saúde: histórico, judicialização e prognóstico. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Victor Luna (coords). *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. p. 43.

¹¹³ RIBEIRO, Catarina de Sá Guimarães; QUEIROZ, Cristina Câmara Wanderley. Breve panorama da judicialização da saúde no Brasil e os reflexos dos julgamentos dos recursos repetitivos pelos Tribunais Superiores. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, p. 103, jul./set. 2019.

POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.¹¹⁴

A reviravolta da jurisprudência do direito à saúde ocorreu por volta do ano 2000, quando a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy¹¹⁵ foi internalizada no país. Segundo Duarte e Vidal, a partir da judicialização do tratamento de AIDS, embora se entendesse não ser possível a concessão de todos os pedidos relativos ao direito à saúde devido ao necessário equilíbrio com outros direitos fundamentais e à restrição de recursos, negá-los seria, ao mesmo tempo, negar a supremacia da Constituição. Sobre a teoria dos princípios de Alexy, os autores ressaltam a imperatividade advinda dos direitos fundamentais:

De fato, a teoria dos princípios pressupõe a existência de um núcleo essencial nos direitos fundamentais cuja concreção é imperativa, uma vez que a norma-princípio, por viger e ser cogente, carece de uma efetividade mínima. A delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta-se, pois, como importante tarefa a ser realizada pela ciência do Direito, já que, ao demarcar as prestações de um direito de concretização necessária, orienta a formulação de políticas públicas e seu controle judicial.¹¹⁶

Com o aumento do número de decisões judiciais determinando o fornecimento de medicação para tratamento do HIV/AIDS, outros portadores de diferentes enfermidades passaram a buscar na Justiça a realização do direito sanitário negado nas esferas administrativas, o que intensificou o fenômeno da judicialização da saúde.¹¹⁷

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564/RS*. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17-6-1996.

¹¹⁵ “Em se tratando do direito à saúde, de acordo com a teoria alexyana (2002, p. 495), conquanto o mesmo assumo a natureza das regras diante de seu núcleo essencial, o referido direito é também tutelado sob a ótica dos princípios (DUARTE, 2020, p. 166). Por conseguinte, impõe-se a aplicação da máxima da proporcionalidade, a partir da análise da adequação e da necessidade da prestação para a tutela da saúde da – a fim de se verificar as possibilidades fáticas da medida – e de sua ponderação com outros princípios e direitos opostos – a fim de se avaliar as possibilidades jurídicas decorrentes da proporcionalidade em sentido estrito.” (DUARTE, Luciana Gaspar Mesquíades; VIDAL, Víctor Luna (coords.) *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 75).

¹¹⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Mesquíades; VIDAL, Víctor Luna (coords.) *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. p. 25.

¹¹⁷ CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luís Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1.335, out. 2016.

A partir daí, o número de ações medicamentosas cresceu de forma vertiginosa, tendo sido o Judiciário instado a manifestar-se sobre os mais variados pedidos, desde o fornecimento de medicamentos e próteses, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para todos os tipos de doenças.

Como parte natural da construção jurisprudencial sobre um determinado tema, algumas ações se concentravam em analisar os aspectos mais processuais das demandas medicamentosas, enquanto outras adentravam de pronto o mérito da questão, por vezes garantindo o direito pleiteado em liminares ou antecipação de tutela.

Como exemplo de apreciação de aspectos processuais antes de se apreciar o mérito, cita-se a Apelação Cível n. 0008763-16.2003.8.07.0001, julgada em 16-8-2004, pela Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que foi apreciada a legitimidade do ente réu e o interesse de agir do autor. A Turma entendeu ser legítimo o Distrito Federal figurar no polo passivo de ação cominatória para fornecimento de medicamento para hepatite C, mesmo tratando-se de doença abrangida por programa desenvolvido pelo Ministério da Saúde, e afastou a alegação de ausência de interesse de agir por já ter sido fornecido o medicamento pleiteado em decisão liminar, pelo fato dos recursos processuais representarem resistência à prestação medicamentosa.

Ultrapassadas as questões formais, o Desembargador Cruz Macedo, Presidente da Turma e relator da ação, firmado no artigo 196 da CF/1988, teceu considerações a respeito da legitimidade de se adentrar o mérito administrativo no seio do Judiciário com o fito de garantir direito fundamental. Além disso, vale destacar neste feito a superação do entendimento de ser o direito à saúde norma meramente programática:

A previsão abstrata dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, que asseguram a todos o direito social à saúde e o qualificam como imperativo categórico do Estado, assim como a proteção do direito à vida como direito fundamental, mostram-se suficientes para a concessão do pedido proemial e consequente manutenção da sentença recorrida.

A falta de regulamentação dos dispositivos constitucionais por norma legal não impede a sua eficácia, porquanto, a teor do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas de direitos fundamentais gozam de eficácia imediata, não carecendo de qualquer regulação pela via infraconstitucional ou infralegal.

Sobre o tema, impõe-se a superação da tese das normas constitucionais meramente programáticas, máxime em se tratando de direitos fundamentais, em relação aos quais, por sua própria natureza, devem prevalecer os axiomas hermenêuticos da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, incompatíveis com a ilação de que as normas constitucionais se constituem meras promessas do Poder

Constituinte Originário, cuja utopia não deva ser compartilhada pelos demais entes do Estado.

A existência de regulamentação mais delimitada do direito à saúde, como sucede com a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, por força da Lei n. 9.313/96, embora diminua a indeterminação e a incerteza do conteúdo das normas de direitos fundamentais, não impede que o magistrado, no pleno exercício de sua tarefa de concretização dos programas normativos constitucionais, dê efetividade e delimite-os na situação concreta, dentro dos limites e possibilidades jurídicas e fáticas do caso.

Ademais, não se pode aceitar, como sugere o apelante, que haja um monopólio do Administrador quanto ao cumprimento dos preceptivos constitucionais, máxime os que estatuem direitos fundamentais.

A propósito, se há uma esfera de poder que mais teve ampliadas as suas competências rumo à concretização das normas constitucionais, esta é a do Poder Judiciário. Havendo necessidade de concretização das normas constitucionais que vai além da mera previsão legal e alcança o caso concreto, o intérprete mais autorizado para a sua efetivação é o Poder Judiciário.¹¹⁸ (Grifos nossos.)

Como exemplo de julgamento com cunho essencialmente meritório, cita-se o Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança n. 2002.01.00.030992-0, julgado em 26-5-2003, pela Segunda Turma do TRF da 1ª Região. Nessa ação, não foram apreciadas as preliminares de incompetência e legitimidade (ao fundamento de se evitar supressão de instância) e foram reconhecidos os requisitos necessários à concessão de liminar em mandado de segurança, consistentes na apresentação de receita médica (*fumus boni iuris*) e na gravidade da doença relatada (*periculum in mora*), adentrando, assim, no mérito, que se confundia com o pleito acautelador.¹¹⁹ Em sucinta análise dos fatos, o Juiz Relator Tourinho Neto assim apontou a presença dos requisitos autorizadores da concessão liminar que, na prática, garantiu o direito em discussão:

1. As preliminares de incompetência e de ilegitimidade passiva deverão ser apreciadas primeiramente pelo Juiz *a quo*, sob pena de supressão de instância.

2. A liminar em mandado de segurança tem como pressupostos básicos para a sua concessão a relevância da fundamentação e o fato de que, sem ela, a medida ao final não será eficaz. Requisitos que se exigem concomitantes.

3. Na hipótese, o *fumus boni iuris* está devidamente demonstrado, ante a receita médica apresentada, firmada pelo médico Ricardo

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Quarta Turma Cível). *Apelação Cível n. 0008763-16.2003.8.07.0001*. Relator: Des. Cruz Macedo, DJe de 28-10-2004.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Segunda Turma). Agravo Interno no Mandado de Segurança n. 2002.01.00.030992-0. Relator: Juiz Tourinho Neto.

Pasquini. Já o *periculum in mora* decorre da gravidade da doença de que é portador o agravado — leucemia mielóide crônica.

Junto com a crescente segurança do julgador em adentrar o mérito administrativo e assegurar o direito constitucional à saúde por meio de determinações práticas, em que os entes eram condenados a cumprir individualmente ações próprias de políticas públicas, houve também uma progressiva preocupação entre os pensadores do direito a respeito dos desdobramentos resultantes dessa atuação, conforme destaca Luís Roberto Barroso:

O sistema [...] começa a apresentar 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.¹²⁰

Conforme a matéria foi sendo apreciada pelos tribunais, surgiram iniciativas para organizar diretrizes jurídicas que norteassem essa atuação e evitassem entendimentos conflitantes dentro do Judiciário e entre os Poderes. Em 2008, o citado autor, Luís Roberto Barroso, então procurador do Estado do Rio de Janeiro, desenvolveu, a pedido da Procuradoria-Geral daquele Estado, um parecer a respeito da efetividade do direito à saúde e da possível judicialização excessiva sobre a questão.

Nesse trabalho, o autor pretendeu apresentar critérios e parâmetros que justificassem e legitimassem a atuação judicial na seara específica de fornecimento de medicamentos, reconhecendo ser esse um campo próprio das políticas públicas.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 35, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

Partindo da revisão doutrinária de Ronald Dworkin e Robert Alexy, em que pontuou a diferença da força normativa dos princípios e regras constitucionais¹²¹, lembrando pontos de tensão entre constitucionalismo e democracia¹²², o atual ministro do Supremo Tribunal Federal concluiu pela possibilidade legítima de interferência do Poder Judiciário em atividades pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo:

[...] podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador. [...] Sempre que a Constituição define um direito fundamental, ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.¹²³

Uma vez reconhecida a legalidade e legitimidade desse tipo de decisão, o autor propôs, então, os seguintes parâmetros como limites à atuação judicial: (i) em ações individuais, deveriam ser garantidos somente os medicamentos previstos nas listas elaboradas pelos entes federativos; (ii) em ações coletivas, poderia se discutir a alteração das listas de medicamentos em si; (iii) a legitimidade passiva deveria ser definida pela responsabilidade do ente quanto à lista em que está inserido o medicamento pleiteado.

¹²¹ Em apertada síntese, os autores contemporâneos explicam que regras são aquelas previsões normativas que não deixam margem para interpretações por parte do operador, devendo ser aplicadas mediante subsunção. Por outro lado, os princípios carregam em si um valor, devendo ser ponderados entre si no momento da aplicação ao caso concreto, visto que não há hierarquia entre eles.

¹²² Como a democracia é, em sua natureza, a manifestação da maioria por meio de representantes eleitos, não necessariamente ela garante a proteção de direitos fundamentais, que é o principal objetivo do constitucionalismo.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n.188, p. 39, jan./mar. 2009.

Além dessas proposições, Barroso sugeriu que o Judiciário garantisse apenas os medicamentos de eficácia cientificamente comprovada, preferencialmente disponíveis no país, por fornecedores situados no Brasil, além de se prestigiar os de menor custo, como os genéricos.

O próprio Poder Judiciário, diante da avalanche de ações judiciais sobre o tema, buscou soluções de forma a prover diretrizes e ferramentas para atender às demandas da população sem provocar desequilíbrios no sistema de saúde.

Uma das primeiras iniciativas nesse sentido foi a realização, em 2009, de audiência pública convocada pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal para ouvir especialistas e autoridades em matéria de saúde pública “objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde: Sistema Único de Saúde – SUS”¹²⁴.

Essa providência, no entanto, não foi capaz de conter o aumento da judicialização, conforme relata Vasconcelos¹²⁵: “O resultado da audiência, um ‘teste’ argumentativo que teria o condão de restringir a atuação de juízes *a quo*, surtiu pouco efeito sobre o volume de decisões judiciais contrárias ao SUS”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por seu turno, também preocupado com a questão, realizou pesquisa na qual verificou aumento de 130% nas ações de saúde:

Os dados apontam que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos em primeira instância, distribuídos em 17 tribunais estaduais de justiça; e 277.411 processos em segunda instância, distribuídos em 15 tribunais de justiça estaduais. O impacto no orçamento do Ministério da Saúde foi um aumento de 13 vezes nos gastos em atendimento a demandas judiciais: em 2016, chegou a R\$ 1,6 bilhão.¹²⁶

A fim de subsidiar os juízes, o CNJ editou a Recomendação n. 31/2010, que “orienta os juízes a ampliar as fontes de informações para concessão de pedidos e

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n. 4*. Processos, Audiências Públicas, 27, 28 e 29 de abril de 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3g2sab1>. Acesso em: 25 nov. 2021.

¹²⁵ VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/461>. Acesso em: 25 nov. 2021.

¹²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

envolver a comunidade médica e científica e os gestores públicos”¹²⁷. Além disso, instituiu por meio da Resolução n. 107 o Fórum Nacional da Saúde, para “o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”¹²⁸.

O referido fórum, após duas edições de *Jornadas do Direito à Saúde*, editou 67 enunciados interpretativos com orientações para subsidiar os juízes na tomada de decisões judiciais e no deslinde da questão relativa às demandas sanitárias. Infelizmente, o CNJ constatou na pesquisa que fundamentou o relatório propositivo o pouco uso dos enunciados pelos magistrados¹²⁹.

Sobre as pesquisas realizadas pelo CNJ, Duarte e Vidal salientam que o resultado revela o caráter redistributivo da judicialização da saúde:

Os dados produzidos nesta empreitada apontam no sentido de que tais demandas dizem respeito preponderantemente a prestações de elevada essencialidade, que tangenciam o direito à vida, e são majoritariamente patrocinadas pelos órgãos da Defensoria Pública, que exigem parca renda familiar para o enquadramento no rol de assistidos. Assim, os resultados produzidos por essas pesquisas revelam o exercício do mister redistributivo pela judicialização da saúde, por permitir a supressão de omissões indevidas do Estado na oferta do direito à população carente.¹³⁰

Na esteira de decisões que visavam satisfazer a busca por uma prestação sanitária necessária, começaram a surgir os mais diversos tipos de pedidos, dada a reiterada incapacidade do Estado de atender adequadamente a população. Em que pese a procura por soluções para o problema, o que se desenhou no cenário jurisprudencial nos anos seguintes até os dias atuais foi o contrário ao esperado. Casos em que medicamentos de alto custo ou mesmo em fase experimental foram garantidos por decisão judicial em ações

¹²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 31*. 30 de março de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

¹²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 107*. 6 de abril de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. P. 141, 2019 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

¹³⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Mesquidades; VIDAL, Víctor Luna (coords.) *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. (Livro Eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

individuais se tornaram cada vez mais comuns, sendo, inclusive, tema de matérias jornalísticas que, por seu alcance de divulgação, ajudaram a estimular esse tipo de pleito.

A título de ilustração, vale conferir estudo realizado em 2013 por profissionais do Instituto Nacional de Câncer sobre os processos judiciais recebidos pela instituição para parecer técnico, no período de seis meses naquele ano. Os pesquisadores estimaram em mais de R\$ 18 milhões de reais o custo de 158 processos judiciais que discutiam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos antineoplásicos¹³¹. Confira-se trecho do estudo:

[...], o modelo de assistência farmacêutica vigente no Sistema Único de Saúde (SUS), com seus componentes básico, estratégico e especializado, não contempla o fornecimento de medicamentos para a assistência em oncologia⁷. Além disso, não existe uma lista única de medicamentos antineoplásicos incorporados no sistema público de saúde, inexistente uma linha específica de financiamento destes medicamentos e as diretrizes clínicas em oncologia contemplam apenas alguns tipos de câncer. Seriam esses fatores possíveis motivadores para o grande volume de demandas judiciais por medicamentos antineoplásicos observado no Brasil? Seriam as demandas judiciais a ponta de um *iceberg*, alertando para a necessidade de melhor compreensão da complexidade da assistência farmacêutica em oncologia no país?

[...]

O valor total estimado das causas judiciais analisadas foi de R\$ 18.110.504,89. Neste total não foram contabilizados os valores estimados no processo judicial envolvendo o medicamento nelarabine, pois as informações financeiras não estavam disponíveis nos documentos analisados e inexistia preço registrado pela CMED para este medicamento em 2013. O valor médio estimado dos processos foi de R\$ 222.582,88, variando de R\$ 2.032,41 a R\$ 613.044,84.¹³²

Outro caso que pode ser considerado emblemático da judicialização pouco criteriosa de demandas envolvendo medicamentos é o da fosfoetanolamina. Em fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo respondia aproximadamente treze mil ações judiciais em que pessoas dos mais diversos lugares do país pleiteavam a substância chamada fosfoetanolamina sintética que, tendo sido objeto de estudo de uma dissertação de mestrado, teria surtido efeito positivo no combate ao câncer do tipo melanoma em camundongos.

¹³¹ Medicamentos que atuam na inibição de tumores, como os próprios para quimioterapia, por exemplo.

¹³² MORAES, Elaine Lazzaroni. *et al.* Demandas judiciais por medicamentos antineoplásicos: a ponta de um iceberg? *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 22, n. 8, p. 2545, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2017.v22n8/2539-2548/pt>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Segundo Bucci, a suposta eficácia da fosfoetanolamina e a via judicial como melhor meio de obtê-la foram difundidas pelas redes sociais sob a alcunha de “cura do câncer”, tendo convencido juízes de primeiro grau de sua relevância e indispensabilidade como opção de tratamento:

A substância não é um medicamento, não tem registro na Associação Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) nem percorreu etapas de pesquisa em animais e pesquisa clínica que se exigem para a sua adoção terapêutica em seres humanos. Não há certeza de sua eficácia, isto é, de que ela cure como se apregoa que faz. Também não há segurança em relação à sua toxicidade. Não há parecer médico ou estudo científico a garantir que o uso da substância seja benéfico ou curativo.

[...] Alastrou-se pelas redes sociais a notícia de uma “pílula do câncer”, que teria efeitos quase milagrosos; na crença popular poderia ser administrada a todo e qualquer paciente, para os incontáveis tipos da doença.

[...] Por esse caminho, no início em pequena quantidade, depois em números crescentes, o Poder Judiciário passou a servir de porta de entrada e saída, canal de circulação e distribuição da fosfoetanolamina.

Assim, para sermos sinceros, impõe-se corrigir a afirmativa acima: não era apenas a credence popular que atribuía à pílula azul os poderes de cura do câncer. Centenas (talvez milhares) de juízes, atuando desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal, também acreditavam nisso.¹³³

As decisões judiciais que deferiam a obtenção da fosfoetanolamina, independentemente dos fundamentos em que sustentadas, ignoravam, em sua maioria, regras básicas de competência, responsabilidade quanto aos riscos, além de prever determinações absurdas, como a da própria Universidade indicar a dosagem adequada ao paciente. Também se ameaçava a majoração das *astreintes* ou busca e apreensão, quando o magistrado se deparava com a lista de espera própria do tempo necessário à produção da substância.¹³⁴

Acreditar ser exagero que essa eclosão judicial tenha sido resultado principalmente da divulgação da citada substância nas redes sociais parece estar longe da realidade a respeito dos impactos que a propaganda de um fármaco pode ocasionar.

¹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

¹³⁴ SANTOS, Márcia Walquiria Batista. *et al.* O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 140-141.

Divaldo Pereira de Lyra Júnior verificou que 17,8% de 230 idosos atendidos em uma Unidade Básica de Saúde de Sergipe, no período entre abril e junho de 2007, admitiram utilizar medicamentos influenciados por propaganda. Em seu trabalho, o autor ressalta o relevante papel da publicidade no consumo medicamentoso da população:

A exploração do valor simbólico do medicamento – socialmente sustentado pela indústria farmacêutica, por agências de publicidade e empresas de comunicação – passa a representar um dos mais poderosos instrumentos para a indução e o fortalecimento de hábitos voltados para o aumento de seu consumo. Esse fenômeno ocorre em um contexto de uma sociedade na qual a ideologia de consumo, associada à visão mecanicista e biomédica do processo saúde/doença e à lógica de mercado, termina por levar a uma hipervalorização do papel do medicamento e à intensificação da “medicalização”. As indústrias farmacêuticas, por exemplo, gastam em média 35% do valor das vendas com a chamada “promoção farmacêutica”, publicidade e marketing de seus produtos. Nesse contexto, o impacto da propaganda de medicamentos e demais produtos relacionados à saúde influenciam tanto a prática dos profissionais do setor quanto às demandas das populações.¹³⁵

Mesmo as iniciativas do Ministério Público por meio de ações coletivas se mostraram, por vezes, inócuas para equacionar a problemática da profusão judicial medicamentosa diante da insuficiência das políticas públicas de saúde a cargo do Executivo.

Exemplo disso foi a tentativa de solucionar, em 2002, a insatisfatória atuação do Estado e do Município do Rio de Janeiro sobre a questão. Na ocasião, após quatro inquéritos e dois processos administrativos para investigar a situação de constante ineficiência da política estatal e municipal de fornecimento de medicamento, o Ministério Público do Rio de Janeiro ingressou em juízo com ação civil pública para que os entes fossem condenados solidariamente à solução da inação.

Após tratativas mediadas pelo juízo, acordou-se que seria criado uma central de atendimento única para a qual a Defensoria Pública, os Escritórios Modelos das Universidade e outros entes de assistência gratuita encaminhariam os cidadãos com pleitos medicamentosos.

¹³⁵ LYRA JÚNIOR, Divaldo Pereira de. *et al.* Influência da propaganda na utilização de medicamentos em um grupo de idosos atendidos em uma unidade básica de saúde em Aracaju (SE, Brasil). *Ciência, Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3501, nov. 2010.

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos,¹³⁶ em estudo sobre essa e outras ações civis públicas, observaram que, apesar da criação efetiva de órgãos administrativos para atender ao proposto pela ação do Ministério Público, o aumento vertiginoso de ações individuais fez com que as decisões liminares ocupassem a posição de principais “pacientes” dos centros:

No caso da ação dos medicamentos, a decisão judicial obrigava a construção de uma central única de medicamentos, tendo por objetivo promover maior racionalidade na distribuição de remédios, visto que os pacientes poderiam receber no mesmo local tanto os de competência do Estado, como os de competência do município. Todavia, o que de fato ocorreu após a decisão judicial foi a criação de uma Central de Medicamentos Municipal, cuja atribuição se resumiu quase exclusivamente a fornecer medicamentos considerados básicos. O Estado, por sua vez, demorou quase um ano para criar a sua central, o que provocou uma nova enxurrada de processos individuais pleiteando remédios. E assim, ironicamente, a central estadual, recém implantada, e ainda em caráter provisório, tem funcionado fundamentalmente como instância de administração das liminares [...].

Os pesquisadores concluíram, então, que a ação, além de não solucionar o problema, acarretou novos outros, como se pode conferir da leitura do trecho abaixo:

Um primeiro exame da questão, portanto, conduz à conclusão de que a ação coletiva aprovada pelo juiz está longe de ter equacionado a questão, trazendo, ademais, novos pontos de conflito administrativo e novos motivos de incerteza para o cidadão. Como disse a presidente da Associação de Renais do Rio de Janeiro: “Hoje estamos recebendo os remédios, mas continuo atenta porque nunca se sabe até quando isso vai seguir. A distribuição de medicamentos é sempre assim, eles entregam por um tempo e ficam sem entregar por outro” (entrevista, novembro de 2003).

Não por acaso, a percepção das lideranças ligadas à sociedade civil quanto aos efeitos da ação coletiva mostra-se reticente, como sugerem os depoimentos a seguir: “Acho que a ação civil pública não tem força política suficiente para pressionar o Estado a fazer algo” (Presidente da ARERJ). “A central está lá, mas onde estão os remédios? De que

¹³⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/hvtvbBWmWNCCqK5MwxY9DXM/?lang=pt>. Acesso em: 14 maio 2021.

adianta Central de Medicamentos sem medicamentos?” (Presidente da ADRETERJ).¹³⁷

A consistente crença de que cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de garantidor do direito à saúde pleiteado individualmente, aliada ao movimento jurisprudencial – que será melhor visto adiante – no sentido de não diferenciar o ente figurante no polo passivo quanto à responsabilidade pelo fornecimento do medicamento especificamente pleiteado, contribuiu para o avanço de demandas cada vez mais distantes do que poderia ser considerado necessário para a saúde básica. Em 2004, a superintendente da referida central estadual de fornecimento de medicamentos relatou que lidava com pedidos de medicamentos “fora dos padrões, como “ginko-biloba”, “viagra”, “cogumelo do sol”, ‘AS’”.¹³⁸

Reynaldo Mapelli Júnior, ao tratar do desrespeito à tipicidade das ações e serviços públicos de saúde, elaborou tabela com exemplos de produtos completamente atípicos fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, como adoçante, água de coco, bebida à base de soja, pilhas, shampoo e condicionador.¹³⁹

Anote-se que a baixa criteriosidade da documentação que serve de base para a argumentação medicamentosa não é característica exclusiva de julgamentos de grande repercussão pública, como o caso da fosfoetalamina. É um aspecto que pode ser encontrado em outros julgados sanitários e que revela uma deficiência substancial na judicialização desse serviço típico de políticas públicas.

Como demonstrativo da apreciação judicial deficiente, Sant’ana, analisando de forma profunda um reduzido número de casos tramitados na Justiça estadual do Rio de Janeiro, observou que “nenhuma prescrição mostrou-se adequada aos preceitos gerais e legais de boas práticas de prescrição, sendo encontrada uma mediana de cinco critérios em desconformidade por prescrição”.¹⁴⁰ O estudo aponta as possíveis consequências de uma decisão judicial embasada em prescrição médica insuficientemente fundamentada:

¹³⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, 2005, p. 777-843. Disponível em: <https://bit.ly/3H9GjPK>. Acesso em 14 maio 2021.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 798.

¹³⁹ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. 2015. Tese (Doutorado em Radiologia) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 261-262.

¹⁴⁰ SANT’ANA, J. M. B. *et al.* Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 45, n. 4, p. 717, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/tp4QT6pRRQg8c7KnsQGpkff/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

Preocupa o fato de que nenhuma das prescrições analisadas tenha respeitado todos os preceitos de boas práticas de prescrição selecionados e que tenham sido deferidas pelo Poder Judiciário sem exigência de adequação às leis sanitárias vigentes.

Erros em prescrições podem levar a uma série de problemas relacionados ao uso do medicamento, como, por exemplo, troca do medicamento e/ou substituição das formas farmacêuticas na dispensação, administração do medicamento pela via errada, na dose errada, uso do medicamento além ou aquém do tempo necessário ou não adesão ao tratamento. Considerando que o foco das demandas judiciais de medicamentos, na perspectiva jurídica, é a saúde do paciente litigante, seria importante que a apreciação do Judiciário exigisse ao menos o cumprimento dos requisitos mínimos para uma prescrição segura e adequada, dos quais grande parte trata-se de exigências legais.¹⁴¹

Um outro problema detectado nessas ações medicamentosas é o entendimento expressado pelo senso comum, segundo o qual há uma cultura institucional de confiança na figura do médico. Em razão disso não é constante a apresentação de impugnações da parte contrária ou mesmo atos de ofício por parte do magistrado que requeiram providências para assegurar a integridade da prescrição médica em que se embasa o pedido de fármaco. Além disso, é persistente a preocupação com possíveis organizações informais que tenham como finalidade inserir no mercado farmacêutico determinado remédio ainda não incorporado ao sistema de saúde pública, utilizando-se do aparato judicial e do custeio público como um facilitador desse objetivo.

Lucas Oliveira Faria e Patrícia Borba Marchetto observam como a judicialização da saúde, embora prestigie o direito fundamental perseguido pelo cidadão, pode servir de facilitador para o efetivo comércio de medicamento novo:

É certo que, em um cenário em que a maioria dos pedidos feitos e deferidos na área de medicamentos referem-se a fármacos ainda não presentes na lista de dispensação do SUS, é economicamente viável para a indústria farmacêutica a judicialização da saúde, assim como também favorece a advocacia privada que possui grande volume de trabalho e, por consequência, relevantes ganhos.

Ainda no ano de 2016 foi amplamente noticiado que o Ministério da Saúde suspeitava de uma suposta rede envolvendo médicos, pacientes, advogados e juízes em uma movimentação chamada de “máfia da judicialização” [...].

[Há indícios que] chamam a atenção para uma forma de utilização do Judiciário para satisfazer os interesses da indústria farmacêutica, que

¹⁴¹ SANT’ANA, J. M. B. *et al.* Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 45, n. 4, p. 719, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/tp4QT6pRRQg8c7KnsQGpkff/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

força o Estado a fornecer medicamentos com urgência e, ainda, sem estes estarem devidamente incorporados ao sistema de saúde, ou seja, a judicialização funciona como uma via rápida para a incorporação das novidades farmacêuticas ao público (FALAVINHA, 2013).¹⁴²

Como se pode constatar, a judicialização da saúde estabelece um paradoxo: de um lado o Judiciário assume papel preponderante diante da ineficiência do Estado em garantir um direito básico. De outro, a excessiva judicialização interfere nas políticas públicas e causa desequilíbrios que terminam por retroalimentar um sistema deficiente. A questão é complexa e exige constante debate e estudo, além de demandar diferentes formas de lidar com o problema.

Diante do exposto, resume bem o cenário das ações medicamentosas a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em seis tribunais estaduais, compreendendo os anos de 2011 e 2012. O estudo traçou o perfil das ações e decisões judiciais e encontrou as seguintes características em comum:

Foco curativo das demandas: as demandas apresentadas versam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.). Isto evidencia que a judicialização da saúde ainda versa sobre uma dimensão bastante parcial de todas as ações e serviços de saúde que devem ser prestadas pelo poder público.

Predominância da litigação individual: a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde.

Tendência de deferimento final e na antecipação de tutela: na maioria dos casos, houve deferimento do pedido de antecipação de tutela sem pedido de informações complementares. Além disso, na maioria dos casos houve confirmação do deferimento do pedido na sentença de 1ª instância e também no acórdão de 2ª instância.

Pouca menção à Audiência Pública do STF: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência a Audiência Pública que o STF realizou em 2009 a respeito da judicialização da saúde, tampouco adotou quaisquer posições que estiveram presentes nesta audiência.

Pouca menção ao CNJ: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do CNJ sobre o tema, especialmente as Recomendações n. 31 e 36, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar na atividade judicante.

¹⁴² FARIA, Lucas Oliveira; MARCHETTO, Patrícia Borba. Judicialização da Saúde: atores e contextos de um fenômeno crescente. *Revista de Direito Brasileira*, v. 26, n. 10, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4660>. Acesso em: 20 nov. 2021.

*Pouca menção ao Fórum Nacional e aos Comitês estaduais: a maioria das decisões não citou ou tomou como referência as contribuições do Fórum Nacional de Saúde e dos Comitês estaduais na atividade judicante.*¹⁴³

Todos os pontos elencados acima e os referidos nos parágrafos anteriores são desafios que permeiam a eficiência e a efetividade da prestação sanitária na prática. Portanto, tendo isso em conta e dentro do escopo traçado no capítulo anterior, percebe-se que a apreciação de demandas na área de saúde em julgamentos formadores de precedentes pode ser um caminho processual satisfatório na tentativa de se alcançar coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade de todo um ramo do direito, o sanitário.

Assim, a seguir serão lembrados alguns dos principais entendimentos judiciais na área da saúde firmados em precedentes que visam alcançar esses preceitos tão desejados pelo ordenamento.

2.1.1 Principais precedentes das cortes supremas na área da saúde

Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda em 2007, surgiu a primeira demanda sanitária sobre medicamentos em que se reconheceu a repercussão geral.¹⁴⁴ O RE 566.471/RN (Tema 6/STF)¹⁴⁵ discutiu o fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado a pessoa portadora de doença grave que não tenha condições de arcar com o dispêndio do fármaco. Os dispositivos constitucionais invocados pelas partes para defender os diversos pontos de vista foram os artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988.

Mesmo tendo havido o julgamento do mérito em 11 de março de 2020, com a negação do provimento do recurso extraordinário interposto pelo ente estatal (Estado do Rio Grande do Norte), a tese ainda está pendente de ser firmada, tendo o Ministro Gilmar Mendes pedido vista dos autos.

¹⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3KPRbVj>. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹⁴⁴ Optou-se por descrever as principais teses firmadas em precedentes que envolvem diretamente pelo menos um dos entes públicos federais, omitindo-se aqueles referentes a contrato de plano ou seguro de saúde, de caráter eminentemente privado.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 566.471/RN*. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 11-3-2020.

A última decisão colegiada, proferida na sessão virtual de 21-8-2020 a 28-8-2020, apresentou os conteúdos de tese propostos pelos Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, e Roberto Barroso, nos seguintes termos:

Decisão: Após o voto do **Ministro Marco Aurélio (Relator)**, que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”; do voto do **Ministro Alexandre de Moraes**, que fixava tese no seguinte sentido: “Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”; e do voto do **Ministro Roberto Barroso**, que fixava a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, 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”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. (Grifos nossos.)

Da leitura perfunctória das propostas, pode-se observar que houve um olhar mais adstrito à situação do requerente, como o que ofereceu o Ministro Marco Aurélio, ao apontar como critérios apenas a comprovação da imprescindibilidade (aí entendida a demonstração de adequação e necessidade do medicamento), da impossibilidade de substituição do fármaco, da incapacidade financeira do requerente e da família afetiva ou dos civilmente obrigados a prestar assistência alimentar.

Ou seja, cabe indagar: uma vez juntado aos autos laudo médico que confirme a adequação, necessidade, insubstituibilidade, bem como o reconhecimento de hipossuficiência, já se poderia obrigar o ente público demandado a fornecer o medicamento de alto custo não incorporado ao Sistema Único de Saúde (SUS)? E como deveria ser feita a comprovação de que nenhum outro membro da família afetiva tem condições financeiras de arcar com o dispêndio do fármaco?

Por outro lado, há considerações relevantes levantadas pelos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso: a valorização da autoridade médica responsável pelo laudo,¹⁴⁶ a necessidade de ser prestigiada a medicina baseada em evidências,¹⁴⁷ e o respeito com a manifestação do Poder Executivo por meio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) sobre o medicamento pleiteado.

Houve também, por parte do Ministro Luís Roberto Barroso, apontamento acerca da necessidade de ser demandado o ente legalmente competente para a incorporação de novos medicamentos ao SUS, a União. Também jogou luz o Ministro sobre a necessidade de trocas interinstitucionais para identificar o preenchimento dos requisitos, e para que se

¹⁴⁶ Já houve a tese sustentada pelos entes federados de que somente laudo elaborado por médico do SUS poderia servir de embasamento probatório da necessidade de medicamento fornecido pela Administração Pública. Entretanto, o entendimento sedimentado no STJ é no sentido de que “é admissível, em sede de mandado de segurança, prova constituída por laudo médico elaborado por médico particular atestando a necessidade do uso de determinado medicamento, para fins de comprovação do direito líquido e certo capaz de impor ao Estado o seu fornecimento gratuito” (AgRg no Ag 1.107.526/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18-11-2010, DJe de 29-11-2010).

¹⁴⁷ Em maio de 2006, o Ministério da Saúde aprovou a Portaria n. 971/MS, que inaugurou a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares, sendo essas entendidas como atividades “desenvolvidas por meio de ações integradas de caráter interdisciplinar, entre as quais se incluem a Medicina Tradicional Chinesa, a Homeopatia e a Medicina Antroposófica, os Recursos Terapêuticos como a Fitoterapia, as Práticas corporais e meditativas, e o Termalismo-Crenoterapia” (TELESI JÚNIOR, Emílio. Práticas integrativas e complementares em saúde: uma nova eficácia para o SUS. *Estudos avançados*, 30, 86, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100007>. Acesso em: 20 maio 2021).

inicie procedimento sobre a viabilidade, ou não, de incorporação do medicamento ao sistema.

Frise-se que essas considerações do Ministro Barroso são interessantes à presente pesquisa por demonstrar uma preocupação prática com temas que se abordarão mais à frente: competência dos entes federados no fornecimento de medicamentos (responsabilidade solidária) e necessidade de diálogos interinstitucionais (decisões estruturantes).

Ainda no que diz respeito a esse julgado, convém registrar o lapso temporal decorrido entre o surgimento da demanda no Supremo Tribunal Federal, em 2007, e o julgamento de mérito, em 2020, estando, até o momento atual, pendente a definição da tese de repercussão geral e, portanto, da *ratio decidendi* norteadora de julgamentos posteriores.

Outro entendimento firmado em precedente foi o de ausência de obrigação constitucional de o Estado fornecer medicamento experimental, sendo, em regra, improcedente o pedido judicial de pleito medicamentoso sem registro na Anvisa. A repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 657.718/MG (Tema 500/STF) foi reconhecida em 2011 e o julgamento, concluído em 2020, definiu os três requisitos necessários para se excepcionalizar a regra de indeferimento judicial, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIACÃO DO PEDIDO DE REGISTRO.

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente

excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). **Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (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. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.**

4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”.¹⁴⁸ (Grifos nossos.)

Cumprе ressaltar nesse julgado a preocupação da Corte com a correta escolha do ente demandado, considerando sua competência legal. Após o precedente, portanto, pode-se afirmar que não é possível provocar judicialmente Estado ou Município para custear medicamento não registrado na Anvisa, ainda que outrora tenha havido o entendimento de que os entes federados podem ser igualmente demandados para prestação sanitária, como será explanado mais adiante. Também aqui chama-se à atenção o período de aproximadamente dez anos entre o surgimento da questão e sua resolução pela Corte.

Superior Tribunal de Justiça

No que diz respeito aos principais precedentes emanados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a judicialização da saúde envolvendo os entes federais, destaca-se

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 657.718/MG*. Relator p/ o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 9-11-2020.

o Tema 84/STJ, que retirou do texto do artigo 461, § 5º, do CPC/1973¹⁴⁹ a regra de legitimidade da determinação judicial de sequestro de valores do ente público demandado com o intuito de coagi-lo a efetivar o direito ao medicamento reconhecido pelo julgador. Assim se pronunciou o Ministro Relator Napoleão Nunes, em seu voto:

3. Vê-se da leitura do artigo [461, § 5º, do CPC/1973] que o legislador possibilitou ao Magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a medida que, ao seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. A norma apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração.

4. Dessa forma, é lícito ao Julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Mormente no caso em apreço, no qual a desídia do ente estatal frente ao comando judicial emitido pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida da parte demandante.

5. Sendo certo, portanto, que o sequestro ou o bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objeto da tutela deferida no Juízo Singular, mostra-se válida e legítima.

6. Frise-se, ainda que, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados (AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.09.2008).¹⁵⁰

Anos mais tarde, em 2017, na esteira do referido entendimento, debruçando-se sobre o mesmo texto de lei, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça assentou o Tema 98/STJ, reconhecendo também a legitimidade da fixação de multa cominatória em demandas medicamentosas, uma vez observada a razoabilidade do valor arbitrado. Vale a leitura das razões de decidir adotadas pelo Ministro Relator Benedito Gonçalves:

¹⁴⁹ CPC/1973, Art. 461, § 5º: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.069.810/RS*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23-10-2013, DJe de 6-11-2013.

A problemática acerca da efetivação dos provimentos judiciais que impunham o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer sempre foi notória, porque dependiam da colaboração espontânea do devedor. Diante disso, viu-se obrigado o legislador a criar mecanismos que pudessem conjurar essa impropriedade, como, v. g., o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente o art. 461 do Código de Processo Civil de 1973.

Sob esse enfoque, a função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe é imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente.

A doutrina pátria ruma para o esse mesmo norte:

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz (NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 702).

E a particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973.

Nesse ponto, convém alertar que, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público recalcitrante, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida.¹⁵¹

Sobreleva notar que foi destacado no julgado pelo Ministro Relator que, “como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material”¹⁵², o que possibilita a diminuição ou até mesmo a supressão a pedido do interessado ou a critério oficioso do juízo, a qualquer tempo.

Assim, os efeitos desse entendimento, exarado em um precedente obrigatório de forma aparentemente satisfatória quanto à sua abstração, puderam ser relativizados quanto ao valor em si arbitrado a título de *astreinte*, perante os princípios da razoabilidade

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.474.665/SP*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26-4-2017, DJe de 22-6-2017.

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.069.810/RS*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23-10-2013, DJe de 6-11-2013.

e proporcionalidade.¹⁵³ Por exemplo, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.063.553, o Ministro Relator Francisco Falcão destacou a *ratio* do precedente, a jurisprudência da Corte em relação ao valor considerado razoável, e resolveu o caso concreto à luz dos princípios citados:

A análise da controvérsia exposta nos autos, relativa ao cabimento da multa à Fazenda Pública em condenações de obrigação de fazer constante de fornecimento de medicamentos, ficou aguardando o desfecho do REsp n. 1.474.665/RS (fl. 149) que, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, recebeu a seguinte ementa:

[...] Assim, o primeiro ponto acerca da possibilidade de aplicação da multa cominatória à Fazenda Pública, no caso de obrigação de fornecimento de medicamento, ficou superada nesta Corte.

A partir de tal premissa, o segundo ponto está relacionado à possibilidade de alteração do respectivo valor.

Para a fixação da multa o magistrado deve levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse contexto, sabe-se que o STJ possui jurisprudência no sentido de que o quantum pode, de forma excepcional, ser aumentado, reduzido ou até mesmo suprimido nesta instância, desde que considerado evidentemente desproporcional (irrisório ou exorbitante) em relação à obrigação principal, em análise do caso concreto, superando, assim, o óbice da Súmula 7/STJ. [...]

No caso, em que pese os fundamentos do Tribunal de origem, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) diários se mostra exorbitante diante, inclusive, dos precedentes deste Tribunal, configurando ônus excessivo ao recorrente, merecendo reforma o acórdão atacado.

Correta, portanto a decisão recorrida que reduziu o valor para R\$ 1.000,00 (um mil reais).¹⁵⁴

Outro precedente que se propôs a uniformizar solução a uma questão relevante e frequente nas ações de fornecimento de medicamento por ente público foi o Tema

¹⁵³ Segundo Luís Roberto Barroso, embora a Constituição de 1988 tenha excluído a menção expressa ao princípio da razoabilidade, termo que o autor usa indistintamente ao de proporcionalidade, ele se encontra inserido no certo inciso LIV do art. 5º. Dessa forma, conforme o autor “abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.” (BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 165, mar. 1997p. 165. Disponível em: <https://bit.ly/326AqU7>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.063.553/PE*. Relator: Min. Francisco Falcão, julgado em 6-3-2018, DJe de 12-3-2018.

106/STJ, que elencou critérios objetivos e fáticos a serem considerados na procedência de pedido cujo objeto seja fármaco não incorporado em ato normativo do SUS.

Em um primeiro momento, ao ser afetado o recurso como representativo da controvérsia, delimitou-se a questão a ser debatida aos medicamentos que não estivessem previstos na Portaria n. 2.577/2006 do Ministério da Saúde, que instituiu o Programa de Medicamentos Excepcionais. Já naquela oportunidade, em maio de 2017, foi observada a ab-rogação da referida norma, tendo sido substituída, pela Portaria n. 2.982/2009.

Também naquela assentada, como de praxe acontece nas decisões de afetação, determinou-se o sobrestamento de todos os processos pendentes de julgamento, individuais ou coletivos, que abordassem o tema a ser analisado, em atenção ao previsto no artigo 1.037, II, do CPC/2015.¹⁵⁵

Entretanto, por iniciativa de julgadores do Estado de São Paulo e de Santa Catarina, a Corte Superior foi indagada diretamente sobre os limites e o alcance da decisão de sobrestamento dos feitos ainda não julgados. Afinal, tratava-se de tema cujos efeitos podem ser imediatos (por exemplo, sobrestar um processo que pleiteia um medicamento de uso contínuo cuja falta ocasiona piora irreversível do quadro de saúde do paciente autor da ação). Para equacionar essa aparente contradição, em que se deve sobrestar um processo sem, contudo, permitir que haja prejuízo às partes pelo tempo em que se aguarda o julgamento do precedente, o Ministro Relator destacou o poder-dever do julgador em atender pedidos inadiáveis, determinando medidas de urgência, incluída aí a tutela provisória de urgência:

SUSPENSÃO DO PROCESSAMENTO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 1.037, II, DO CPC/2015, E SUA EXTENSÃO.

Não obstante o inciso II do art. 1.037 do CPC/2015 preceituar que o relator “determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”, sem explicitar o alcance dessa suspensão, deve-se fazer uma leitura sistemática do diploma processual vigente. Assim, as normas que tratam da suspensão dos processos, constantes do art. 313 combinado com o art. 314 do CPC/2015, bem como do art. 982, § 2º, do CPC/2015, que cuida da suspensão dos feitos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, devem também ser aplicadas aos recursos repetitivos, tendo em vista que ambos compõem um mesmo

¹⁵⁵ CPC/2015: “Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

microsistema (de julgamento de casos repetitivos), conforme se depreende do art. 928 do CPC/2015.

Vejam-se os dispositivos acima citados:

TÍTULO II

DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

[...]

Art. 313. Suspende-se o processo:

[...]

IV – pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;

Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.

TÍTULO I

DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

[...]

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

CAPÍTULO VIII

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

[...]

Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; [...] § 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Dos dispositivos transcritos torna-se patente que a suspensão do processamento dos processos pendentes, determinada no art. 1.037, II, do CPC/2015, não impede que os Juízos concedam, em qualquer fase do processo, tutela provisória de urgência, desde que satisfeitos os requisitos contidos no art. 300 do CPC/2015, e deem cumprimento àquelas que já foram deferidas.¹⁵⁶

Também houve a manifestação do Estado, por meio do ente recorrente (o Estado do Rio de Janeiro), a respeito da delimitação do tema, suscitando que fossem considerados apenas os medicamentos constantes nas listas da Secretaria de Saúde do Estado ou de Município.

O Ministro Relator, apesar de afastar o pleito de delimitação do tema às listas de competência do Estado e de Municípios, ressaltou a pertinência e a necessidade de alteração dos limites da questão a ser debatida naquele julgamento.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.657.156/RJ*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, DJe de 31-5-2017.

Primeiro, observada a constante alteração dos atos normativos responsáveis pela previsão de medicamentos a cargo do Estado e os diversos programas, em variados âmbitos geográficos, de política própria desse serviço de garantia de medicamentos, concluiu o Ministro Benedito Gonçalves pela necessidade de ampliação da controvérsia a ser analisada: abandonou-se a fixação da análise de normas medicamentosas constantes em portarias do Executivo e se decidiu pela expressão mais abrangente “atos normativos”.

Segundo, considerando os limites próprios do caso concreto, em que se pleiteava medicamento não incorporado pelo SUS, o Ministro Relator excluiu do julgamento do precedente os casos de tratamentos terapêuticos, ficando a problemática material adstrita a casos especificamente medicamentosos.

Note-se os fundamentos da decisão a respeito das duas argumentações:

Com efeito, a atual delimitação dada à tese controvertida, a ser analisada em sede de julgamento de recursos repetitivos, está calcada em ato normativo infralegal (Portaria), cuja vigência é frequentemente extinta, sendo substituído por novo ato mais atualizado.

Além disso, são diversos os programas de fornecimentos de medicamentos pelo SUS, cada qual disciplinado por um ato normativo específico. Assim, a Portaria n. 1.554/2013 cuida do financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde. Já a Portaria n. 2.583/2007 define o elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde aos usuários portadores de diabetes mellitus. A Portaria 2.982/2009, por sua vez, trata da assistência Farmacêutica na Atenção Básica. A Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME) encontra sua disciplina na Portaria n. 1, de 2 de janeiro de 2015. Estes são somente alguns exemplos de atos que tratam da dispensação de medicamentos aos usuários do SUS.

Evidente, portanto, que a vinculação a uma determinada portaria, com a sua indicação na delimitação do tema controvertido, resulta em um indesejável estreitamento da questão e inviabiliza a posterior irradiação dos efeitos do julgamento do caso repetitivo, pois limitaria sua aplicação somente aos medicamentos que se enquadram em referido ato normativo, deixando de abranger as demais situações daqueles que buscam o Judiciário para obter medicamento de outra classe.

A proposta do ente público recorrente possui abrangência demasiadamente larga, ao incluir o fornecimento de medicamento e também quaisquer tratamentos terapêuticos que não se encontram incorporados ao Sistema Único de Saúde.

Tem-se que, o recurso repetitivo deve fixar-se tão somente na questão do fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS. Isso porque os autos tratam tão somente dessa temática, não podendo o julgamento do caso repetitivo extrapolar os limites fixados pelo acórdão da Corte de origem e tratados na petição do recurso especial, sob pena de vulneração indevida do necessário requisito do prequestionamento. Veja-se que a própria Lei n. 8.080/1990 distingue ambos os casos em seu artigo 19-M, que possui a seguinte redação:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Assim, do confronto entre o recurso especial e o acórdão prolatado pela Corte de origem, verifica-se que o presente repetitivo amolda-se à hipótese do inciso I (dispensação de medicamentos), não se discutindo, em nenhum momento, sobre a oferta de procedimentos terapêuticos, constante do inciso II.

Ante o exposto, propõe-se adequar o tema afetado de n. 106 para que tenha a seguinte redação: "Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde".¹⁵⁷

Na ocasião do julgamento, foi ressaltado pelo Relator que, a despeito de a questão delineada como objeto de apreciação e definição de precedente guardar certa similitude com outras duas questões cuja repercussão geral já houvera sido reconhecida, não se tratava de hipótese justificadora de aguardo dos julgamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Assim se entendeu tendo em vista que, apesar de o RE n. 566.471/RN e o RE n. 657.718/MG se aproximarem da demanda em análise por também dizerem respeito ao dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado, o primeiro estava restrito aos fármacos considerados de alto custo, e o segundo, aos não aprovados pela Anvisa. Dessa forma, ambos se diferenciam daqueles objeto do debate no REsp n. 1.657.156/RJ, que, por fazer referência aos medicamentos “não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”, poderia abranger tanto os de alto como os de baixo custo, e os aprovados ou não pela Anvisa.

Também se observou a abordagem eminentemente infraconstitucional que a demanda propunha, pois a principal legislação na qual o tema se baseou era o artigo 19-

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.657.156/RJ*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, DJe de 31-5-2017.

M, I, da Lei n. 8.080/1990¹⁵⁸, ainda que considerado o norte constitucional garantidor do direito fundamental à saúde.

No mérito, passou-se, então, a elencar os requisitos que necessariamente devem ser preenchidos para que o autor da ação medicamentosa tenha chances de êxito: a) laudo médico fornecido por profissional da saúde que acompanhe o paciente em seu tratamento fundamentando a imprescindibilidade do fármaco pleiteado e a ineficácia de medicamento fornecido pelo SUS para a mesma moléstia; b) comprovação da hipossuficiência do requerente, assim entendida a incapacidade financeira de arcar com os custos do medicamento, sendo desnecessário que se comprove pobreza ou miserabilidade; e c) existência de registro aprovado pela Anvisa.

Vale salientar que os citados requisitos, como comumente acontece nos entendimentos firmados em precedente, não foram construídos na oportunidade da elaboração da *ratio decidendi* do julgado em repetitivo, mas, sim, extraído de decisões anteriores que formaram a jurisprudência dominante na Corte sobre o tema.

Por fim, dentro desse rol ilustrativo da judicialização da saúde, no qual se elencaram os principais precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no direito medicamentoso, está inserido o RE n. 855.178/SE, objeto principal do presente trabalho.

2.2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 855.178/SE JULGADO SOB O RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL

No tocante à responsabilização solidária dos entes federados no fornecimento de medicamentos, há dois aspectos já observados nos precedentes citados no item anterior que são relevantes: a) a jurisprudência previamente consolidada e b) o lapso temporal considerável entre a data de reconhecimento da repercussão geral e a consolidação da tese firmada.

¹⁵⁸ Lei n. 8.080/1990: “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P. II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

Essas duas características estão também presentes no julgamento do RE n. 855.178/SE, visto que nele se reconheceu a jurisprudência previamente firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e houve a decorrência de quatro anos entre o reconhecimento da repercussão geral do tema e a efetiva consolidação da tese firmada como *ratio decidendi*.

Sobre o mérito da questão, importa ressaltar que o entendimento de os entes federados responderem igualmente em demanda na qual se pleiteia medicamento às custas do Estado deriva diretamente do texto constitucional, que atribui ao Estado o dever de garantir aos cidadãos a saúde de forma equitativa e integral.¹⁵⁹

Contudo, o principal argumento suscitado pelos representantes estatais que sustentam em seus diversos recursos a impossibilidade de se declarar legítimo quaisquer dos entes para responder por pleitos medicamentosos é que também a própria Constituição Federal preceitua a descentralização como diretriz a ser seguida nas ações e serviços públicos de saúde, bem como determina que o sistema, único e integrado, deve funcionar de forma regionalizada e hierarquizada.¹⁶⁰

Ana Paula Munhen de Pontes, em trabalho conjunto com outros pesquisadores, observou que a legislação infraconstitucional que forma o arcabouço abalizador do sistema sanitário combinada com os diversos princípios constitucionais que definem suas diretrizes gerais servem de referência às ações e aos serviços sanitários a serem desenvolvidos:

O SUS foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis 8080/90 e 8142/90 relativas à participação da população nos serviços. A Lei Orgânica da Saúde (8080/90), que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, refere-se aos princípios e às diretrizes do SUS. Segundo esse aparato jurídico, as ações e os serviços que integram o SUS devem ser desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo a princípios ético-doutrinários (universalidade, equidade e integralidade) e organizativos (descentralização, regionalização, hierarquização e participação social).

O princípio de universalidade caracteriza a saúde como um direito de cidadania, ao ser definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. Neste sentido, abrange a cobertura, o

¹⁵⁹ CF/1988: “Art. 196. 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.”

¹⁶⁰ CF/1988, Art. 198, I: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo.”

acesso e o atendimento nos serviços do SUS e exprime a ideia de que o Estado tem o dever de prestar esse atendimento à toda população brasileira. A integralidade caracteriza-se como princípio que atribui à população o direito de atendimento de forma plena em função das suas necessidades, pela articulação de ações curativas e preventivas nos três níveis de assistência. Já por meio da equidade objetiva-se diminuir as diferenças sociais, proporcionando atendimento desigual para necessidades desiguais, caracterizado como o princípio de justiça social.¹⁶¹

Na primeira vez em que o tema foi apreciado no Supremo Tribunal Federal, em 2010,¹⁶² o relator, Ministro Gilmar Mendes, esmiuçou cada um dos elementos formadores do direito à saúde previsto no artigo 196 da CF/1988. São eles: “direito de todos”, “dever do Estado”, “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, “que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, “regido pelo princípio do acesso universal e igualitário”, e “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Naquele julgamento,¹⁶³ o relator condenou solidariamente os entes envolvidos, mas destacou a justa medida da condenação dentro da competência de cada um deles:

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos, materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

Sustenta o agravante, reiterando os fundamentos da inicial, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa e provoca desordem nesta esfera, ao impor ao Estado deveres que são do Município. **Muito antes pelo contrário, o que se verifica na decisão liminar combatida é o cuidado de resguardar a divisão de competências dos entes da federação levada a efeito por meio de atos infraconstitucionais. Não se chegou nem mesmo a suscitar a solidariedade imposta constitucionalmente. Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina,**

¹⁶¹ PONTES, Ana Paula Munhen. *at al.* O Princípio de universalidade do acesso aos serviços de saúde: o que pensam os usuários? *Escola Anna Nery Revista de Enfermagem*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 500-507, jul./set. 2009, Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127715325007>. Acesso em: 12 nov. 2021.

¹⁶² Utilizou-se diversos termos relacionados à responsabilidade sanitária em pesquisa no próprio *site* do STF para identificar o primeiro pronunciamento da Corte a respeito do tema.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE*. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 30-4-2010.

apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências. (Grifos nossos.)¹⁶⁴

Essas mesmas razões de decidir, com a detida análise dos elementos formadores do direito constitucional à saúde, foram adotadas pelo Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, que serviu, por muito tempo, de referência para as instâncias ordinárias em demandas medicamentosas.¹⁶⁵ Especificamente a explanação acerca do elemento “dever do Estado” foi utilizada pelo Ministro Luiz Fux em seu voto pelo desprovisionamento do recurso extraordinário interposto pela União no RE n. 855.178/SE e pela reafirmação da jurisprudência já pacificada naquela Corte sobre a responsabilidade solidária dos entes federados em pleitos sanitários.

Ocorre que a profundidade da análise realizada pelo Ministro Gilmar Mendes, com o destaque de respeito aos limites das providências a cargo de cada ente dentro do âmbito de suas respectivas competências, não se reproduziu nos fundamentos utilizados pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, em 2015, tampouco nas decisões das instâncias ordinárias que formaram a jurisprudência dominante e antecederam esse julgamento sob repercussão geral.

Assim, com maior facilidade foi firmado o entendimento sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no sentido de se garantir que qualquer um deles poderia ser demandado em juízo para prover efetivamente o direito à saúde, sem o destaque realizado pelo Ministro Gilmar Mendes de que deveria ser preservada a competência de cada ente, dentro do seu âmbito de atuação.

Vale relembrar, à guisa de ilustração, a Súmula n. 65 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, publicada em 2003, asseverando não somente a legitimidade passiva de qualquer um dos entes em demanda sanitária, como também a garantia de se efetivar a antecipação da tutela pretendida: “deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8080/90, a responsabilidade solidária da União,

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE*. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 30-4-2010. Disponível em: <https://bit.ly/346qJG6>. Acesso em 24 out. 2021.

¹⁶⁵ Naquela oportunidade, realizou-se audiência pública para debate e coleta de informações a respeito da questão. O presente trabalho não tem o propósito de rememorar as balizas definidas naquele julgado, mas remete-se o leitor a conferir na íntegra o teor das razões construídas pelo Ministro Relator ao explorar o tema de forma pormenorizada.

Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela”.¹⁶⁶

Da mesma forma, limitado a reafirmar a solidariedade entre os entes em atendimento ao dever constitucional de prestação de saúde pelo Estado, assim foram as razões de decidir do Relator Ministro Luiz Fux em voto sobre a questão posta no RE n. 855.178/SE, em março de 2015:

Bem delimitado o tema, verifica-se que o Tribunal de origem, ao assentar a responsabilidade solidária da União, não destoou da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Por oportuno, trago à colação a ementa do referido julgado:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010).

Extrai-se do voto condutor:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Examinemos cada um desses elementos. [...] (2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma,

¹⁶⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Súmula n. 65*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 15 jun. 2021.

são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde.

O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Esse entendimento vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, proferidas em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame, têm acentuado que constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes. Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma,

DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol; Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Verifica-se, desse modo, que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência da Corte, razão pela qual não merece reparos, impondo-se o desprovimento do recurso.

Ex positis, demonstrado que o tema constitucional versado nestes autos transcende interesse das partes envolvidas, sendo relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, manifesto-me pela existência de repercussão geral e pela reafirmação da jurisprudência sobre o tema (art. 543- A, § 1º, do CPC c/c art. 322, parágrafo único do RISTF).¹⁶⁷

O referido voto foi levado a julgamento no Plenário Virtual em março de 2015, em que a votação se propôs a contabilizar três questões: Há questão constitucional? Há repercussão geral? Entende-se pela reafirmação da jurisprudência? Tendo o resultado sido da seguinte forma: unanimidade em reconhecer que havia questão constitucional e unanimidade em reconhecer a existência de repercussão geral. Entretanto, quanto ao entendimento pela reafirmação da jurisprudência, houve três votos pela negativa: Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio, tendo esse último se manifestado pela necessidade de debate sobre o tema em plenário presencial.

Convém destacar que, no julgamento virtual, os votos são contabilizados apenas conforme a formação da maioria, de forma que, tendo seis ministros votado pela reafirmação da jurisprudência (a Ministra Carmen Lúcia não se manifestou), seria o suficiente para o voto do Ministro Fux prevalecer nos termos em que foi apresentado.

Nesse caso, em relação ao ponto específico da competência individual de cada ente, e o conseqüente ônus do medicamento objeto da condenação, estaria restrita à manifestação no voto quanto ao cofinanciamento determinado pelo artigo 198, §§ 1º, 2º, e 3º, da CF/1988¹⁶⁸, esse último regulamentado pela Lei Complementar n. 141/2012.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Voto do Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://bit.ly/3IWJWjw>. Acesso em: 4 jun. 2021.

¹⁶⁸ CF/1988, Art. 198: “§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a

Entretanto, após a oposição de embargos de declaração pela União e de contrarrazões pela parte contrária em abril e agosto de 2015, o Ministro Edson Fachin, que passou a integrar a Corte em junho daquele ano, pediu vista dos autos e, em maio de 2019, o feito foi levado a julgamento novamente.

É oportuno ressaltar aqui a quase ocorrência daquilo que Marinoni apontou como decisão plural majoritária sem o condão de construir uma *ratio decidendi* capaz de sustentar um precedente. Isso porque a votação unicamente pelo plenário virtual, a despeito de contabilizar os votos formadores da maioria seguindo a posição do relator, atendendo aos princípios da celeridade processual e eficácia do julgamento, reafirmou a jurisprudência já consolidada sobre o tema, contudo, sem publicizar as razões de decidir de cada voto seguidor ou contrário ao do relator, fazendo o deste último, fundamentação única do julgamento sobre a questão.

Mas como resolver, então, a questão posta nos autos na via estreita dos embargos de declaração sem ofender o devido processo legal? Esse foi um dos pontos em que se debruçou o Ministro Edson Fachin em seu voto conhecedor do recurso, ainda que tenha lhe negado provimento.

O Ministro Fachin salientou que a busca pela efetividade dos direitos é justificativa da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pela Cortes de vértice responsáveis por sua elaboração, havendo um poder-dever de autotutela inerente à Suprema Corte e albergada pelo princípio da segurança jurídica. Confira-se os termos de seu voto no ponto específico:

1.1 Premissas

[...]

Segunda: A busca pela efetividade dos direitos é justificativa da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pelas Cortes de Vértices responsáveis por sua elaboração.

[...]

III) Possibilidade de desenvolvimento de precedente da Suprema Corte sem superação

15% (quinze por cento); II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o 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. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais, III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;”

Nada obstante sejam desprovidos os embargos declaratórios, e sem embargo de recentemente ir ao encontro da reafirmada tese (assentada na STA 175) da solidariedade dos entes políticos na prestação de direito à saúde, proponho que a própria Corte novamente se manifeste sobre este precedente seu, independentemente, inclusive, de provocação, em face de seu poder de “autotutela”.

As bases desse entendimento fundam-se, em síntese, na compreensão do papel preponderante que o Supremo Tribunal Federal tem na ordem jurídica brasileira: de Corte Suprema, de Precedentes ou de Vértice (sinônimos utilizados por Daniel Mitidiero, *in Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. RT: São Paulo, 2013), cujos precedentes vinculam a própria Corte (vinculação horizontal) e as demais instâncias do Judiciário nacional (vinculação vertical). Sua tarefa precípua: de interpretar a Constituição, uniformizando o direito constitucional e dando-lhe unidade e efetividade, é irrenunciavelmente sua.

Considerando os contornos de processo objetivo que o recurso extraordinário recebe ao ser reconhecido como representativo de controvérsia constitucional com repercussão geral, é consectário lógico estar sujeito também a controle qualitativo, que pode não implicar (como no caso não implica) revisão da tese assentada, mas se relacionar a seu aprimoramento. Sem dúvida, a regra do *stare decisis* (ou da vinculação ao precedente) deve lhe ser aplicável, quando cabível, de modo a garantir justamente a concretização de suas finalidades precípuas, especialmente segurança jurídica e isonomia.

Consoante Daniel Mitidiero (op. cit., p. 28), “o papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade”. Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do Estado Constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia).

Segundo o mesmo professor, a segurança jurídica impõe “imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo” (op. cit., p.17).

A busca da efetividade dos direitos, penso, é justificativa (tanto sob o prisma da segurança jurídica como da própria dignidade da pessoa humana) da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pelas Cortes de Vértice responsáveis por sua elaboração. Não se propõe aqui revisão, mas sim aprimoramento.

A partir dessas premissas, comungo do entendimento no sentido de ser ínsita às Cortes de Vértice a disposição de instrumentos para desenvolver seus precedentes, com ou sem provocação das partes. **Parece bastante óbvio, remarco, que, ao ser a única Corte que pode interpretar o direito constitucional formando precedentes, também é a única a poder revê-los, seja para superá-los, total ou parcialmente, aprimorá-los ou desenvolvê-los.**

Aqui, na hipótese presente, não se propõe revisão nem superação; propõe-se, isso sim, explicitação do sentido e do alcance do precedente em face do desenvolvimento ocorrido.¹⁶⁹

Uma vez identificada a possibilidade (em simbiose com a obrigação, ou seja, um poder-dever) de a Corte Suprema revisar seus precedentes – e aqui se atenta a diferenciar o poder-dever de revisão com a atividade revisional causadora de gargalo processual nas cortes superiores –, o Ministro Fachin pontuou as duas ocasiões em que a Corte pode e deve, independentemente de provocação, aprimorar ou desenvolver seus precedentes: (i) quando for necessário esclarecimento de termos, expressões, institutos ou conceitos contidos no *leading case*; (ii) quando houver alteração posterior de leis, fatos ou costumes considerados como fundamentais nas razões de decidir do *leading case*. Confirma-se os termos do voto, com grifos do original:

Especificamente quanto ao desenvolvimento do precedente, penso deva ocorrer quando, por exemplo, a Corte verificar, seja por superveniência de lei que trata do tema, integrando-o (como é o caso dos autos) seja mesmo pela utilidade de esclarecimentos sobre o “instituto” ou sobre “conceitos” aplicados (também caso dos autos), **a oportunidade de nova manifestação sua** para contribuir ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas instâncias inferiores.

Não estou a tratar – perceba-se – das consagradas (no direito alienígena) hipóteses de superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*) do precedente (por meio dos mecanismos de transformação (*transformation*) ou de reescrita (*overriding*).

Aparentemente se mostraria a possibilidade de “*transformation*” do precedente (quando a Corte, sem negar formalmente o precedente, sem admitir, portanto, desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão anterior). Contudo, penso que a espécie é realmente diversa, de aprimoramento ou de desenvolvimento, pois a proposta é de interpretação, aplicando uma hermenêutica de reavivitação das razões de decidir e conclusões que já faziam parte do precedente (originário) para que os institutos e conceitos lá utilizados sejam coerentemente empregados e o entendimento fixado seja seguido.

Cuida-se de casos, portanto, como este, em que o Tribunal percebe, ao mirar para o precedente que:

i) ao reafirmar a tese, é possível e oportuno melhor esclarecer termos, expressões, institutos ou conceitos a que se referiu no *leading case* e que estão sendo interpretados além, aquém ou diversamente do que quis dizer em seu pronunciamento;

ii) inovações legais, fatos ou costumes tiveram influência tal sobre conceitos, institutos ou termos, de forma a ser conveniente que a Corte,

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

que continua sendo a única com competência para tanto, diga qual é o “ressignificado” de sua própria jurisprudência.¹⁷⁰

Tendo decorrido quase dez anos da audiência pública em matéria sanitária que embasou o julgamento da STA 175, o Ministro pontuou alguns eventos relevantes que modificaram a conjuntura em que se prolatou o referido *decisum*: a criação do Fórum Nacional de Saúde no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o aumento radical da judicialização da saúde, a desestruturação do SUS, a recorrente sobreposição ou ausência de cumprimento de decisões judiciais.

Especificamente quanto ao aumento da judicialização sanitária, talvez por se tratar de tema sensível ao próprio Judiciário, o Ministro destacou em seu voto algumas contribuições mensuráveis que esse movimento angariou desde seu início:

Sem dúvida, como dito, as conclusões da audiência pública em matéria de saúde levaram a diversas conquistas importantes, algumas das quais gostaria de aqui destacar especificamente, como o fez a juíza federal Luciana da Veiga Oliveira (Comitês Executivos da Saúde. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. (org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. 1ª ed. Campinas/SP: Saberes, 2014, pp. 187-191):

“a judicialização forçou uma atuação dos demais poderes, Executivo e Legislativo, a melhor estruturar o SUS e a dar maior abrangência ao direito à saúde. De fato, a judicialização, já no seu início, impulsionou a criação do programa de medicamentos para HIV/AIDS. **Mais atualmente, impulsionou a edição da Lei 12.401/11, que tornou mais ágil o processo de incorporação de novas tecnologias ao SUS, fixando prazo para conclusão (180 dias prorrogáveis por mais 90), criou a CONITEC e determinou a realização de consultas públicas nos processos de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias, permitindo a participação da comunidade na tomada de decisões, bem como da Lei 12.732/12 que fixou prazo de 60 (sessenta) dias para o início do tratamento de neoplasia maligna.**

Houve, ainda, revisão da RENAME, a qual passou de 550 para 810 itens, e atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT (14 inclusões/ alterações entre 2011 e 2012).”¹⁷¹

Todavia, o Ministro Fachin observou que a temática, ainda que subjetiva, por se tratar de direito fundamental à saúde e, por conseguinte, à vida, revela confusão entre a

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

assertiva de que “todos os entes políticos respondem solidariamente por prestações de saúde” e a de que é “dever de todo e qualquer ente prestar toda e qualquer obrigação sanitária, independentemente da previsão legal de divisão de atribuições no âmbito do SUS”.

A referida distorção ensejou diversos desdobramentos graves não apenas no âmbito jurisdicional, mas no do Executivo e em sua administração estrutural e orçamentária. O Ministro Fachin elencou como mais significativos os seguintes: (i) aumento da judicialização, com o conseqüente aumento de gastos, e desacompanhada de melhoria no sistema público de saúde; (ii) desestruturação do SUS com a sua já previsível falência; (iii) sobreposição entre os polos, visto que o cidadão pode acionar qualquer ente para lhe fornecer o medicamento pleiteado sem, contudo, dar ao ente a oportunidade de apontar qual seria o legalmente responsável; (iv) ausência de cumprimento de determinação judicial por se mostrar faticamente inviável, por exemplo, a condenação de um Município em financiar tratamento milionário.

Não somente se limitou o entendimento do voto condutor a acompanhar a jurisprudência já pacificada, mas se debruçou sobre os termos e os significados jurídicos da proposição de que “os entes respondem de forma solidária”. Foi ressaltado que “cumpre levar a efeito, diante dos problemas antes apresentados, e em homenagem à maior efetividade dos direitos dos usuários, uma ressignificação da solidariedade que vá além de seu universo no âmbito do Direito Privado”¹⁷².

Vale destacar o esclarecimento específico do Ministro Fachin quanto à obrigação solidária dos entes da Federação:

Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídico-processual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.¹⁷³

Sobre o pedido de tratamento ou medicamento não incluído nas políticas públicas, o Ministro informa que:

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator Ministro Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021. p. 55.

¹⁷³ Ibidem. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, da lei 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação.”¹⁷⁴

Vê-se, portanto, a relevância do precedente que incitou a possibilidade de se dar ao instituto da responsabilidade solidária entendimento outro daquele tradicionalmente dado pelo Direito privado, em que os devedores respondem de forma indiferente pela dívida, permitindo, assim, que o credor acione todos ou apenas um, escolhendo apenas aquele que tenha maior probabilidade de quitar a dívida.

No Direito público, por se estar tratando de verba pública, no caso, especificamente, vinculada ao serviço de saúde, o conceito de responsabilidade solidária reclama ser entendido em simbiose com a legislação própria e específica do SUS, estrutura montada para a concretização do serviço.

Ou seja, ainda que os entes sejam solidariamente responsáveis por responder a uma demanda processual sanitária – isso derivado do fato de que todos têm a competência comum de garantir o direito à saúde –, deve ser respeitada a divisão de competências atributivas dadas pela legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o Ministro Fachin teceu suas razões de decidir fundadas nos seguintes dispositivos legais: artigo 23, II, da CF/1988;¹⁷⁵ artigos 7º, IX, *a e b*,¹⁷⁶ e 9º,¹⁷⁷ da Lei n. 8.080/1990, além daqueles dispostos no Decreto n. 7.508/2011. Sobre essa última norma, que regulamenta a referida legislação infraconstitucional, o Ministro

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator Ministro Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

¹⁷⁵ CF/1988, art. 23, II: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

¹⁷⁶ “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.”

¹⁷⁷ “A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.”

apontou o artigo 28, que elenca os pressupostos da efetivação do serviço igualitário e universal à assistência farmacêutica. São eles: (i) ser o pleiteante usuário do SUS; (ii) a prescrição médica ser oriunda de profissional próprio dos quadros do SUS, e (iii) a prescrição estar conforme a RENAME, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, ou, prevista em relação específica complementar do ente federado. Além desses, deve também (iv) o medicamento ou tratamento ter sido dispensado por unidade indicada pela direção do SUS. Confira-se a letra do dispositivo:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:
I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.¹⁷⁸

O Ministro relator concluiu evidenciando que o mais importante a se firmar no julgado são os critérios a ser observados na dispensa de medicamentos pelo Judiciário: “Esses critérios devem observar – pela lógica de o deferimento judicial ser a exceção, e o administrativo, a regra –, tanto quanto possível, os elencados no artigo 28 do Decreto 7.508/11”.¹⁷⁹

2. 2.1 Desafios práticos da aplicação do RE n. 855.178/SE como precedente

O primeiro desafio que se apresenta para seguir a orientação elaborada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do voto condutor do Ministro Edson Fachin é de ordem prática, visto que a jurisprudência já consolidada no âmbito não apenas dos

¹⁷⁸ BRASIL. Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 29 jun. 2011.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min: Luiz Fux. p. 40, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

tribunais de segunda instância, mas também no do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é no sentido de que a obtenção de medicamento por particular nada depende de seu vínculo com o SUS, sendo desnecessário que esse seja usuário do sistema integrado público.

O segundo desafio decorre do firme entendimento de que não há espaço nas causas medicamentosas para chamamento ao feito da União ou de outro ente que se alegue o competente para fornecer o medicamento pleiteado.

Importante ressaltar que, ao contrário dessa orientação, a jurisprudência, nesse ínterim entre a balizas firmadas pela STA 175/STF, em 2010, e o Tema 793/STF¹⁸⁰, definido em 2019, trabalhou de forma constante para elaborar critérios, estabelecer parâmetros e definir diretrizes para a melhor solução dos casos sanitários, culminando em diversos entendimentos sobre o tema, tais como: (i) qualquer dos entes pode figurar no polo passivo da demanda medicamentosa; (ii) o fornecimento de medicamentos é obrigatório quando comprovada, além da hipossuficiência, a necessidade do fármaco receitado, independente do laudo médico ter sido elaborado por médico credenciado ao SUS; e (iii) é incabível o chamamento ao feito da União ou outro de ente que se alegue o competente para fornecer o medicamento em questão, isso para prestigiar a celeridade e efetiva prestação jurisdicional medicamentosa.

De forma ilustrativa, cita-se o Recurso Especial n. 1.614.636/PI, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 2016:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LAUDO MÉDICO EMITIDO POR MÉDICO PARTICULAR. PROVA. ADMISSIBILIDADE. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

2. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva garantir o acesso

¹⁸⁰ Tema 793/STF: “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.”

à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes: AgRg no AREsp 664.926/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/05/2015; AgRg no Ag 1424474/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/08/2013; AgRg no REsp 1284271/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 02/08/2013.

3. É admissível, em Mandado de Segurança, prova constituída por laudo médico elaborado por médico particular atestando a necessidade do uso de determinado medicamento, para fins de comprovação do direito líquido e certo capaz de impor ao Estado o seu fornecimento gratuito. Precedentes: AgRg no Ag 1.194.807/MG, DJe 01/07/2010; AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, 29/11/2010.

4. É pacífico entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o chamamento ao processo não é adequado às ações que tratam de fornecimento de medicamentos. Precedentes: AgRg no REsp 1249125/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/06/2011; AgRg no Ag 1331775/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/02/2011; AgRg no REsp 1.009.622/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14.9.2010; REsp 1.125.537/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24.3.2010.

[...]

6. Recurso Especial não provido.¹⁸¹

Considerando, assim, a orientação firmada no precedente do Tema 793/STF e todo o entendimento delineado ao longo dos anos pela jurisprudência pátria, indaga-se: como veicular efetiva prestação jurisdicional atendendo aos valores norteadores da construção de uma *stare decisis* brasileira – coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade do direito – em ramo tão delicado e complexo como o é o direito sanitário?

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 1.614.636/PI*. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 16-8-2016, DJe 9-9-2016.

3. PROCESSO ESTRUTURAL: UM CAMINHO PARA A APLICAÇÃO DO RE N. 855.178/SE

3.1 A DEMANDA SANITÁRIA COMO LITÍGIO ESTRUTURAL IRRADIADO

Em um pensamento simplista, poder-se-ia dizer que o RE 855.178 RG/SE, precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, está orientando as instâncias a garantir a prestação judicial medicamentosa somente àqueles que sejam usuários do SUS, apresentem laudo médico receitado por profissional credenciado do sistema público e pleiteiem fármaco já completamente inserido no sistema sanitário, previsto expressamente em uma das listas medicamentosas sob responsabilidade de um dos entes federados.

Entretanto, toda a *ratio* desenvolvida no voto do Ministro Fachin evidencia justamente a complexidade do tema, cuja análise mostrou desde a necessidade de revisitar o conceito de responsabilidade solidária oriunda do Direito privado, até o desafio prático de se pensar meios de garantir o direito à saúde preservando as competências próprias do sistema descentralizado previsto na Constituição.

É a partir desse ponto que se pretende demonstrar a possibilidade de reconhecer nas ações sanitárias sua natureza estrutural, seja ela corporificada em pleito individual homogêneo, seja em coletivo e difuso.¹⁸² Esse entendimento decorre do fato de que, embora considerado o menor alcance do efeito decisório, qual seja, o *inter partes*, toda demanda sanitária envolvendo ente federado interfere em políticas públicas e no mérito administrativo.

Para bem comprovar a veracidade da afirmação acima, convida-se o leitor a abandonar a classificação tradicional dos direitos coletivos determinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e abraçar o conceito de litígio coletivo proposto pelo professor Edilson Vitorelli, que afirma ser possível superar todo o debate a respeito da

¹⁸² Flávia Viana Del Gaizo destaca a inexistência nos países de *common law* das expressões “difuso”, “coletivo *stricto sensu*” e “individual homogêneo”, ainda que os conceitos de “direitos difusos” e “direitos individuais homogêneos” estejam embutidos em alguns tipos de *class action*, instituto do direito norte-americano no qual um litigante individual ou um pequeno grupo representa um número maior de pessoas, dada a presença de um interesse comum (DEL GAIZO, Flavia Viana. *A Definição de direitos metaindividuais e o microssistema da tutela coletiva*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-4-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 11 dez 2021).

diferenciação dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos¹⁸³. Confira-se seus termos:

[...] passada a discussão da justiciabilidade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, foi possível notar que a operatividade desses conceitos é reduzida. Primeiro eles partem da premissa de que é possível diferenciar direitos coletivos de individuais quando, na realidade, as lesões aos grupos atingem os indivíduos que os integram e, ao mesmo tempo, os indivíduos só existem em sociedade. É por isso que os aspectos individuais e coletivos dos conflitos estão, não raramente, entremeados.

Em segundo lugar, também não é fácil diferenciar direitos difusos de coletivos – o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-américa, idealizado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual, sequer contempla essa diferenciação –, [...] os conceitos previstos no CDC, mesmo depois de anos de estudo e aplicação, não foram capazes de produzir um consenso mínimo para viabilizar a sua adequada aplicação.

Finalmente, mas não menos importante, a partir do momento em que se conclui que o direito material pode ser tutelado coletivamente, classificá-lo como difuso, coletivo ou individual tem a mais mínima utilidade. As normas processuais coletivas que derivam desta classificação incidem apenas sobre a legitimidade (art. 5º, LACP) e os efeitos da coisa julgada (art. 103, CDC), ou seja, apenas sobre o que acontece antes ou depois do processo, não sobre o que se passa durante o seu curso. O processo corre da mesma forma, seja qual for o tipo de direito.¹⁸⁴

Vitorelli propõe um olhar mais sociológico sobre a classificação dos direitos transindividuais, partindo da concepção de sociedade como estrutura, como solidariedade, e como criatividade¹⁸⁵. Dessa forma, na primeira acepção, (estrutura) a sociedade funciona como um todo orgânico, refletindo sua estrutura social no Estado que, a um só tempo, representa e garante os direitos individuais. Na segunda (solidariedade), a sociedade é ligada por códigos morais, em que se supõe vínculos de afeição e diálogo. Na terceira (criação), a sociedade constrói sistemas pouco vinculados ao território, sendo

¹⁸³ Segundo Vitorelli, “embora a doutrina venha repetindo que os direitos essencialmente coletivos são indivisíveis, e que a indivisibilidade seja expressamente mencionada nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC, essa característica só existe quando se considera o direito íntegro. Quando ocorre a lesão, é fácil perceber que todos os habitantes do país ou do planeta não serão afetados da mesma forma. Isso dependerá das características da própria lesão” (VITORELLI, Edilson. *Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, p. 94, jul./set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3A1M53a>. Acesso em: 16 jan. 2022).

¹⁸⁴ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 43-44.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p 43-44.

elástica quanto ao espaço físico e ao tempo (pense-se nas relações formadas de forma exclusivamente *online*).

A partir dessa ideia de sociedade elástica, o professor afirma ser possível olhar os direitos coletivos transindividuais como divisíveis, quando considerada cada pessoa *per se*, e a conflituosidade interna própria de cada grupo, atingido em graus diversos. Assim, “cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação.”¹⁸⁶

Para compreender o ponto onde, nessa gradação, se encontram os processos sanitários envolvendo entes federados, é preciso ainda entender as categorias de litígios coletivos propostas por Vitorelli, em que se utiliza a natureza da lesão como critério definidor da titularidade do direito. São elas: litígios globais, litígios locais e litígios irradiados.

Os litígios globais são aqueles em que os danos não atingem pessoa alguma diretamente, como os causados ao meio ambiente em que não há pessoa física ou jurídica suportando prejuízo de forma direta. Conforme esclarece Vitorelli, esse tipo de litígio, apesar de afetar a sociedade como um todo, “repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo”¹⁸⁷. Nessa categoria, pode-se pensar na sociedade de forma global, em sua estrutura, como aquela que suporta o ônus do dano causado.

Já os litígios coletivos locais são aqueles em que há uma categoria de pessoas ligadas por um vínculo de solidariedade bem definido suportando dano de forma comum, como uma comunidade. Esse tipo de litígio apresenta conflituosidade moderada, pois, mesmo que os indivíduos atingidos direcionem sua atuação para a resolução do problema e até possam divergir em alguns pontos, o pertencimento a um mesmo grupo os une e “impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes – nenhum grupo social é uniforme, sejam elevadas o bastante para ofuscar o objetivo comum”¹⁸⁸.

Como exemplo de litígio coletivo local, o autor cita o caso de uma pessoa que se vê acometida de enfermidade cujo tratamento seja de alto custo e prolongado no tempo.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 32.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

Em busca de solução para o problema, é comum indivíduos se unirem a outros que se encontram necessitando de um mesmo tratamento oneroso em associações, tanto para compartilhar informações sobre a doença como para se apoiarem mutuamente em ações judiciais durante o tratamento.¹⁸⁹

Os litígios de difusão irradiada, por sua vez, dizem respeito à situação em que pessoas que não detêm vínculo suficiente para formar uma comunidade, suportam danos causados pelo mesmo fato jurídico oneroso. Esse dano varia em quantidade e qualidade, de forma que é a própria pessoa física ou jurídica quem cria o âmbito do bem jurídico tutelado que foi prejudicado, sendo o efetivo criador da sociedade. De acordo com Vitorelli, nos litígios de difusão irradiada:

[A] sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõe uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

[...] O conceito mais adequado de sociedade para identificar as pessoas que titularizam esses direitos é o da sociedade como criação. Nessa linha de pensamento, a sociedade é elástica, descentralizada e fluida. Utilizando a terminologia de Simmel, o que imporá é a sociação, o fazer sociedade, e não a concepção estática de sociedade, como algo dado e acabado. A teia de interações sociais entre indivíduos é a própria sociedade. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais.

Os membros dessa sociedade fluida e elástica não titularizam o direito em idêntica medida, mas em proporção à gravidade da lesão que experimentaram.¹⁹⁰

Os litígios irradiados se caracterizam, ainda, pela alta complexidade, na medida em que tratam de demanda cujo resultado não se dá por meio de caminho processual único e lógico, mas conta com mais de uma possível escolha para se alcançar o resultado prático almejado, todos considerados juridicamente corretos. Assim, um litígio é considerado

¹⁸⁹ O exemplo é dado por Edilson Vitorelli na obra *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, entretanto, o presente trabalho, como se verá adiante, sustenta a tese de que toda demanda sanitária que envolva ente público federado, ainda que atinja uma comunidade, se enquadra como litígio irradiado, por sua alta complexidade e por seus desdobramentos de maior alcance no espaço e no tempo.

¹⁹⁰ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 37-40.

complexo por envolver “mais do que uma simples aplicação do direito, análises relacionadas à eficiência, à economicidade, à proporcionalidade e à deseabilidade, para a sociedade, de uma determinada solução”.¹⁹¹

Nos litígios irradiados, a conflituosidade é elevada, visto que as pessoas, ao sofrerem danos de diferentes modos e intensidades, podem buscar distintas formas de reparação. Assim, a “A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma.”¹⁹².

Nessa última categoria, *a priori*, encontrar-se-ia a maioria das demandas medicamentosas individuais. Contudo, defende-se que todas as demandas medicamentosas – individuais ou coletivas – ainda que alcancem comunidade determinada, são litígios irradiados, caso envolvam pelo menos um dos entes federados.¹⁹³

Esse posicionamento encontra justificativa no fato de a necessidade de medicamento suportada por uma única pessoa dizer respeito tanto à política pública elaborada para atendê-la (ou à ausência dessa política) e à sua eficácia ou deficiência, quanto à viabilidade econômica do ente em implementá-la e aos desdobramentos administrativos e sociais da tutela concedida.

Por isso, a complexidade da demanda sanitária não está diretamente relacionada ao alto custo da medicação ou à sua integração nos protocolos e diretrizes do sistema de saúde nacional, mas à sua própria natureza de dizer respeito ao direito fundamental à saúde, um direito também objeto de tutela da Administração Pública.

Uma demanda, mesmo que com a aparência de simples solução judicial, atendendo perfeitamente aos critérios buscados pela legislação citada no RE n. 855.178 RG/SE, de forma a implicar mera subsunção do caso à diretriz formada pelo precedente, é sempre um litígio irradiado e, portanto, de alta complexidade.

Pense-se em um pedido de remédio de baixo valor, previsto na lista de medicamentos e já efetivamente fornecido administrativamente por Município, mas que tenha eventualmente acabado no estoque e demorado para ser reabastecido. O particular,

¹⁹¹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 31-32.

¹⁹² *Ibidem*, p. 38.

¹⁹³ Tosta e Marçal afirmam que “os litígios policêntricos são mais abrangentes do que o conceito de ‘litígios de difusão irradiada’ de Vitorelli, apesar de possuírem grande zona de interseção”. Sobre o tema, conferir FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/34aE53X>. Acesso em 11 nov. 2021.

com receita assinada por médico credenciado da rede pública, pode ter seu provimento judicial facilmente deferido,¹⁹⁴ inclusive com aplicação de *astreintes* razoável para garantir a determinação judicial.

Ao final da demanda, terá sido a decisão judicial a responsável pela providência de reabastecimento do medicamento com a devida comprovação de sua disponibilização ao usuário do serviço. Ou seja, o juiz terá feito as vezes de gestor da medicação abarcada pela política pública daquele Município.

Com escusas a todas as críticas que são feitas à judicialização da saúde, é justamente por implicar necessariamente uma interferência do Judiciário em órgão ou programa próprio da Administração Pública, que as demandas sanitárias carregam consigo a possibilidade de otimizar a estrutura alcançada pela prestação jurisdicional oferecida se encaradas, cada uma, como um *case management*¹⁹⁵.

Nesse ponto, cabe questionar o que, afinal, pode ser entendido como uma demanda complexa. O que efetivamente a caracteriza como tal?

Consoante Arenhart, Osna e Jobim, é preciso, primeiramente, compreender que os processos tomados como difíceis não são, necessariamente, complexos. Características pontuais de uma demanda vista como difícil, como a necessidade de raciocínios intrincados para solucionar a questão jurídica posta nos autos ou mesmo um maior tempo de estudo a respeito da questão suscitada, não são aspectos que, por si sós, impliquem complexidade no litígio enfrentado e, portanto, no processo a ser desenvolvido para o deslinde judicial. Tampouco o são o grau de dificuldade de comprovação dos fatos alegados ou a quantidade de pedidos ou partes envolvidas. Todos esses são aspectos que permitem classificar demandas como difíceis.¹⁹⁶

Bem diferenciada a demanda tida como difícil, passa-se a delinear o que se considera como complexa: aquela em que não há uma coluna central da qual emana a harmonia do todo, mas, ainda assim, sem uma lógica simples bem definida, se organiza de forma espontânea. Assim definem Arenhart, Osna e Jobim:

¹⁹⁴ O exemplo atende aos requisitos propostos pelo art. 28 do Decreto n. 7.508/2011 e está conforme o precedente estabelecido no RE 855.178 RG/SE.

¹⁹⁵ Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral, a expressão *case management* designa “a adoção de uma conduta gerencial pelo juiz, capaz de promover maior racionalidade e efetividade ao processo judicial” e abarca as dimensões administrativa, conflitual e procedimental (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Case management no Brasil. Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 2, art. 24, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i2.24>. Acesso em: 16 jan. 2022).

¹⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 61.

Complexidade, no contexto aqui empregado, envolve conceito originado nas ciências naturais, relacionado a sistemas nos quais a ordem pode surgir sem a necessidade de um fio condutor ou de um centro de controle. Trata-se de uma forma peculiar de sistema, no qual “a estrutura emerge espontaneamente como resultado de interações entre os elementos componentes”, mesmo a partir de novas informações. Ou, na definição de Melanie Mitchel, esses sistemas seriam aqueles em que “amplas redes componentes, sem controle central e regras simples de operação fazem surgir comportamentos coletivos complexos, formas de processamento de informação sofisticadas e adaptação por meio de aprendizado ou evolução”.¹⁹⁷

Uma das características do sistema complexo é seu tipo de reação, que pode ser negativa ou positiva. A primeira se traduz por meio de resposta negativa quanto ao estímulo recebido; a segunda, ou seja, a positiva, pela propagação ampliada dos efeitos gerados pelos estímulos recebidos. Outra característica é a sua capacidade de auto-organização, sem, necessariamente, haver um fio condutor da harmonia alcançada.

O Direito é um sistema visto como de reação positiva, que se propaga e se amplia, buscando, de uma forma ou de outra, sua auto-organização. Por isso, as demandas classificadas como complexas dentro do sistema do Direito são aquelas que “[implicam] situações de incertezas quanto a eventuais rearranjos que o sistema fará a partir de estímulos”¹⁹⁸ recebidos pelos atores envolvidos na busca pela solução jurídica.

Poder-se-ia pensar como um exemplo de reação positiva o próprio aumento da judicialização da saúde. É uma interferência do Judiciário alimentada pela necessidade de se resolver uma falta ou deficiência na política pública sanitária, e que, a um só tempo também alimenta essa inércia e desorganização da Administração Pública responsável pelo serviço em que se está interferindo.

Comungando parcialmente desse entendimento, Vitorelli aponta a complexidade como característica inerente à demanda que possui vários caminhos jurídicos que levam a soluções satisfatórias, dificultando, assim, a apreensão do que serviria como tutela ao bem jurídico objeto da prestação jurisdicional:

Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são cogitáveis, juridicamente. Em outras palavras, a

¹⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 61.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 63.

complexidade deriva da dúvida no modo como a decisão acerca do litígio deva ser tomada ou deva ser implementada. A tutela, entendida como resultado concreto da atividade jurisdicional sobre o direito material, não é de fácil apreensão, seja em termos de acerto do direito, seja em termos de sua implementação empírica.

[...] Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio. Quanto mais fácil for a visualização da solução jurídica e prática da controvérsia, menor será a sua complexidade.¹⁹⁹

O autor alerta ainda quanto à dificuldade em se definir a pretensão e a tutela jurisdicional nos litígios complexos:

A doutrina costuma referir que cabe ao legitimado coletivo pleitear a tutela do direito ameaçado ou violado. Em vários casos, a definição dos contornos do pedido não é problemática. Há litígios coletivos em que a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz. São litígios coletivos simples. Entretanto, há outros litígios coletivos, que [são denominados na obra como] complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos.²⁰⁰

Arenhart, Osna e Jobim complementam esse pensamento afirmando que, apesar de aparentemente ser possível múltiplos movimentos dos diversos atores com o fim de se solucionar a problemática posta pelo caso complexo, é preciso um único movimento uniforme e concatenado para que se possa, de fato, solucionar todo o sistema que se autossustenta e busca o equilíbrio mesmo diante de uma desorganização. Nesse sentido, asseveram os autores que atos descoordenados, embora bem-intencionados, tendem a não apresentar resultados benéficos:

Ainda que se possa prever ou imaginar o comportamento singular de um dos elementos do sistema [...], não é possível antecipar as consequências macroscópicas dessa intervenção, de sorte que eventuais respostas não podem ser oferecidas aprioristicamente. Ao contrário, qualquer resposta ou solução a ser dada deve passar, necessariamente, por interações constantes, e, ainda assim, com resultados em ampla medida imponderáveis e permeados por circunstâncias que tendem a se alterar.

[...] Por mais que bem-intencionada, a atividade de organizações não governamentais, de atores privados ou do próprio Poder Público,

¹⁹⁹ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 29-30.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 29-30.

tomada de modo atômico e solipsista, tende a ser inidônea para [atingir o resultado almejado].

Mais que isso, nessa espécie de *background*, é ainda possível que a própria *descoordenação* de esforços sirva como fator obstativo para a consecução de qualquer resultado benéfico. E isso porque, aparentemente, o problema pode ensejar a adoção de *inúmeras* e *variadas* formas de intervenção. Não obstante, caso os diferentes atores inseridos no seu palco remem o mesmo barco de modo desarticulado e procurem conduzi-lo para lados opostos, é muito provável que ele não saia do lugar.²⁰¹

Trazendo o raciocínio citado sobre complexidade para o campo prático da demanda sanitária, é possível pensar, novamente, no pleito aparentemente simples de fornecimento de remédio já inserido em lista de protocolo e diretrizes do SUS. O julgador, ao dar procedência ao pedido e determinar a compra e disponibilidade do medicamento pelo ente federado sem articular as causas da falta daquele fármaco, valores de mercado, logística de transporte e estoque, bem como a quantidade necessária não apenas para aquele indivíduo, mas para toda a comunidade cuja política pública em que aquele medicamento esteja inserido pretende alcançar, corre o grande risco de estar obrigando a Administração Pública a gastar mais para fazer o menos.

Por outro lado, se nesse mesmo exemplo o ente federado, a fim de evitar o pagamento de *astreintes*, antecipa a decisão de compra do fármaco em quantidade que achar razoável para atender o pleito individual, e assim pretenda fazer com casos futuros, estará norteadando sua administração de pessoal e de material conforme as demandas judiciais individuais nas quais figure no polo passivo.

Da mesma forma, uma associação de pessoas acometidas de uma doença que pleiteie um fármaco para tratamento em comum, ao buscar aquele que melhor atenda ao grupo, poderá estar contribuindo com a formação de um nicho econômico de uma determinada empresa ou laboratório.

Uma vez evidenciada a proposta de que toda demanda sanitária é um litígio irradiado, complexa por natureza, torna-se necessário abandonar a ideia de processo civil em seu escopo exclusivamente formal, e buscar um processo civil que sirva ao juiz (e aos demais atores envolvidos na questão) como meio eficaz de encontrar a melhor solução jurídica dentre as várias possíveis.

²⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 64-65.

3.2 O PROCESSO CIVIL ESTRUTURAL COMO MEIO DE TUTELA ÀS DEMANDAS SANITÁRIAS

3.2.1 Insuficiência do processo civil entendido em sua forma tradicional

Antes de apresentar o conceito de processo estrutural em si, é preciso descrever o motivo pelo qual o processo civil, da forma como se entende e se aplica usualmente, é insuficiente para prover a tutela adequada às questões sanitárias judicializadas. O processo civil tradicional, no qual dois polos litigam em busca de satisfazer uma dada pretensão, não consegue abarcar a complexidade de lides voltadas a solucionar questões relativas à efetivação dos direitos fundamentais sociais. No caso das demandas sanitárias em especial, tal se aplica ainda por sempre envolverem o erário, razão pela entende-se que toda demanda sanitária é também um litígio estrutural.

Litígio estrutural, como o próprio nome sugere, é aquele que necessariamente envolve o mecanismo ou comportamento de uma estrutura. “Estrutura, nesse conceito, pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público”²⁰² ou privado. Assim, conta com os aspectos próprios dos litígios irradiados, por envolver lesão de alcance não uniforme, variando em sua quantidade e qualidade, mas também dizendo respeito a uma estrutura específica. Conforme leciona Vitorelli:

Ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado. Isso porque o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. Pode ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do *status* posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade. Outro problema é que, como os grupos não detêm igual grau de mobilização ou de difusão social, os subgrupos mais mobilizados ou mais concentrados tendem a ser super-representados, em detrimento de subgrupos mais difusos ou menos organizados que, nem por isso, são menos titulares do direito litigioso.

[...]

Em resumo, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência não de um ato isolado no tempo, mas do funcionamento de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) pública ou privada, e, em virtude das características

²⁰² VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 53.

contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura.²⁰³

Pode-se pensar no exemplo do fornecimento de medicamento por Município que se depare, como resultado do desenvolvimento próprio da medicina, com a substituição do fármaco por outro que, por garantir qualidade superior, apresente custo mais elevado a ponto de justificar sua inserção nas hipóteses de fornecimento pela União.

Como resultado dessa situação, o polo antes tido como “Município”, ao ser forçosamente alterado para “União” pelo comportamento de outro polo, o “fornecedor” (que nesse exemplo pode, inclusive ser laboratório diferente do primeiro medicamento), permitiria que o grupo maior “Administração Pública” fosse diferenciado em Município e União. Por essa mesma razão, o grupo de “carecedores do medicamento” seria diferenciado entre aqueles que se organizam para pleitear individual ou coletivamente o fármaco, e aqueles que ignoram a existência da novidade farmacêutica, a despeito de serem igualmente titulares do mesmo direito, mormente se houver política pública com esse propósito.

É por causa desses múltiplos atores envolvidos na trama processual que se diz que os litígios estruturais, além de estarem diretamente ligados ao funcionamento de uma estrutura, se caracterizam por serem multipolares²⁰⁴, ou policêntricos,²⁰⁵ ou seja, por carregarem múltiplos centros de direitos juridicamente protegidos em uma mesma demanda irradiada.

No exemplo dado, há ao menos cinco interesses a serem considerados na alteração das circunstâncias: a) o direito do indivíduo que pretende substituir o medicamento pelo de maior qualidade; b) o direito do indivíduo que faz uso da medicação e ignora o novo fármaco; c) o direito do Município em parar de custear o novo medicamento ou, caso seja necessário, obter o reembolso do valor pago; d) o direito da União em sustentar que o

²⁰³ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 56-60.

²⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 70-71.

²⁰⁵ Felipe Barreto Marçal reflete sobre a impropriedade dessa terminologia “porque ‘centro’, por definição, é único, correspondendo a um ponto equidistante de outros, de modo que ‘centro’ só pode existir um, parecendo mais preciso o termo litígio ‘multifocal’ (afinal, é possível haver mais de um foco – ou ‘ponto de interesse’)” (MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 33. Disponível em: https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9435/1/Felipe%20Barreto%20Marcal_total.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021).

fármaco antigo, apesar de ser inferior ao novo, atende ao mínimo existencial e garante economicamente o maior alcance de indivíduos carecedores da medicação; e) o direito de o laboratório parar de produzir fármaco superado, substituí-lo por outro de melhor qualidade e cobrar preço equivalente aos custos do processamento e da qualidade do produto, quiçá, à sua exclusividade.

Os litígios policêntricos não são satisfatoriamente tratados pelo processo civil tradicional justamente por não se encaixarem no binômio usual de autor e réu. Esse tipo de litígio exige tratamento diferenciado, ainda que não autônomo, a cada polo, sem perder de vista o todo. Tal ocorre tendo em vista que, por estarem todos interligados, o comportamento de um afetará necessariamente o comportamento de outro. Assim afirma Vitorelli sobre a insuficiência do processo civil tradicional relativa aos litígios estruturais:

É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional. Para William Fletcher, é “característica de problemas complexos, com inúmeros ‘centros’ problemáticos subsidiários, cada um dos quais relacionando com os demais, de modo que a solução de cada um depende da solução de todos os outros”. O autor se vale da metáfora, também utilizada por Lon Fuller, de uma teia de aranha, cuja tensão dos vários fios é determinada pela relação entre todas as partes da teia, de maneira que a intervenção em apenas um fio acarreta a redistribuição de tensão em toda a estrutura, implicando sua total reconfiguração. Os problemas policêntricos perpassam toda a sociedade e são, via de regra, pouco passíveis de resolução exclusivamente governamental.

O policentrismo legal se caracteriza pela presença simultânea de vários centros de interesses juridicamente protegidos no mesmo conflito. Conforme percebeu Lon Fullen, esse tipo de problema não poder ser adequadamente resolvido por técnicas tradicionais de decisão judicial. Nesse contexto, os interesses dos diversos subgrupos não podem ser enquadrados nas singelas categorias de autor e réu. Há zonas de interesses que se sobrepõem parcialmente, mas também se opõem em determinados contextos.

É em virtude dessas características que surge a necessidade de alteração do funcionamento da estrutura. A complexidade do problema e o modo como suas frações interagem é que exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada. Se não for, o problema não será resolvido, ou será apenas aparentemente resolvido, sem resultados concretos, ou será momentaneamente resolvido e surgirá novamente no futuro, colocando a perder todo o esforço despendido.²⁰⁶

Voltemos ao exemplo sanitário classificado como simples, em que uma demanda individual medicamentosa poderia ser facilmente provida judicialmente ante a presença

²⁰⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 57.

dos requisitos elencados no artigo 28 do Decreto 7.508/2011. Ainda assim, cabe considerar os seguintes polos de interesse: a) direito do indivíduo em obter a medicação pela via judicial; b) direito de indivíduos carecedores da mesma medicação obterem pela via administrativa; c) direito do Município de organizar sua política pública sanitária administrando seu pessoal e material (aqui entendido não apenas o fármaco mas toda a logística que envolve seu fornecimento) da melhor forma a alcançar a universalidade do direito à saúde (aqui compreendido o mínimo existencial e a reserva do possível).

Nesse ponto cabe evidenciar que “nem sempre a participação direta de todos os envolvidos é a melhor solução para a tramitação do processo. [...] sobretudo quando comprometem a solução adequada e rápida do feito”.²⁰⁷ O que permite concluir que alguns desses polos reunidos em uma representação processual otimizaria a marcha processual até o deslinde do litígio.²⁰⁸

Com o mesmo intuito de otimizar a participação e a representatividade dos interessados na demanda, é preciso lembrar a proposta de conversão de ações individuais em coletivas, prevista no artigo 333 do CPC/2015, vetado sob a justificativa, entre outras, de que o tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto.²⁰⁹ Tal objetivo, defende-se, pode ser considerado no instituto do processo estrutural, que, por romper com a ideia de processo civil engessada na forma de triangulação do processo, torna tangenciável soluções complexas para demandas complexas.

Indo no mesmo sentido, Arenhart preceitua que devemos abandonar a ideia de que processo seja algo abstrato, tratado como um dado e retomar a ideia do processo como instrumental em construção intrinsecamente ligado ao problema que se propõe solucionar:

As regras do processo só podem valer legitimamente se e quando cumprem sua missão constitucional e aderem, de fato, aos problemas da realidade a que devem servir.

[...] o processo *não é um dado*, mas um construído. Deve ser construído à luz das circunstâncias concretas do problema a ser enfrentado e da realidade do direito material a ser atuado. Logo, pensar

²⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 77.

²⁰⁸ Como exemplo de representação de indivíduos carecedores de medicamentos fornecidos pelos entes federados, poder-se-ia considerar a participação da Associação Brasileira dos Usuários do Sistema Único de Saúde (ABUSUS), ou, ainda, no caso dos laboratórios nacionais desenvolvedores de medicamentos fornecidos pelos entes, a Associação dos Laboratórios Farmacêuticos Oficiais do Brasil (ALFOB).

²⁰⁹ As razões do veto podem ser lidas na íntegra aqui: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>.

o direito processual em abstrato constitui um grave equívoco. É necessário conceber o processo *para o caso* e à luz do caso.²¹⁰

Na prática, significa que o julgador pode extrapolar os pedidos elaborados pelo requerente na inicial e partir do dano como princípio do desenho processual, perguntando-se quem são os atingidos. Dessa forma, Vitorelli propõe que “é preciso tomar a violação como ponto de partida para encontrar formas de cessar o comportamento que a origina ou o contexto estrutural que a favorece”.²¹¹ Isso porque, assim como o pagamento de indenizações não impede novo dano, o fornecimento judicial de medicamento de forma pontual não resolve a problemática tão complexa da política pública sanitária.

Na mesma esteira, Arenhart ressalta que, no campo das políticas públicas, o contexto apresenta contornos instáveis, podendo haver alterações ao longo do tempo das necessidades de proteção. Por essa razão, o princípio da demanda e o da adstrição podem ser mitigados, não precisando o magistrado limitar-se ao pedido da parte. Assim sendo, Arenhart defende que “esse princípio tenha sua incidência atenuada, permitindo que o juiz possa, em certas situações, diante das evidências no caso concreto da insuficiência ou da inadequação da ‘tutela’ pretendida pelo autor na petição inicial, extrapolar os limites do pedido inicial”²¹².

Convém ressaltar, ainda, a insuficiência do processo civil tradicional especificamente em demandas sanitárias de alto custo, em que valor significativo do orçamento da Administração Pública é dotado para assegurar o direito à saúde de uma pessoa ou de determinado grupo, enquanto tantos outros não figurantes no litígio, mas igualmente detentores do direito à saúde garantido pela política pública, são afetados. Nesse sentido, Arenhart frisa a necessidade de um novo modelo de atuação jurisdicional:

[...] é também plenamente possível imaginar que situações voltadas à tutela de direitos *metaindividuais* ou *individuais homogêneos* gerem uma situação de *impossibilidade* ou *inidoneidade* de execução imediata. Também nesse caso, compete ao Poder Judiciário dar conta

²¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 13-14.

²¹¹ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via judicial. In: ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 331.

²¹² ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. Interesse Público* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Hf7h8H>. Acesso em: 12 jan. 2022.

do problema de maneira criativa, em um percurso no qual as respostas do processo civil tradicional se mostram insuficientes.

Para ilustrar essa preocupação, basta pensar no exemplo atualíssimo das diferentes medidas propostas em face do Poder Público voltadas ao fornecimento de medicamentos de alta complexidade. Nessas hipóteses, tomando-se como premissa a exigibilidade imediata do direito fundamental à saúde, não parece haver maiores dúvidas de que, diante de cada negativa, surge situação de resistência a uma *pretensão individual*. Assim, cada cidadão, de maneira pulverizada, poderia aparentemente perseguir em juízo sua própria proteção.

Não obstante, caso referida situação fosse enfrentada a partir de sua moldura coletiva, seria plenamente possível que a conclusão a ser alcançada em juízo fosse problemática: de um lado, o fornecimento poderia se mostrar a saída mais óbvia e natural; de outro, porém, seria plenamente viável que o *custo* ocasionado por essa tutela fosse insuportável – ou, no mínimo, fizesse com que o *cobertor se revelasse curto* para a proteção de outros elementos afetos à saúde. As respostas dicotômicas dificilmente bastariam, sendo preciso se pensar em um novo modelo de atuação jurisdicional.²¹³

Após essa breve introdução ao processo estrutural, surge a seguinte questão: qual a origem desse novo processo civil que leva em consideração as demandas multipolares complexas e pensa o pleito exordial de forma mais flexível, considerando todos os atores envolvidos como partes proativas da solução do que se tem como um litígio estrutural?

3.2.2 Caso *Brown v. Board of Education* e seu paralelo com as causas sanitárias

Explicar as origens dos litígios e das decisões estruturais é relevante não apenas para entender a evolução histórica e processual desses institutos, mas principalmente para compreender, por meio de um caso prático, o contexto de alta complexidade em que se forma uma demanda estrutural, bem como seu alto teor moral.

Marco Félix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha, relatando a origem do processo estrutural, referenciam que “de acordo com Desirê Bauerman, em estudo comparativo sobre o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer entre as tradições dos Estados Unidos e do Brasil, o caso *Brown* foi o *leading case* do que seriam ‘ações estruturais’”.²¹⁴

No século XIX, a segregação racial nos Estados Unidos era culturalmente aceita e considerada juridicamente acertada, por meio da chamada doutrina *separate, but equal*.

²¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 32-33.

²¹⁴ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 868-869.

O pensamento de que, apesar de viverem separados, negros e brancos experimentavam oportunidades iguais foi declarado constitucional em 1857, com o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*,²¹⁵ e reafirmado em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*.²¹⁶

Quase sessenta anos depois, em 1954, a Suprema Corte reviu seu entendimento sobre a segregação racial no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, dando amplitude ao sentido jurídico de igualdade. Entretanto, tal reajuste de entendimento não foi simples e exigiu do Judiciário estadunidense, como um todo, sensibilidade para definir os passos necessários à efetividade da nova interpretação constitucional.²¹⁷

Tal cuidado foi observado já na escolha do feito em que se daria a mudança de entendimento. No início daquela década, havia cinco casos tratando da segregação racial, originados de quatro estados diferentes: Delaware, Carolina do Sul, Kansas e Virgínia. Entre esses, foi escolhido o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* por ser a causa originada em localidade onde a incitação à mudança cultural enfrentaria menos resistência.²¹⁸

Ciente da grande dificuldade de ver implementada na prática a quebra de paradigma, a Corte americana optou por prever na ocasião do julgamento a necessidade de nova reunião dali a um tempo. Tal decisão tinha por finalidade verificar o real desenvolvimento da decisão proferida, o que veio a acontecer no ano seguinte, em 1955, no julgamento que ficou conhecido como *Brown vs. Board of Education II*.

O caso em si dizia respeito a uma aluna, Linda Brown, que, assim como tantos outros, era submetida à segregação racial em escolas de ensino fundamental na cidade de Topeka, no Kansas. Mesmo havendo escolas para sua faixa etária próximas de casa, em nenhuma delas eram permitidas crianças negras, de forma que a menina se via obrigada

²¹⁵ No caso, *Dred Scott*, escravo da família *Sandford*, ingressou com ação pleiteando a liberdade por ter trabalhado alguns períodos em estados que consideravam proibido o trabalho escravo. A Suprema Corte negou-lhe a liberdade por não o ver como cidadão, sem acesso, portanto, ao sistema Judiciário.

²¹⁶ *Plessy* foi um jovem que ingressou em vagão destinado somente a pessoas brancas no estado de Louisiana e, ao ser-lhe ordenado que trocasse de vagão, recusou-se a se dirigir ao vagão destinado somente a pessoas negras e acabou preso. A lei que determinava que as acomodações em transporte ferroviário, apesar de separadas, fossem iguais, foi julgada constitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

²¹⁷ A nova interpretação deu-se a partir do texto da Quarta Emenda Constitucional, que tem a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição e igualdade de proteção perante a lei”.

²¹⁸ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 863-864.

a atravessar a cidade a pé para poder frequentar as aulas de uma escola voltada exclusivamente a crianças negras.

Logo se percebeu que a satisfatória apreciação do caso compreenderia não apenas a necessidade de reconhecer a inconstitucionalidade da segregação racial conforme o texto da Quarta Emenda da Constituição estadunidense, como também a determinação de medidas pontuais que fomentassem a mudança de comportamento e mentalidade de todos os envolvidos na educação infantil. Por conseguinte, conforme afirma Camila Perez Yeda Moreira dos Santos, havia a necessidade de mudança de toda uma estrutura:

A decisão provocou um grande impacto na sociedade norte-americana, permitindo que os negros pudessem frequentar as mesmas escolas dos brancos. Foi um marco para o fim da segregação racial. No entanto, a mera declaração de inconstitucionalidade não era suficiente, já que deveriam ser tomadas medidas para a concretização da decisão, que mudava radicalmente toda uma cultura impregnada na sociedade. Toda uma estrutura precisava ser modificada, com exigência de novos procedimentos para a escolha dos alunos; novos critérios de construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes públicos para acomodar novas rotas; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; novos sistemas de informações para monitorar o desempenho da organização, entre outros.²¹⁹

Nesse ponto do célebre julgamento, há divisão doutrinária acerca do caso *Brown* como exemplo de processo estrutural propriamente dito. Isso porque, diante da complexidade do que se propunha ao se declarar inconstitucional as leis que segregavam os negros dos brancos, a Suprema Corte optou por se abster de traçar determinações bem definidas e orientadas a pessoas ou instituições. Nas palavras de Vitorelli, a Corte disse o “quê”, mas não o “como”:

O processo coletivo estrutural nasceu de uma necessidade eminentemente prática, quando as luzes se apagaram em *Brown v. Board of Education*. O *Chief of Justice Warren*, Responsável pela decisão, adotou a posição de que ela deveria expressar um consenso da Corte, pois a mudança de entendimento e se pretende tanto que em dia de mudança realizar seria enfraquecida pela existência de votos vencidos o preço a pagar pela unanimidade foi o baixo grau de detalhamento do voto publicado. *Brown* é uma decisão sucinta, que diz apenas que a segregação é ilegal. Quando chega o momento de determinar o que fazer para resolvê-la, a Corte afirma:

²¹⁹ SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. *Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 55.

“Porque essas são ações coletivas e por causa da ampla aplicabilidade dessa decisão, e em razão da grande variedade de condições locais, a formulação de ordens nesses casos apresenta problemas de considerável complexidade. [...] de modo que nós tenhamos a total assistência das partes para formular essas ordens, os casos serão devolvidos aos juízos e as partes são convidadas a apresentar novos argumentos [...]”

Fica claro que a Suprema corte disse o “que”, mas não disse “como”. esse segundo momento, que ficou conhecido, embora não tanto quanto o primeiro, como *Brown II*, confirmou a impressão de que a Suprema Corte iria se abster de responder às perguntas difíceis remanescentes.

Por outro lado, os juízes das instâncias inferiores, imbuídos da ampla liberdade prática que a decisão deixou aos casos específicos e atentos à orientação de se formular ordens considerando novos argumentos das partes envolvidas, passaram a reestruturar, caso a caso, a complexa teia de pessoas e órgãos envolvidos na segregação racial local.

Para tanto, utilizaram-se das chamadas *injunctions*,²²⁰ que são determinações judiciais de obrigação de fazer ou de não fazer. Utilizadas nesse contexto de implementação efetiva de direito fundamental, foram chamadas por Owen Fiss de *civil rights injunctions*, passando a serem conhecidas como *structural injunctions* quando, ainda, intentam reestruturar alguma organização, seja pública ou privada. Vitorelli resume essa segunda fase do julgamento nos seguintes termos:

A Corte devolveu os casos pendentes aos juízes de origem para “adotar providências compatíveis com esse julgamento, expedindo as ordens para tanto necessárias, de modo a fazer com que as partes ingressem em escolas públicas não segregadas com base em raça, com a máxima urgência”. Não foi fixado qualquer parâmetro concreto, de modo ou de tempo, para que se produzisse ou avaliar se uma alteração que significava, na prática, mudar todo o sistema educacional de diversos estados, afetando milhares de crianças e pais, além das instituições administrativas responsáveis pela gestão das escolas.

Assim, os juízes inferiores começaram a criar, por conta própria, modos de implementar essa decisão, voltando-se para o uso de *injunctions*, ordens judiciais que estabelecem obrigações de fazer ou não fazer. embora já existissem, há tempos, no sistema americano,

²²⁰ Santos afirma que “seria possível comparar as *injunctions* com a nossa ação mandamental. No Brasil, tradicionalmente, adota-se a classificação trinária dos provimentos jurisdicionais, classificando-os em conhecimento ou declaratório, executivo e cautelar, sendo o primeiro subclassificado em meramente declaratório, constitutivo e condenatório. [...] A *injunction* poderia ser entendida como a nossa tutela mandamental, em que se determina a realização de algo, não se limitando apenas a condenar.” (SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. *Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 59-60).

sendo originárias das cortes de *Equity*, as *injunctions* foram pouco utilizadas na primeira metade do século XX, em razão dos entendimentos jurisprudenciais restritivos, então vigentes. Na era pós-*Brown*, elas se tornariam o principal instrumento para determinar que os servidores públicos encarregados da organização escolar adotassem comportamentos tendentes à dessegregação, em meio à forte resistência política e popular em algumas localidades. As *injunctions* emitidas neste contexto de afirmação de direitos fundamentais (*civil rights*), ou seja, de direito público (*public law litigation*), foram denominadas, por Owen Fiss, *civil rights injunction*. o caso *Brown*, portanto, não é um exemplo de processo estrutural. foi a sua implementação que, em algumas localidades e por iniciativa dos juízes locais, adquiriu, gradativamente, essa característica.

Logo, de acordo com a doutrina norte-americana, há uma categoria de ações judiciais de interesse público (*public law litigation*), que se valem de ordens judiciais que impõem obrigações de fazer ou não fazer (*injunctions*) para a realização de direitos fundamentais (*civil rights injunctions*). Quando há necessidade de, para atingir o objetivo de tutela de um direito fundamental, reformar instituições inteiras, as ordens judiciais respectivas ficam conhecidas como *structural injunctions*. Assim, a referência ao processo coletivo estrutural (*structural litigation*) é aplicável aos casos em que a pretensão coletiva não é apenas de imposição de um comportamento, mas a realização de uma alteração estrutural em uma organização, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro.

Assim, a Suprema Corte americana, ao decidir nesse segundo momento de forma ampla pelo fim da segregação, deixando a cargo das instâncias inferiores as tomadas de decisão necessárias à concretização da *ratio decidendi*, não pôs fim à complexa demanda racial que envolve o ensino público estadunidense. Na verdade, ela estabeleceu as diretrizes básicas do que se poderia considerar o objetivo de toda determinação judicial que envolvesse o ensino público: integração racial, levando em conta as particularidades que cada localidade possui. Nas palavras de Arenhart, Osna e Jobim:

Em seus próprios termos, a Suprema corte estipulou uma rota continuada e descentralizada para dar vida ao comando judicial. Sob esse viés, ainda que remanescesse ao órgão uma possibilidade de fiscalização a respeito daquilo que efetivamente vinha sendo feito, as providências concretas deveriam ser escalonadas e adotadas levando em conta as inúmeras realidades materiais. É certo que as objeções poderiam ser trazidas ao efeito prático da decisão (embora com referência ao seu efeito simbólico). Aqui, o ponto central pode ser assim posto, em poucas palavras: mesmo após ter sido decidido, o processo não encontraria imediatamente o seu fim.

[...]

Mesmo partindo de uma premissa central a ser preservada (no caso, a impossibilidade de segregação no âmbito escolar e a necessidade

de sua cessação), estabelece-se uma dinâmica aberta a respeito do percurso a ser traçado para alcançar sua máxima efetividade.²²¹

Paralelo entre o *Brown v. Board of Education* e o RE 855.178/SE

Ao comparar o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* com o RE 855.178 RG/SE, observamos algumas características comuns a ambos. No referido recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu orientações pré-definidas, tampouco impôs determinações delineadas aos atores institucionais envolvidos no caso. Os Ministros, após analisarem o cenário atual do sistema de saúde público com as suas falhas e vantagens, alertaram para o comprometimento futuro do SUS, uma vez considerada a judicialização da forma como vem sendo interpretada a máxima da solidariedade entre os entes.

Assim, reafirmaram a jurisprudência pacificada de que todo ente é responsável solidário em demandas sanitárias, mas isso na medida da competência de cada um deles. Ou seja, da mesma forma que ocorreu no caso *Brown v. Board of Education*, é possível afirmar que, “ainda que a Corte reconheça a existência do direito, não necessariamente [fixou] de forma autônoma os provimentos que conduzirão a sua concretização”.²²²

Esse tipo de comportamento jurisdicional revela a transformação de uma estrutura revisional de Corte Superior em uma estrutura típica de Corte Suprema. Com efeito, ambas as cortes, a brasileira e a americana, ao se debruçarem sobre a legislação pertinente aos casos e ao desenvolverem norma resultante da interpretação ampla do texto a eles relativos, estabeleceram-se como parceiras do Poder Legislativo e como guias norteadoras do entendimento a ser seguido dentro do Poder Judiciário. Sobre essa característica própria das Cortes Supremas, Daniel Mitidiero arremata:

[...] Entre os Poderes, a Corte Suprema ocupa a posição de parceiro do Poder Legislativo na tarefa de promoção do império do Direito, estabelecendo-se aí uma clara relação de *colaboração*. Com esse desenho, o modelo de Corte Suprema acaba dando azo a uma relação de *forte confiança* entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que a Corte Suprema é vista como uma corte que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para promoção da unidade do Direito. Não é uma

²²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 29-30.

²²² *Ibidem*, p. 30.

corte de censura da magistratura ordinária e servil ao Poder Legislativo. É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adstrito ao Direito. É uma Corte *guia*.²²³

Outra característica que aproxima o caso *Brown* do precedente estabelecido no RE 855.178 RG/SE reside no fato de que, assim como a Corte Suprema norte-americana não teve o objetivo de solucionar a questão do racismo no país, a decisão emanada pelo Supremo Tribunal brasileiro no precedente em análise não tentou resolver o problema da saúde pública no Brasil.

Ainda que se possa, em uma interpretação mais restrita, extrair da *ratio decidendi* do precedente em tela que se estaria exigindo ao tutelado judicialmente ser necessariamente usuário do SUS, talvez obrigando a todos a utilizarem o sistema único como forma de valorá-lo, não parece ser essa a melhor interpretação dada ao julgado. Ao revés, a *ratio* do referido precedente estabelece, na verdade, um norte, uma diretriz a fim de contribuir com uma pequena peça nesse enorme quebra-cabeças que constitui o sistema hoje insuficientemente integrado da saúde pública, intrinsecamente interligada com a saúde privada.

Arenhart, referindo-se ao caso *Brown*, afirma que, no contexto da elaboração daquele precedente, “colocou-se em perspectiva um debate plenamente afinado [...] com a dubiedade de que mudanças culturais possam ser impostas pronta e unicamente de cima para baixo”.²²⁴ Essa observação parece se encaixar perfeitamente no caso do Tema n. 793/STF, no qual foi estabelecido expressamente que o direcionamento do feito em relação aos efeitos de competência e financeiros da demanda sanitária fica a cargo do julgador das instâncias inferiores. Confira-se o teor da tese firmada:

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

²²³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 75.

²²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 26.

cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.²²⁵

Há que se observar no âmbito das decisões estruturantes a reflexão feita por Tosta e Marçal. Os autores destacam a dificuldade a ser enfrentada pelo juízo direcionador das medidas estruturantes, porquanto há nesse tipo de demanda uma tensão entre os polos formadores da lide que somente será neutralizada por meio de uma série de instrumentos judiciais sistêmicos. Nos seus dizeres:

Tomando-se, por exemplo discussões sobre políticas públicas, há, no pano de fundo, uma tensão entre o Judiciário, as instituições do Poder Público competentes por planejar, executar e fiscalizar políticas públicas, e os particulares afetados pelos comandos judiciais. Assim, decisões materialmente estruturantes demandam a equalização dessa tensão por meio de instrumentos judiciais sistêmicos, abrangentes e participativos.

A tarefa não é fácil, pois envolve, de um lado, o direito individual que foi trazido ao Judiciário e que se pretende tutelar e; de outro, uma série de interesses que precisam ser observados, já que serão direta e/ou indiretamente afetados pelas decisões que serão proferidas e que também possuem proteção jurídica.²²⁶

Por conseguinte, pode-se concluir que a reflexão sobre as medidas estruturais que, de forma conjunta, e ao decorrer de algum tempo, formarão a decisão estrutural deve ocorrer a partir do comando expresso no precedente sanitário e da consciência da complexidade que envolve uma demanda estrutural.

3.2.3 Aspectos das decisões estruturais e sua viabilidade na seara sanitária

As decisões estruturais, como já outrora observado, pretendem trabalhar a demanda multipolar até encontrar, de forma colaborativa com os outros atores envolvidos, a melhor solução possível à problemática estrutural. Para tanto, busca

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Tema 793/STF*. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 16 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=793>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²²⁶ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. Salvador, Juspddivm, 2021. p. 221.

embasamento principal no artigo 21 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), que assim dispõe:

A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

A despeito de, no caso concreto, não se tratar efetivamente de decretação de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, o juízo que garante medicamento pleiteado por particular, esteja ele inserido ou não nas listas de medicamentos próprios de políticas sanitárias, faz as vezes de gestor da administração pública medicamentosa, interferindo em atos, contratos, ajustes ou mesmo normas administrativas, como é o caso em que o medicamento pleiteado consta de lista cuja competência é diversa daquela do ente demandado.

Abandonando a discussão de se deveria ou não o Judiciário intervir na seara Administrativa, e admitindo-se que já o faz quando decide a respeito do pedido judicial, pode-se ver no artigo 21 da LINDB um marco legal para a responsabilização dessa interferência judicial em atos próprios da Administração Pública, conforme defendem Tosta e Marçal:

Em demandas policêntricas, as consequências jurídicas e administrativas não são aferíveis por meio de considerações sobre o caso concreto, elas dependem de informações sistêmicas a respeito dos múltiplos interesses envolvidos. É dizer: se é materialmente estruturante, o art. 21 da LINDB indica que sua resolução seja, também, estruturante; os meios de intervenção judicial típicos de processos individuais não seriam capazes de observar esses requisitos, ao passo em que as medidas estruturantes podem prover alternativas mais informadas.

O dispositivo serve como marco legal para o consequencialismo judicial: se antes havia debate sobre *se* consequências devem ser ou não consideradas na tomada de decisão judicial, o dispositivo passou a *exigi-las* explicitamente. Há várias correntes a respeito de como as incorporar em casos concretos [...], mas, em todo caso, medidas estruturantes são necessárias para incorporar adequadamente as consequências em casos multifocais. O art. 21 da LINDB reforça essa conclusão ao exigir essa referência expressa às “consequências

administrativas” na decisão, que, em demandas policêntricas, são compostas por elementos globais por excelência.²²⁷

Entretanto, o previsto no artigo 21 da LINDB não necessariamente vem inovar quanto à preocupação da interferência externa em área própria da Administração Pública. Sérgio Cruz Arenhart, buscando a origem dessa abertura, relembra que a ação popular proporcionou a interação processual de atores diversos daqueles envolvidos na formação tradicional de uma lide, oportunizando que interesses que transcendem o indivíduo fossem levados a juízo por meio de iniciativa individual e evidenciando todo um campo em que o processo civil tradicional não seria desejável:

[...] o cidadão que ingressasse com a ação popular não agiria em favor de um interesse próprio, mas em defesa solidária de um possível bem comum – contrapondo-se à Administração em favor da coletividade. Como consequência, surgiria espaço propício para a intervenção judicial em áreas como as políticas públicas, criando um desafio.

Como indicado em outras oportunidades, esse fluxo foi ampliado e reforçado com o advento da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. É que ali, conferindo-se enquadramento explícito às categorias de direitos *difusos*, *coletivos* em sentido estrito e *individuais homogêneos*, a inserção do Poder Judiciário em uma esfera mais *multitudinária* e provida de maior *complexidade* se tornou ainda mais sensível. Em poucas palavras, seja ao se falar nos direitos individuais “de massa”, seja ao se identificar os direitos materialmente *metaindividuais*, forma-se um campo no qual as respostas típicas do processo civil tradicional tendem a se mostrar *inviáveis* ou *indesejáveis*.²²⁸

Na prática, o CPC/2015, em seus artigos 67,²²⁹ 68,²³⁰ e 69²³¹, caminhou para essa transformação processual, dando embasamento legislativo para uma maior cooperação

²²⁷ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. Salvador, Juspdivm, 2021. p. 223-224.

²²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 32.

²²⁹ CPC/2015: “Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.”

²³⁰ CPC/2015: “Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.”

²³¹ CPC/2015: “Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem,

entre atores judiciais, flexibilizando procedimentos que permitem maior diálogo dentro da lide a ser trabalhada e estimulando a integração do Poder Judiciário como um todo. Sérgio Cruz Arenhart afirma que se trata de iniciativa para possibilitar medidas processuais que trabalhem a demanda como um *case management* e que isso implica em uma releitura da atividade jurisdicional:

Sendo este o cenário, pode-se então concluir que, por meio do novo permissivo, procura-se estabelecer uma racionalidade de *case management* para adequar, a partir de eventuais exigências fáticas, a tramitação de medidas processuais. Evidentemente se trata de releitura da atividade jurisdicional, podendo inclusive confrontar algumas noções clássicas da disciplina (como a visão mais tradicional da baliza do *juiz natural*). De qualquer modo, o mecanismo, se devidamente utilizado, pode consistir em um importante caminho para que o processo seja mais fielmente harmonizado com as suas necessidades.²³²

Assim, no cenário legislativo atual, é possível que a decisão emanada em um processo estrutural busque soluções de forma ampliada, com participação de outros atores judiciais em um feito que aparentemente se limitaria a dois polos pré-definidos. É razoável pensar na possibilidade de um julgador solicitar informações a juízo outro que também tenha se deparado com pleito medicamentoso similar e, a partir da identificação do órgão administrativo responsável pelo fornecimento da medicação, trabalhar a demanda para que não apenas o pleito individual seja atendido, mas a origem da deficiência da política pública seja identificada e trabalhada por todos os atores possivelmente identificados na demanda.

Uma das motivações para tanto reside em um tipo de prova tipicamente comum em processos complexos: a prova estatística. O próprio Supremo Tribunal Federal se valeu de algumas provas estatísticas para demonstrar a preocupação com a excessiva judicialização da saúde e o previsível desmonte do SUS causado pela interferência judicial em seara própria de políticas públicas:

precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. § 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III – a efetivação de tutela provisória; IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V – a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional. § 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.”

²³² ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.41.

- No Estado do Paraná, o valor da distribuição de medicamentos para atendimento de ordens judiciais dirigidas ao Estado, **em 2003 era de 741.36906 (setecentos e quarenta e um mil reais) passou, em 2013, para 85.009.327,63 (oitenta e cinco milhões de reais). Projete-se este crescimento para os 26 Estados e milhares de Municípios.**

- Em São Paulo, segundo informações da Secretaria de Saúde do Estado (considerando a Capital e as cidades do interior), apresenta-se a seguinte relação entre ações e gasto com a determinação judicial nelas determinadas: **média mensal de 1550 (mil, quinhentas e cinquenta) ações dirigidas ao Estado (entre capital e interior), que somam dispêndio médio mensal de pouco menos de 5.000.000,00 (cinco milhões). São 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) por ano, com ações judiciais, só com demandas movidas contra o Estado de São Paulo (fora o gasto dos Municípios individualmente e da União).**

- A propósito, um estudo comparativo mencionado por Renato Luís Dresch (Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (org). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014. p. 31) permitiu concluir: **“Os Municípios ainda são os mais sacrificados com os gastos com saúde. Com base em dados do ano de 2012 constata-se que os Municípios gastaram em média 21,45% de receitas próprias, os Estados membros investiram em média 12,69%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB”.**

- Corroborando e complementando o dado supra, apresenta-se o exemplo do Município de Tubarão/SC (em documento que juntou aos autos do RE 566.471), que informa gastar com o atendimento de determinações judiciais a ele dirigidas (para um pouco mais de mil ações) o mesmo RS 1.000.000,00 (um milhão, em dados válidos para o ano de 2012, que só devem ter crescido) dos recursos destinados à saúde, que gasta nas políticas públicas destinadas a atender os seus 100.000 (cem mil) habitantes.

- **Como visto, Estados e Municípios (em especial os economicamente mais débeis) são os mais atingidos pela inobservância das leis e pactos do SUS, pois são compelidos por ações judiciais a custear medicamentos e tratamentos que não estão e sequer estariam sob sua responsabilidade, segundo as normas legais (e pactuadas, nos termos da lei) de distribuição de competências.**

- Em relação aos dados trazidos pela União (nos memoriais entregues no RE 566.471), extrai-se uma informação interessantíssima (além dos gastos com aquisição em si): os custos de armazenamento, transporte e entrega de medicamentos fora das políticas públicas (ou seja: por ordem judicial) chegou em 2014 em 4.583.169,33 (quatro milhões, quinhentos e oitenta e três mil reais). Isso, repiso, que a União é o ente menos onerado pela judicialização em termos proporcionais e se está a analisar somente gastos com deveres instrumentais.²³³

Assim, vê-se que o próprio precedente forneceu subsídio para justificar uma atuação jurisdicional mais arrojada, procurando ir além do pedido medicamentoso

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

individual e alcançando a política pública como um todo que exista e se mostra falha ou que inexistia para o caso concreto.

Tal postura se mostra não apenas desejável, mas talvez o único caminho para que se possa alterar o cenário que se desenha com a judicialização desenfreada da saúde. E a característica da prospectividade das lides estruturais casa com essa mesma característica dos julgados precedentes. Com efeito, conforme visto nos capítulos anteriores, o precedente judicial de Corte Suprema não tem como objetivo a resolução de causas múltiplas ou a revisão de feitos repetitivos, apesar de assim o fazer na prática jurídica atual.

O precedente objetiva o desenvolvimento do direito a partir da interpretação da norma jurídica com efeitos futuros. E assim o Supremo Tribunal Federal o fez ao concluir pela necessidade de atuação singular quanto à competência financeira para arcar com os custos do medicamento pleiteado. Vale conferir o pronunciamento do Ministro Edson Fachin após intenso debate a respeito da repartição de competências para a prestação do serviço de saúde:

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminentes Pares, a proposta que trago a este Colegiado, esperando que ela esteja em linha de coerência com o que se deliberou por maioria, está vertida em apenas seis linhas, e é do teor da cópia que fiz chegar, agora, às mãos de Vossa Excelência. Leio:

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.

É o que trago como proposta.²³⁴

Após ser acompanhado pelo voto dos pares, o entendimento firmado pelo Ministro Fachin foi elogiado pelo Ministro Presidente Dias Toffoli por ter abrangido de forma sensível a problemática da repartição da competência em matéria que normalmente é judicializada com certa urgência:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):
Também acompanho o Relator, apesar de vencido na sessão de ontem.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. p. 155. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

A tese – cumprimento o eminente Relator – contemplou várias questões colocadas em debate, como, por exemplo, a ideia da compensação, porque, em uma emergência, em uma situação de urgência – e foi a preocupação demonstrada por Vossa Excelência, Ministro Ricardo –, o Juízo demandado e o polo passivo podem não ter sido os competentes, mas uma vida foi salva, cuidou-se da saúde daquele que, nos termos de nossa Constituição, da qual somos guardas, precisava ter a assistência de saúde.

Essa tese proposta pelo Ministro Luiz Edson Fachin trata exatamente, no final, do ressarcimento, da compensação entre os entes da Federação, de acordo com o nível ou com a estrutura normativa de regulamentos de tratamento da saúde, entre as competências da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Cumprimento o eminente Ministro Edson Fachin pela capacidade de formular uma tese que refletiu o voto majoritário, mas que também contemplou as preocupações expressas nos votos vencidos. E isso realmente é algo que temos sempre que procurar atingir.²³⁵

Assim, vale destacar que ficou decidido competir ao juiz da causa “direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, o que, na prática, pode ser uma abertura para medidas contínuas de aperfeiçoamento de políticas públicas de fornecimento de medicamento ou tratamento sanitário, dentro de um processo estrutural.

3.3 A FLEXIBILIZAÇÃO RESULTANTE DA *RATIO DECIDENDI* DO RE N. 855.178 RG/SE COMPLEMENTADA PELAS DECISÕES ESTRUTURANTES

É possível reconhecer que o RE 855.178 RG/SE, julgado após grandes debates, ao longo de anos, e com complementação substancial após os embargos de declaração, se trata não apenas de um julgado representativo de causas múltiplas, mas de verdadeiro precedente.

Retomando a afirmação de Marinoni, que preceitua que “o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente, ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”,²³⁶ pode-se afirmar que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 855.178/SE fixa um precedente.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. p. 164. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 153-155.

Por outro lado, também pode-se afirmar que se trata de julgado norteador de julgamento de demandas repetitivas. Afinal, a tese firmada em repercussão geral vincula e, assim, diminui o espaço de interpretação do julgador, em todas as causas que tratem de responsabilidade solidária em seara sanitária.

Observa-se que o primeiro voto lançado no julgamento, ainda em 2010, pelo Relator, Ministro Luiz Fux, é desenvolvido em um modelo mais associado à jurisdição da *civil law*, com a descrição da jurisprudência já firmada seguida de colação de julgados a confirmarem quantitativamente a posição adotada (de que os entes são solidariamente responsáveis de forma taxativa).

Já o voto em embargos de declaração do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, desenvolve-se em muitas partes, com descrição não dos fatos do caso concreto, mas dos fatos normalmente considerados em causas como a do julgado, com provas estatísticas, declarações do CNJ, doutrina especializada, legislação constitucional e infraconstitucional, além da jurisprudência.

Veja-se cada uma das partes²³⁷.

Primeiro, o Ministro julgou a preliminar de descabimento de julgamento dos embargos de declaração em julgamento não unânime em plenário virtual, entendendo pela equivalência dos plenários físico e virtual e rejeitando o recurso, portanto:

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de embargos declaratórios opostos pela União em face de acórdão que reconheceu a repercussão geral e reafirmou jurisprudência dominante desta Corte quanto à “responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde” (TEMA 793).

A embargante alega a existência de pontos de omissão e de obscuridade no julgado. Afirma, ainda, que eventual acolhimento de pedido com efeito modificativo é possível em sede de embargos declaratórios atípicos.

Ao identificar as omissões e as obscuridades apontadas, argumenta, em apertada síntese, que:

i) a “reafirmação da jurisprudência dominante na Corte” deve ser realizada pelo Plenário Presencial e não pelo Virtual.

ii) há necessidade de esclarecimento da questão da responsabilidade solidária dos entes federados, que, ao juízo da embargante, foi indevidamente atrelada à controvérsia n. 50, que trata da possibilidade de a União dispensar diretamente medicamentos e tratamentos à população.

iii) há omissão consistente na ausência de pronunciamento conclusivo sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no

²³⁷ Esta citação e as seguintes foram extraídas de BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

“*leading case*” do Plenário do STF relacionado à saúde – STA 175 – AGR.

A Defensoria Pública da União requereu a rejeição integral dos embargos.

O e. Relator votou pelo desprovemento dos embargos. Pedi vista e apresento voto.

I) Preliminar:

Inicialmente, entendo que os Embargos de Declaração são cabíveis de decisões do Plenário Virtual na mesma medida em que o são no Presencial.

Não há, portanto, para efeitos de cabimento, diferença entre decisões emanadas do Plenário Virtual ou do Presencial.

Nessa medida, é embargável decisão que reafirma jurisprudência dominante proferida pela Corte em plenário virtual, sob a alegação de ocorrência dos vícios de obscuridade, omissão ou contradição (art. 535, CPC; RI). Se os embargos asseveram esses vícios, como se sustenta, em tese, no caso concreto, devem ser conhecidos. Se eles realmente se verificam, é questão de provimento ou desprovemento do recurso.

Ante o exposto, conheço dos embargos.

II) Mérito:

Examinando analiticamente cada pedido, na ordem em que apresentados, acompanho o e. Relator, Ministro Luiz Fux, para rejeitar os embargos e reconhecer:

1) A impossibilidade dos embargos para assentar a tese de que a reafirmação da jurisprudência da Corte deve ser presencial (e não pelo plenário virtual). Os argumentos utilizados não permitem a conclusão sindicada pela embargante.

O fato de não ter sido reafirmada de forma unânime a jurisprudência da Corte não induz à necessidade de rediscussão da tese (vencida) no Plenário Presencial; não há hierarquia entre os Plenários Virtual e Presencial.

Ademais, é evidente que o artigo utilizado como fundamento (da necessidade do julgamento pelo plenário presencial – art. 323, RI) trata da possibilidade do julgamento pelo plenário virtual, não possuindo o alcance e o sentido (proibitivo) que a União pretende (de estabelecer uma espécie de hierarquia ou preferência entre os plenários).

Por fim, é o fato de haver quórum constitucional para a reafirmação da jurisprudência – virtual ou presencial - que importa; entender de forma diversa significa acolher uma nova espécie de embargos de divergência ou reconhecer, ainda que indiretamente, que o julgamento pelo plenário virtual possui menos legitimidade do que o realizado pelo plenário presencial.

Não procede, pois, o argumento.

2) O descabimento de embargos para proclamar indevido atrelamento de controvérsia a tema, consoante enunciado pelo e. Relator. Concorro que os embargos não se prestam a tal fim.

3) **A impossibilidade de acolhimento dos embargos**, ainda que sob o fundamento **de ausência de pronunciamento conclusivo da Corte acerca da responsabilidade solidária, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 – AgR, STF (*leading case*)**.

Como bem apontado pelo i. Relator desses embargos de declaração em recurso extraordinário, **não há espaço para rediscussão acerca da tese da responsabilidade solidária dos entes federativos em prestações de saúde.**

Com efeito, além do referido *leading case*, há infindáveis julgados dessa Casa no mesmo sentido. Ainda que a grande maioria deles seja de decisões monocráticas de negativa de seguimento a recurso de cognição limitada, é certo que a “solidariedade” está devidamente pacificada nesta Corte.

Logo, as hipóteses elencadas não se subsumem ao suporte fático (omissão, contradição ou obscuridade) apto a ensejar a procedência dos embargos. Impende, por conseguinte, chancelar o desprovemento.

Nada obstante o desprover, não afasto a possibilidade de delinear a orientação desta Corte na matéria.

Proponho, assim, conhecer e rejeitar os embargos, e ao fazê-lo oferto ao Plenário deste Tribunal hipótese de desenvolvimento da tese já assentada.

Depois, passou a propor a possibilidade de o recurso ser conhecido com o propósito de a Corte, exercendo sua função Suprema, desenvolver melhor a tese outrora firmada sobre o tema na STA 175:

III) Possibilidade de desenvolvimento de precedente da Suprema Corte sem superação

Nada obstante sejam desprovidos os embargos declaratórios, e sem embargo de recentemente ir ao encontro da reafirmada tese (assentada na STA 175) da solidariedade dos entes políticos na prestação de direito à saúde, proponho que a própria Corte novamente se manifeste sobre este precedente seu, independentemente, inclusive, de provocação, em face de seu poder de “autotutela”.

As bases desse entendimento fundam-se, em síntese, na compreensão do papel preponderante que o Supremo Tribunal Federal tem na ordem jurídica brasileira: de Corte Suprema, de Precedentes ou de Vértice (sinônimos utilizados por Daniel Mitidiero, in *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. RT: São Paulo, 2013), cujos precedentes vinculam a própria Corte (vinculação horizontal) e as demais instâncias do Judiciário nacional (vinculação vertical). Sua tarefa precípua: de interpretar a Constituição, uniformizando o direito constitucional e dando-lhe unidade e efetividade, é irrenunciavelmente sua.

Considerando os contornos de processo objetivo que o recurso extraordinário recebe ao ser reconhecido como representativo de controvérsia constitucional com repercussão geral, é consectário lógico estar sujeito também a controle qualitativo, que pode não implicar (como no caso não implica) revisão da tese assentada, mas se relacionar a seu aprimoramento. Sem dúvida, a regra do *stare decisis* (ou da vinculação ao precedente) deve lhe ser aplicável, quando cabível, de modo a garantir justamente a concretização de suas finalidades precípua, especialmente segurança jurídica e isonomia.

Consoante Daniel Mitidiero (op. cit., p. 28), “o papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade”. Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do Estado Constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia).

Segundo o mesmo professor, a segurança jurídica impõe “imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo” (op. cit., p. 17).

A busca da efetividade dos direitos, penso, é justificativa (tanto sob o prisma da segurança jurídica como da própria dignidade da pessoa humana) da imprescindibilidade do poder de revisão e aprimoramento dos precedentes pelas Cortes de Vértice responsáveis por sua elaboração. Não se propõe aqui revisão, mas sim aprimoramento.

A partir dessas premissas, comungo do entendimento no sentido de ser ínsita às Cortes de Vértice a disposição de instrumentos para desenvolver seus precedentes, com ou sem provocação das partes. Parece bastante óbvio, remarco, que, ao ser a única Corte que pode interpretar o direito constitucional formando precedentes, também é a única a poder revê-los, seja para superá-los, total ou parcialmente, aprimorá-los ou desenvolvê-los.

Aqui, na hipótese presente, não se propõe revisão nem superação; propõe-se, isso sim, explicitação do sentido e do alcance do precedente em face do desenvolvimento ocorrido.

A propósito especificamente dessa possibilidade, que é de certa forma infrequente em nossa tradição jurídica e nos julgamentos da Suprema Corte, oportuna e adequada a lição de Mitidiero, ao defender tal “poder-dever”:

“a nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema, como se vê, não está no exercício de um controle casuístico das decisões recorridas. Essa consiste na definição da adequada interpretação do Direito. Desse modo, o recurso à Corte Suprema *não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte*. É por essa razão, a propósito, que a admissão do *writ of certiorari* para *Supreme Court* estadunidense “*is not a matter of right, but of judicial discretion*” (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*). A admissão do recurso aí é submetida à demonstração do *interesse público* no seu julgamento, consustanciado na consecução da unidade do Direito pela Corte Suprema mediante seu conhecimento. [...]

Isso quer dizer que, a partir da compreensão da nomofilaquia da Corte Suprema como uma *nomofilaquia interpretativa*, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do Direito, e não para a tutela do *jus litigatoris*, sendo então apropriado cogitar da imposição de *condições especiais* para admissão do recurso à Suprema Corte.

É por essa razão, por exemplo, que o recurso de Revision alemão ao *Bundesgerichtshof*, conforme o § 543, 2, *Zivilprozessordnung*, tem seu conhecimento condicionado à demonstração de uma questão jurídica de fundamental importância (“*die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*”), da necessidade de promover o desenvolvimento do Direito (“*die Fortbildung des Rechts*”) ou da necessidade de assegurar a igualdade de todos perante a jurisprudência (“*die Sicherung einer einheitlichen des Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert*”). (op. cit., p. 69)

E conclui:

“Como a Suprema Corte tem por função dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação, respondendo o recurso mais ao *jus constitutionis* que ao *jus litigatoris*, resulta daí a existência de um acentuado autocontrole da corte a respeito da sua própria atuação”.

Na sequência, o Ministro relacionou as hipóteses em que tal função, própria da Corte Suprema, pode e deve ser realizada. Propôs que é o caso de se revisitar o tema quando houver necessidade de esclarecimento sobre termo, conceito ou expressão que venha sendo utilizada de forma não necessariamente equivalente àquela proposta originariamente. Também elencou como hipótese de exercício da função de Corte de vértice quando houver alteração legislativa a respeito do tema capaz de também alterar os fundamentos da decisão norteadora:

Especificamente quanto ao desenvolvimento do precedente, penso deva ocorrer quando, por exemplo, a Corte verificar, seja por superveniência de lei que trata do tema, integrando-o (como é o caso dos autos) seja mesmo pela utilidade de esclarecimentos sobre o “instituto” ou sobre “conceitos” aplicados (também caso dos autos), **a oportunidade de nova manifestação sua** para contribuir ao aprimoramento da prestação jurisdicional nas instâncias inferiores.

Não estou a tratar – percebe-se – das consagradas (no direito alienígena) hipóteses de superação total (overruling) ou parcial (*overturning*) do precedente (por meio dos mecanismos de transformação (*transformation*) ou de reescrita (*overriding*).

Aparentemente se mostraria a possibilidade de “*transformation*” do precedente (quando a Corte, sem negar formalmente o precedente, sem admitir, portanto, desgaste ou equívoco da antiga solução, reconfigura-o parcialmente, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos por relevantes na decisão anterior). Contudo, penso que a espécie é realmente diversa, de aprimoramento ou de desenvolvimento, pois a proposta é de interpretação, aplicando uma hermenêutica de reavivitação das razões de decidir e conclusões que já faziam parte do precedente (originário) para que os institutos e conceitos lá utilizados sejam coerentemente empregados e o entendimento fixado seja seguido.

Cuida-se de casos, portanto, como este, em que o Tribunal **percebe, ao mirar para o precedente que:**

i) ao reafirmar a tese, é possível e oportuno melhor esclarecer termos, expressões, institutos ou conceitos a que se referiu no *leading case* e que estão sendo interpretados além, aquém ou diversamente do que quis dizer em seu pronunciamento;

ii) inovações legais, fatos ou costumes tiveram influência tal sobre conceitos, institutos ou termos, de forma a ser conveniente que a Corte, que continua sendo a única com competência para tanto, diga qual é o “ressignificado” de sua própria jurisprudência.

No tema em análise, verificam-se ambas as hipóteses.

De fato, desde a realização da audiência pública em matéria de saúde e o julgamento da STA 175 passaram-se quase dez anos, em cujo lapso se inseriram diversos fenômenos correlatos à judicialização de prestações sanitárias, incluindo, neste rol, a criação do Fórum Nacional de Saúde (de cunho multidisciplinar) no âmbito do CNJ (Res. 107/2010), entre outros, que permitiram a formação de conclusões importantes sobre o tema.

Em igual sentido, a empiria forense e as vicissitudes da judicialização da saúde demonstram não só o contributo da referida audiência pública, com suas premissas e conclusões, como a conveniência de o Judiciário colaborar na construção de um sistema de saúde mais eficaz, racional e econômico.

Sem dúvida, como dito, as conclusões da audiência pública em matéria de saúde levaram a diversas conquistas importantes, algumas das quais gostaria de aqui destacar especificamente, como o fez a juíza federal Luciana da Veiga Oliveira (*Comitês Executivos da Saúde*. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. (org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. 1ªed. Campinas/SP: Saberes, 2014, pp. 187-191):

“a judicialização forçou uma atuação dos demais poderes, Executivo e Legislativo, a melhor estruturar o SUS e a dar maior abrangência ao direito à saúde.

De fato, a judicialização, já no seu início, impulsionou a criação do programa de medicamentos para HIV/AIDS. **Mais atualmente, impulsionou a edição da Lei 12.401/11, que tornou mais ágil o processo de incorporação de novas tecnologias ao SUS, fixando prazo para conclusão (180 dias prorrogáveis por mais 90), criou a CONITEC e determinou a realização de consultas públicas nos processos de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias, permitindo a participação da comunidade na tomada de decisões, bem como da Lei 12.732/12 que fixou prazo de 60 (sessenta) dias para o início do tratamento de neoplasia maligna.**

Houve, ainda, revisão da RENAME, a qual passou de 550 para 810 itens, e atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT (14 inclusões/ alterações entre 2011 e 2012).”

Após, o Redator para acórdão desenvolve seus argumentos para que a interpretação dada seja cautelosa e consciente das consequências práticas que envolvem a excessiva judicialização da saúde, citando situações fáticas que justificam revisitar o entendimento firmado na STA 175 sobre a responsabilidade solidárias dos entes federados.

Nada obstante essas relevantes conquistas, é preciso ir além, pois há diversos indicativos de realidade (ou justificativas fáticas) no sentido da necessidade de mudanças.

As razões para ressignificar o precedente partem da identificação entre o enunciado de que “todos os entes políticos respondem solidariamente por prestações de saúde” com o “dever de todo e qualquer ente de prestar toda e qualquer obrigação sanitária, independentemente da previsão legal de divisão de atribuições no âmbito do SUS“. A interpretação e a aplicação desse entendimento

pelos operadores do direito, incluindo juízes e tribunais, como dito, têm provocado várias distorções. Dentre elas, indico as mais significativas:

1) AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO EM MATÉRIA DA SAÚDE APÓS A FIXAÇÃO DA TESE DA SOLIDARIEDADE – TAL QUAL COMO ENUNCIADA (E NÃO COMO DEVE SER LIDA E INTERPRETADA) – COM O CORRELATO AUMENTO DOS GASTOS PÚBLICOS COM SAÚDE, SEM A CORRELATA MELHORA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. O sistema gasta mais e atende pior.

O Estado-administrador, ao ser obrigado pelo Judiciário a desviar recursos dos ‘grupos esquecidos’ (como os idosos, os analfabetos, que não conhecem seus direitos ou não têm capacidade de organização para sua defesa), canaliza-os aos cidadãos organizados, com acesso a informação, a advogados, normalmente aprofundando desigualdades que são contrárias aos objetivos da Carta Política. A propósito:

“(…) OLSON alerta sobre os grupos esquecidos, aqueles não organizados, que não dispõem de *lobby* e não desenvolvem qualquer atividade sistematizada, especialmente os muito numerosos em membros. No dizer de OLSON, “(…) em grandes e latentes grupos não se verifica a tendência de se seus membros voluntariamente se colocarem a serviço de seus interesses comuns.” Esses novos gêneros de problemas sociais atingem segmentos que também dificilmente podem se organizar em formações políticas tradicionais. (OLSON, Die Logik des kollektiven Handelns, p. 163. In LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

Assim, os grupos desorganizados e esquecidos, os que mais precisam do SUS, vão paulatinamente perdendo espaço no acesso ao orçamento que custeia as políticas públicas (vacina, próteses e órteses, consultas, leitos, et caetera). Isso porque os recursos inicialmente destinados a essas finalidades são desviados para cumprir um reduzidíssimo número de ordens judiciais, que atendem a outra categoria de cidadãos. Trata-se dos que conhecem melhor seus direitos, pois possuem acesso à informação, a médicos e advogados privados. Nada obstante possuírem recursos para tanto, é extremamente comum buscarem a atuação de defensores públicos, promotores estaduais, procuradores da república e até defensores dativos para atuarem em seu nome nesses tipos de causas.

Paralelamente a essas assertivas, trago alguns dados estatísticos:

- No Estado do Paraná, o valor da distribuição de medicamentos para atendimento de ordens judiciais dirigidas ao Estado, em 2003 era de 741.36906 (setecentos e quarenta e um mil reais) passou, em 2013, para 85.009.327,63 (oitenta e cinco milhões de reais). Projete-se este crescimento para os 26 Estados e milhares de Municípios.

- Em São Paulo, segundo informações da Secretaria de Saúde do Estado (considerando a Capital e as cidades do interior), apresenta-se a seguinte relação entre ações e gasto com a determinação judicial nelas determinadas: média mensal de 1550 (mil, quinhentas e cinquenta) ações dirigidas ao Estado (entre capital e interior), que somam dispêndio médio mensal de pouco menos de 5.000.000,00 (cinco milhões). São 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) por ano, com ações judiciais, só com demandas movidas contra o Estado de São Paulo (fora o gasto dos Municípios individualmente e da União).

- A propósito, um estudo comparativo mencionado por Renato Luís Dresch (Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In SANTOS, Lenir; TERRAZAS,

Fernanda (org). Judicialização da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 31) permitiu concluir: “Os Municípios ainda são os mais sacrificados com os gastos com saúde. Com base em dados do ano de 2012 constata-se que os Municípios gastaram em média 21,45% de receitas próprias, os Estados membros investiram em média 12,69%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB”.

- Corroborando e complementando o dado supra, apresenta-se o exemplo do Município de Tubarão/SC (em documento que juntou aos autos do RE 566.471), que informa gastar com o atendimento de determinações judiciais a ele dirigidas (para um pouco mais de mil ações) o mesmo RS 1.000.000,00 (um milhão, em dados válidos para o ano de 2012, que só devem ter crescido) dos recursos destinados à saúde, que gasta nas políticas públicas destinadas a atender os seus 100.000 (cem mil) habitantes.

- Como visto, Estados e Municípios (em especial os economicamente mais débeis) são os mais atingidos pela inobservância das leis e pactos do SUS, pois são compelidos por ações judiciais a custear medicamentos e tratamentos que não estão e sequer estariam sob sua responsabilidade, segundo as normas legais (e pactuadas, nos termos da lei) de distribuição de competências.

- Em relação aos dados trazidos pela União (nos memoriais entregues no RE 566.471), extrai-se uma informação interessantíssima (além dos gastos com aquisição em si): os custos de armazenamento, transporte e entrega de medicamentos fora das políticas públicas (ou seja: por ordem judicial) chegou em 2014 em 4.583.169,33 (quatro milhões, quinhentos e oitenta e três mil reais). Isso, repiso, que a União é o ente menos onerado pela judicialização em termos proporcionais e se está a analisar somente gastos com deveres instrumentais.

- De informações colhidas na doutrina específica é possível, ainda, cruzar outros dados sensíveis, a possibilitar as seguintes deduções:

a) há aumento - ano a ano - das demandas que envolvem prestações sanitárias;

b) há aumento correlato do gasto com a judicialização e o do percentual do orçamento destinado à saúde desviado para o cumprimento dessas determinações;

c) há gastos desnecessários com entrega/frete/armazenamento, os quais ocorrem quando se determina ao ente político errado (por exemplo, à União, que compre e entregue insulina diretamente ao cidadão). Trata-se de um gasto EXTRA, pois direciona-se o dever À PESSOA POLÍTICA ERRADA (sem a logística para aquele medicamento, por exemplo);

Impende agora retornar às principais razões para o aprimoramento da tese da solidariedade.

2) A DESESTRUTURAÇÃO DO SUS: a compreensão de que qualquer cidadão pode demandar qualquer pessoa política, independentemente do que prevê a lei e as pactuações no âmbito do SUS sobre a respectiva atribuição, aliada ao fato de não se admitir o chamamento (do ente correto) ao processo, tende a acarretar a falência do SUS em médio ou longo prazo.

Isso porque, na atual compreensão, é possível (e até comum) a seguinte situação:

“a considerar-se a solidariedade vigorante em todas as ações, é possível que um mesmo indivíduo ajuíze três ações distintas, uma contra a União, outra contra o Estado ou Distrito Federal, e uma terceira contra o Município, em todas elas deduzindo a mesma pretensão. Como

a orientação jurisprudencial fixou que não há litisconsórcio necessário, tampouco litispendência, ou mesmo conexão, então haverá três possibilidades de obter um mesmo provimento. Sem embargo do mérito da pretensão, mas partindo do pressuposto que um medicamento seja devido, então os três entes comprarão medicamentos para um mesmo paciente, havendo gasto indevido e desnecessário de recursos.” (exemplo retirado do artigo “A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde”. GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís)

O exemplo não é obra cerebrina, tampouco algo improvável: é muito comum o relato de compra de medicamentos por determinado ente, em face de ordem judicial, sem que o beneficiado venha buscá-los.

Disso facilmente também se conclui que, ao adotar o entendimento da “solidariedade irrestrita” ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE PLANEJAR E DE EXECUTAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE LHE É LEGALMENTE ATRIBUÍDA.

2.a) ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE PLANEJAR: ao se permitir que qualquer cidadão acione qualquer ente estatal (sem que este possa, sequer “chamar ao processo” o responsável legal determinado – veja-se ao absurdo que se chegou na interpretação equivocada da solidariedade entre os entes!) acaba-se com o poder do gestor de conhecer sua real demanda (dentro de sua área de atuação) e, portanto, de planejar as políticas públicas em seu âmbito de atuação com base em dados concretos.

2.b) ACABA-SE COM O PODER DO GESTOR DE EXECUTAR as políticas públicas, já que é obrigado a destinar os recursos inicialmente para isso previstos para cumprir determinações judiciais de prestações que sequer seriam decorrentes das atribuições legais ou pactuadas na Comissão Intergestores da Saúde. Há uma perniciosa 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.

3) Por fim, em muitas oportunidades, há SOBREPOSIÇÃO ou AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL - ao se aceitar que o cidadão pode acionar qualquer ente (e que este não pode apontar o qual seria o legalmente responsável pela obrigação e chamá-lo ao processo), evidencia a dificuldade da tese, que é corroborada pela possibilidade de condenação de pequenos Municípios a arcarem com tratamentos e medicamentos literalmente milionários, incluindo transplantes; de forma a serem obrigados a utilizar quase todo seu orçamento para saúde no atendimento de demandas que deveriam ser propostas contra União ou contra o Estado.

De todo o exposto, é possível concluir que, em minha óptica, a solidariedade tal como interpretada - “irrestritamente” (ou seja: conferindo poder ilimitado de escolha ao cidadão e impossibilitando a adequada discussão e defesa por parte do ente político legalmente responsável; a) tem aprofundado as desigualdades sociais e não as diminuído; b) tem piorado a prestação da saúde mais básica: retirado recursos inclusive de medidas preventivas, como do saneamento básico e da vacinação infantil, da atenção à saúde dos idosos; c) tem desestruturado o sistema de saúde e orçamentário dos entes políticos; d) tem aumentado exponencialmente gastos sem a correlata melhora na prestação de saúde; e ainda: e) tem retirado do campo próprio – do

Legislativo, ao desrespeitar as normas legais de regência e do Executivo, ao retirar-lhe a escolha e a gestão – os poderes de planejar, executar e gerir políticas públicas – atribuições constitucionalmente definidas.

Em face desse quadro, visualizo, por meio do aprimoramento da jurisprudência quanto à solidariedade, a possibilidade de dar um passo à frente para racionalizar o sistema do SUS, conferir-lhe eficiência, incluindo a economia (com menos recursos, obter melhores resultados).

Por isso, defendo que no caso em apreço há indicadores da oportunidade desse aprimoramento, e que a medida conferirá mais segurança jurídica (nos desdobramentos já expostos) e isonomia aos casos envolvendo o tema, além de eficácia. Há, assim, a necessidade da **INSTRUMENTALIZAÇÃO EFICACIAL DA SOLIDARIEDADE EM MATÉRIA DE SAÚDE** para o atingimento das finalidades acima apontadas: permitir a racionalização e aprimoramento do sistema de saúde (SUS), com maior nível de eficiência (no que inclui a ideia de gastar menos e melhor).

Ademais, a meu juízo, o que chamo de “instrumentalização eficaz da tese da solidariedade” também se justifica sob finalidades típicas da jurisdição: ara que as instâncias judiciais ordinárias tenham maior grau de previsibilidade em relação às suas próprias competências e possam proferir comandos mais exatos e mais diretos, fomentando menos litigiosidade entre os entes federativos (menos demandas regressivas) e que, nessa ordem de ideias, também resultem em provimentos mais eficazes, sob o aspecto do efetivo acesso (em sua acepção material) à Justiça e à celeridade (não só sob o aspecto do tempo decorrido entre o pedido e o comando judicial, mas sobre o pedido e efetiva entrega do bem da vida pleiteado). Presta-se, pois, maior respeito aos cidadãos e jurisdicionados que são destinatários finais dessa atenção imprescindível.

Assim, entendo ser oportuno e necessário o passo adiante que ora proponho, no sentido de melhor definir os termos da tese reafirmada.

Após a exposição das razões pelas quais acredita ser possível e necessária a reformulação da tese já firmada na jurisprudência da Corte, o Ministro passou a desenvolver a tese em si a partir do entendimento já formulado na STA 175, partindo, primeiro, de uma leitura da legislação correlata ao tema:

Lançadas as bases desse entendimento, passo à respectiva explicitação.

IV) Desenvolvimento da tese da “responsabilidade solidária dos entes federados em ações de saúde” a partir da STA 175

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, diversos desdobramentos do grande tema - “Direito à Saúde” - foram debatidos e sua repercussão no plano judicial foi assentada.

Entre eles, é a chamada “tese da responsabilidade solidária dos entes” o tema que merece esclarecimento neste momento. Acerca dele, destaco a seguinte passagem da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes: “O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à

redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Examinemos cada um desses elementos.

(...) **(2) dever do Estado:**

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. [...]”

Após o julgamento do referido *leading case*, que data do final de 2009, infundáveis julgados nesta Corte - de que é exemplo o submetido ao presente recurso - repetem, de forma bastante objetiva 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.”

Cumprir levar a efeito, diante dos problemas antes apresentados, e em homenagem à maior efetividade dos direitos dos usuários, uma ressignificação da solidariedade que vá além de seu universo no âmbito do Direito Privado.

Em síntese, este é o objeto da proposição de desenvolvimento da tese da solidariedade estabelecida na STA 175: a delimitação do alcance e dos desdobramentos da tese da responsabilidade solidária.

Aqui se afirma, portanto, a higidez da tese da responsabilidade solidária dos entes federativos no dever de prestar saúde, pois não se pretende agregar-lhe qualquer efeito modificativo, mas tão somente explicitar seus desdobramentos.

Para tanto, partirei das premissas jurídicas que lhes são aplicáveis (inclusive tais como reconhecidas no *leading case*); na sequência, apresentarei as espécies de pretensões sanitárias também definidas na STA 175, já apresentando as consequências processuais correlatas a cada uma, ou seja: subsumindo a cada tipo de pretensão as premissas jurídicas iniciais.

PREMISSAS JURÍDICAS:

Dispõe o artigo 23, II, CF:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

A análise do artigo 23, II, da CF, tratando de competência comum, só permite a conclusão de que, nas áreas ali arroladas, todos os entes federados têm competência para atuar.

É uma repartição de competência horizontal, pois não há sobreposição de qualquer ente sobre os demais, nem isso é desejável. Todos atuam coordenada e paralelamente. Trata-se de áreas em que indispensável a atuação conjunta de todas as pessoas políticas, desenvolvendo tarefas diversas.

Essa sistemática (de divisão de atribuições) não é privativa do direito à saúde, pois diversas outras competências comuns previstas no art. 23 da Carta Política obedecem à mesma lógica de divisão de responsabilidades entre os entes.

Como adverte o eminente Ministro Luís Roberto Barroso (in: Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. (Disponível em www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf)

"Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas. tendo em vista o "equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional" (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas."

Com efeito, do rol de competências comuns no art. 23 não se localizaram julgados, envolvendo outra área (como a de Educação, v.g.) - além da Saúde - a que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido - nos termos da lei civil - caráter de solidariedade. Em sentido contrário, sim:

EMENTA: Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III, e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral.

1. Lei estadual n. 11.380, de 1999, do Estado do Rio Grande do Sul, confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, que substantiva incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável.

2. A inclusão de determinada função administrativa no âmbito da competência comum não impõe que cada tarefa compreendida no seu domínio, por menos expressiva que seja, haja de ser objeto de ações simultâneas das três entidades federativas: donde, a previsão, no parágrafo único do art. 23 CF, de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos, a L. 3.924/61), cuja edição, porém, é da competência da União e, de qualquer modo, não abrange o poder de demitirem-se a União ou os Estados dos encargos constitucionais de proteção dos bens

de valor arqueológico para descarregá-los ilimitadamente sobre os Municípios.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2544. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Pleno. DJ de 17.11.2006. grifou-se)

De fato, é ilógico imaginar que algum ente esteja dispensado de “cuidar da saúde e da assistência social” ou de “proteger o meio ambiente” ou mesmo de “proporcionar os meios de acesso à cultura, educação...” (CF, art. 23, II, V, VI, VI).

Assim, parece haver consenso de que na competência comum há exercício conjunto e harmônico de todos os entes federados, sem que a atuação de um deles exclua a dos demais ou prevaleça sobre a dos demais.

É dizer, de outra forma, que o reconhecimento da solidariedade aqui, como decorrência do supracitado artigo, **induz o dever de os três entes políticos implementarem políticas públicas para a consecução de um fim comum que é prestar a saúde.**

A Seção II da Constituição trata especificamente da Saúde. Dela transcrevem-se os dispositivos que interessam:

“Art. 196. **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.

Art. 198. **As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo; [...]”

Especialmente do exame do artigo 198, CF, supra, retira-se que a consecução deste conjunto de ações e serviços públicos sanitários – que é dever de todos os entes políticos (nos termos do art. 23, CF) **será executada por um sistema único, mas de forma regionalizada, descentralizada e hierarquizada.**

Como se vê, o sistema de saúde - por disposição constitucional - impõe divisão de tarefas. **Assim, a seleção das prestações sanitárias imputáveis a cada pessoa política é definida com base em critérios constitucionais preestabelecidos.**

Como decorrência, não há dúvida da acertada afirmação (na STA 175) de que todos os entes da Federação são obrigados a tornar efetivo o direito à saúde; como também é correto asseverar que a concretização de direitos melhor se efetiva quando há distribuição de papéis e previsibilidade – pela Administração e pelo Administrado – do que cada um – e em que medida – deve prestar.

Nesse contexto, a solidariedade reconhecida é aquela que obriga os entes da Federação brasileira a organizarem o Sistema Único de Saúde e não se esquivarem das tarefas que lhes são atribuídas pela Constituição, pela lei e pelas normas e acordos realizados pelos gestores do SUS.

Uma vez organizado o sistema, e divididos os recursos e as responsabilidades de cada ente federativo, deve-se respeitar essa divisão, obrigando-se cada ente à consecução daquilo a que se propôs.

Dessa afirmação não destoam respeitabilíssimas vozes.

Além do e. Ministro Barroso, sirvo-me de julgado lapidar do Ministro Teori Zavascki, quando ainda compunha o Superior Tribunal

de Justiça e que norteou o entendimento daquela Corte, após seu voto-vista, até a superveniência do decidido na STA 175:

“(…) 1. Segundo a Constituição, "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 a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Todavia, cumpre ao legislador dispor sobre a "regulamentação, fiscalização e controle" das ações e serviços de saúde, "devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (CF, art. 197). Relativamente ao sistema único de saúde (SUS), ele é formado, segundo a Constituição, por "uma rede regionalizada e hierarquizada" de ações e serviços de saúde, observadas, entre outras diretrizes, a da "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198).

2. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei 8.080/90 tratou da organização do SUS, inclusive no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, com o objetivo, não apenas de evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.(…) 4. Recurso especial provido para excluir a União do pólo passivo da demanda, divergindo do relator. (REsp n. 873.196/RS – 1ª Turma – Relator para o Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki – Decisão por maioria – Dje 03.05.2007)

Na doutrina especializada sobre o tema, confira-se, por todos, artigo do Desembargador federal João Pedro Gebran Neto e do Juiz de Direito Renato Luís Dresch:

“Como antes referido, o art. 23, II, da Constituição Federal dispõe a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, vindo a jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, firmar que se trata de obrigação de responsabilidade solidária. **Esta solidariedade, entretanto, se limita à obrigatoriedade de implementar as políticas públicas de modo conjunto e coordenado, consoante interpretação conjunta do referido preceito constitucional com os artigos 196 e 198 da Carta Magna.** Este último prevê a instituição de um sistema único de saúde que se organize numa rede regionalizada e hierarquizada, além de estabelecer como diretriz a descentralização para atingir o atendimento integral, tudo financiado com recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Ora, não se pode negar que na organização administrativa há uma repartição da competência entre os entes, de modo a atingir a finalidade constitucionalmente prevista: cuidar da saúde. (...)**

Como o art. 198 da Constituição Federal prevê a organização regionalizada e hierarquizada do sistema único de saúde, **não há como afastar a legalidade das normas administrativas de organização do SUS com a repartição da competência entre os gestores, decorrendo daí o fracionamento da solidariedade que se transforma em subsidiariedade.** (...)

Outrossim, da abordagem do tema no voto proferido na STA n. 175 - AgR, ou seja: atento às afirmações postas, **também é possível asseverar que a conclusão da Corte naquele julgamento acerca da solidariedade amplia o âmbito de proteção ao cidadão e à**

coletividade, na medida em que não permite a nenhum ente federado se eximir de obrigações sanitárias que lhe foram impostas.

O primeiro fato indicativo dessa conclusão é que, em mais de uma passagem, dentro do ponto “dever do Estado”, o Ministro Relator trata da responsabilidade dos entes federativos, mencionando solidariedade, mas também subsidiariedade; institutos sabidamente diversos. Repito trecho específico do voto na STA 175:

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade e constituem um sistema único”

Essa afirmação reflete o fenômeno de, nas prestações de saúde, haver mais de uma espécie de responsabilidade e a possibilidade de se ampliar a garantia do usuário, mediante a inclusão, no polo passivo de uma demanda, não só do ente primariamente (ou legalmente) responsável, mas também de outro a quem se possa imputar, subsidiariamente, a obrigação.

Assim, a tese da solidariedade aplica-se, sobretudo, ao dever geral de todos os entes estatais de prestarem saúde, ou seja: de realizarem as tarefas que lhe foram imputadas constitucional ou legalmente. A obrigação solidária traduz-se no dever de não se omitir, de cooperar com os demais entes visando a essa finalidade comum e amplíssima. Ela envolve muito mais do que a dispensa de medicamentos ou de tratamentos, como se retira do inteiro teor da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, a asserção de que “todos os entes, isolada ou conjuntamente, devem responder por prestações de saúde” corresponde a essa compreensão que garante mais eficiência ao sistema e maior efetividade ao direito do cidadão nas prestações sanitárias.

A rigor, é um explicitador da solidariedade reconhecida na STA 175 formatá-la apenas sob o instituto privado de Direito Civil, acarretando, inexoravelmente, superposição (ou ausência) de atuação de esferas federativas e ineficiência no cumprimento das decisões envolvendo essas prestações. A solidariedade de índole constitucional tem abrangência, natureza e regime integralmente diversos.

Não à toa, a Lei Orgânica do SUS, n. 8.080/90, suas alterações recentes e o Decreto n. 7.508/11, em nível federal, preverem a distribuição de tarefas, cumprindo com rigor as previsões, sempre repetidas, de descentralização e hierarquização do sistema, como antes esmiuçado.

A premissa geral, a partir da lei orgânica, é a existência de uma gestão tripartida do SUS. Atendendo aos princípios da descentralização, regionalização e hierarquização da prestação de serviços de saúde (art. 7º, incisos IX, “a” e “b”, da referida Lei), a direção do sistema será exercida em cada esfera de governo nos limites de sua alçada (art. 9º, Lei 8.080/90):

Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes

previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

A lei ordinária que regula o SUS, Lei 8.080/90, sofreu diversas e importantes alterações após o ano de 2010: depois, portanto, da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. As principais se realizaram por meio das Leis 12.401/2010 e 12.466/2010. Elas aprofundaram a divisão de tarefas entre os entes federados: conferindo maior detalhamento da divisão de atribuições de cada pessoa política no âmbito do sistema único. **Além disso, tais leis previram formas mais democráticas de provocação de incorporação de novos medicamentos e tratamentos, bem como de revisão periódica das listas padronizadas.**

Ainda quanto à organização do SUS, a Lei 8.080/90 consolida as condições para a organização, a promoção, a proteção e recuperação da saúde pública, fixando no art. 15 as atribuições a serem exercidas pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em seu âmbito administrativo, apresentando, nos artigos 16, 17 e 18 a competência de cada gestor. A título ilustrativo, vejamos algumas atribuições de cada ente:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...)

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública; (...)

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; (...)

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; (...)

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal; (...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; (...)

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;(...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde ;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; (...)

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; (...)

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros; (...)

Desses dispositivos extraem-se as regras de repartição de competência entre os gestores, que veio a ser regulamentada pelo Decreto nº 7.508/2011, ao qual coube a tarefa de organizar e planejar a política de saúde do SUS e a articulação interfederativa.

As atribuições do SUS, no campo da assistência terapêutica integral, isto é, correspondentes às pretensões por tratamento, medicamento, órteses, próteses, etc., são extraídas da conjugação dos arts. 6º, I, d, e 19-M e ss., ambos da Lei 8.080/90 (com as alterações dadas pela Lei 12.401/11), *in verbis*:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações: (...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea “d” do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Ainda, no Decreto 7.508/11 constam a RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde e a RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Em síntese, a RENAME é a relação de medicamentos inserida nas políticas públicas (ou em outras palavras: as dispensadas de forma universal e igualitária, ou, ainda, o que comumente se denomina de medicamentos “padronizados” – dispensados pela rede pública). Ela dispõe sobre a assistência farmacêutica em complemento à assistência terapêutica prevista nas RENASES, que são as relações de ações e serviços de saúde nas mesmas condições dispensados à sociedade.

Ambas, resumidamente, compreendem o que o SUS garante à população no âmbito da integralidade da atenção à saúde, nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.080/90.

No que se refere à regulamentação legal de tratamentos, procedimentos, produtos sanitários e medicamentos, essas são as normas que organizam o complexo sistema do SUS.

Após explicitar a legislação que serve de referência para o entendimento em desenvolvimento no voto, o Ministro passou a explicar as principais espécies de pretensões sanitárias previstas na STA 175 e as suas consequências processuais, a fim de melhor elucidar a compreensão das premissas jurídicas do novo entendimento sobre a responsabilidade solidária:

V) ESPÉCIES DE PRETENSÕES SANITÁRIAS DEFINIDAS NO LEADING CASE - STA 175 – E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS:

Para definir as implicações decorrentes das premissas jurídicas adotadas, no âmbito da solidariedade dos entes estatais (quanto às prestações envolvendo “direito à saúde”), valho-me do exame das espécies de tutela realizado pelo e. Relator da STA 175, após a realização de exitosa Audiência Pública:

1ª espécie: pretensão que veicula medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas.

Como esclareceu o Relator, após a audiência pública que realizou: “no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. (...) Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. **Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.**

Neste caso, ou seja: **quando se trata de pedido de dispensa de medicamento ou de tratamento padronizado na rede pública sem dúvida está-se diante de demanda cujo polo passivo e consequente competência são regulados por lei ou outra norma; e disso não deve**

se desviar o autor na propositura da ação até para que seu pedido, se deferido, seja prestado de forma mais célere e mais eficaz.

É preciso, assim, respeitar a divisão de atribuições: esteja ela na própria lei ou decorra (também por disposição legal – art. 32 do Decreto 7.508/11) de pactuação entre os entes, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento daquele medicamento, tratamento ou material.

A propósito deste ponto, Cristina Leitão Teixeira de Freitas, integrante do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde, leciona (in *Judicialização da Saúde no Brasil*. Org. SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. 1ªed. Saberes: 2014. p. 61-96):

“direito à saúde, solidariedade e chamamento ao processo precisam ser harmonizados. Não se trata de obstaculizar o direito constitucional à saúde de indivíduos, mas sim de dar atendimento a outras garantias constitucionais relevantes, como é o caso do devido processo legal. Veja-se que o chamamento ao processo não tem como escopo dificultar a efetivação de tutelas de urgência que determinam fornecimento de tratamentos de saúde, mas sim garantir que o Sistema Único de Saúde funcione e, por via de consequência, garanta a outros indivíduos que igualmente necessitam – mas não fazem parte daquele processo – possam ter seu direito realizado. Por outras palavras, aqui não se está a tratar apenas do devido processo legal a garantir o chamamento ao processo previsto na lei processual, mas da isonomia, direito fundamental, que não pode ser descurado. Na medida em que os processos de saúde são decididos apenas com olhos dirigidos ao autor da ação, olvida-se todos os demais que também precisam de saúde.

Diz-se isso porque **o cumprimento de ordens judiciais que invertem posições quanto às atribuições de cada ente acaba por atrasar outras medidas e a tumultuar o sistema construído pelo Poder Público, seja federal, estadual, ou municipal, muitas vezes desconhecido pelo Poder Judiciário, pois naturalmente não é gestor e não possui alcance e conhecimento da administração dos recursos públicos e necessidades da população na área da saúde.** “

Ainda que se admita possa o cidadão, hipossuficiente, direcionar a pretensão contra a pessoa jurídica de direito público a quem a norma não atribui a responsabilidade primária para aquela prestação, é certo que o juiz deve determinar a correção do polo passivo da demanda, ainda que isso determine o deslocamento da competência para processá-la e julgá-la a outro juízo (arts. 284, par. unico c/c 47, par. único, do CPC). Dar racionalidade, previsibilidade e eficiência ao sistema é o que impõe o respeito ao direito dos usuários.

Nessas circunstâncias, a melhor solução parece ser o magistrado não excluir de plano o ente político a quem se dirigiu a pretensão, sobretudo se houve pedido de ampliação da garantia, isto é: de que um ente federativo seja “garante” de outro(s), no caso de falha no cumprimento da obrigação.

Nesses casos: em que há um responsável previamente determinado (por lei ou pactuação entre os gestores), mas se impõe a responsabilidade a outro ente federado, que acaba cumprindo a obrigação no lugar do primeiro, é obrigação do magistrado, em face do dever de ressarcimento, reconhecer tal fato (desde, claro, que da relação jurídico-processual tenham participado todos os devedores), para direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus

financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento. É nessa linha, aliás, o Enunciado n. 60 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça:

“A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.”

2ª espécie de pretensão: a que veicula pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas.

A respeito desta espécie, constou na STA 175 uma subdivisão, nas subespécies (1), (2) e (3):

“Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de **(1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.**”

Como regra geral, nas três “subespécies” apontadas, a União comporá o polo passivo da lide.

Isso porque, segundo a lei orgânica do SUS, é o Ministério da Saúde, ouvida a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) que detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90).

A União poderá, assim, esclarecer, entre outras questões: a) se o medicamento, tratamento, produto etc. tem ou não uso autorizado pela ANVISA; b) se está ou não registrado naquela Agência; c) se é ou não padronizado para alguma moléstia e os motivos para isso; d) se há alternativa terapêutica constante nas políticas públicas, etc.

Aplicando essas considerações genéricas às subespécies (1), (2) e (3) referidas na STA 175, supratranscritas, apresentam-se as seguintes consequências processuais:

· Se houver alegação de (1) omissão administrativa ou legislativa na incorporação do tratamento pretendido, a União (pelas mesmas razões supra) poderá estar na demanda, ainda que eventual condenação não lhe seja diretamente dirigida, por haver prévia definição da responsabilidade financeira pelo seu fornecimento a outro ente, pactuada na Comissão Intergestores Tripartite (artigo 19-U, Lei 8.080/90).

· A mesma lógica se aplica ao caso de (3) vedação legal a sua dispensação: como regra geral, a União comporá a lide, ainda que para esclarecer o motivo do uso vedado pela ANVISA ou a ausência de registro na mesma Agência.

· Por fim, a situação (2): de haver uma decisão administrativa de não fornecer o medicamento ou o tratamento, normalmente está ligada aos itens (1) ou (3) retro: **porque o objeto do pedido ou não está padronizado** (o medicamento ou tratamento) **para dispensa na rede pública, mas possui registro na ANVISA;** ou, **sobre ele incide a vedação legal de dispensa administrativa, pela incidência do artigo 19-T, Lei 8.080/90, in verbis:**

“São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS :

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

E embora haja vedação legal à dispensa administrativa pela rede pública, a lei orgânica do SUS não silenciou quanto à definição do responsável pela obrigação, quando esta decorrer de condenação judicial à aquisição e à dispensa de medicamentos, procedimentos, tratamentos ou produtos experimentais ou de uso não autorizado pela ANVISA:

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

A partir dessa importante alteração na Lei do SUS (posterior ao julgamento na STA 175 e certamente por ele influenciada) **há regra expressa de divisão de responsabilidade (pelo financiamento ou custeio) inclusive para prestações de saúde que não constam das políticas públicas, mas que são determinadas judicialmente.**

O mais importante, **sobretudo nos casos de ausência de padronização (independentemente da causa), é a adoção de parâmetros claros e objetivos para a dispensa pelo Judiciário.** Esses critérios devem observar - pela lógica de o deferimento judicial ser a exceção, e o administrativo, a regra -, tanto quanto possível, os elencados no artigo 28 do Decreto 7.508/11.

Essa conclusão não destoia do que foi afirmado na STA 175:

“A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. **Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. 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.**

(...)

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

existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Essas elucidações permitem concluir que a garantia de acesso à justiça é reforçada quando definida adequadamente a responsabilidade pela prestação (seja na propositura da demanda, seja em seu processamento); a tutela é prestada de forma muito mais rápida e eficaz. Isso porque o ente legalmente responsável pela prestação, compra e entrega com muito menos recursos do que o ente que não é o responsável pela obrigação, pois este não possui os meios para isso. **Colabora-se, assim, para o cumprimento adequado e eficaz, além de mais célere. Ainda, aperfeiçoa-se o sistema, ao se permitir que o ente responsável pela obrigação sanitária conheça sua real demanda, seus custos, etc. Ademais, contribui-se para a melhor organização do sistema de saúde e para a redução de demandas** (regressivas, inclusive).

A efetividade da tutela significa cumprimento eficaz; não basta, por exemplo, que o medicamento chegue às mãos do cidadão: ele tem de chegar dentro do prazo de validade. Somente o ente federado que está, por lei, obrigado à prestação específica terá a sua disposição os meios aptos para isso; se for condenado o ente “errado”, ele sempre terá uma justificativa para a “má-prestação” da obrigação. A pessoa política a quem o dever é destinado legalmente não tem essa justificativa. Com isso, quem ganha é o cidadão: remédio mal acondicionado, fora do prazo, sem ter quem lhe ministre, etc. é cumprimento formal e não material da obrigação.

Por fim, ao se delinarem critérios mais visíveis, efetiva-se, também, segurança e isonomia. As instâncias ordinárias passam a ter maior grau de previsibilidade em relação à sua própria competência, condições melhores de proferir comandos mais exatos, mais diretos, que suscitem menos litigiosidade entre os entes federativos (menos demandas regressivas) e que, nessa ordem de ideias, também resultem, como dito, em provimentos mais eficazes, sob o aspecto da celeridade e da logística, para os cidadãos.

A previsibilidade – que atinge todos os aspectos mencionados – não se pode esquecer, é faceta da segurança jurídica tanto para os entes federativos (na medida em que melhor saberão o que esperar tanto na composição do polo passivo como na determinação de cumprimento) como para os cidadãos e influencia diretamente a concretização da isonomia.

Expostas as razões de decidir, desenvolvida a tese proposta em termos de precedente, o Ministro Relator conclui conhecendo dos embargos opostos pela União, negando-lhe provimento, mas, sem acolher o mérito, desenvolve a tese de solidariedade dos entes federados em demandas sanitárias:

VI) DIANTE DE TODO O EXPOSTO:

1) Conheço dos embargos opostos pela União para o seguinte fim dúplice:

a) atribuir ao conhecimento do recurso, sem repercussão no juízo de mérito da pretensão recursal, efeito de desenvolvimento do tema da solidariedade e de detalhamento do sentido e do alcance de precedentes, especialmente quanto aos termos enunciados na STA n. 175;

b) desprover, no mérito, o recurso examinado.

2) **Em decorrência do conhecimento dos embargos sem acolhimento do mérito, a título de detalhamento,** esta Corte reconhece que a tese da responsabilidade solidária como reconhecida na STA 175 se mantém hígida e que é inerente à natureza do Supremo Tribunal Federal, na condição de Corte de Vértice do sistema constitucional, dispor de instrumentos aptos a efetivar seu “poder-dever” de aprimoramento ou desenvolvimento do direito constitucional, por meio de seus precedentes, para fim de esclarecimento, sem efeito modificativo.

3) **Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte:**

i) **A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF);**

ii) **Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas;**

iii) **Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;**

iv) **Se o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não compuser o polo passivo da relação jurídicoprocessual, compete a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento;**

v) **Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recaia sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação;**

vi) **A dispensa judicial de medicamentos, materiais, procedimentos e tratamentos pressupõe ausência ou ineficácia da prestação administrativa e a comprovada necessidade, observando,**

para tanto, os parâmetros definidos no artigo 28 do Decreto federal n. 7.508/11.

E, por derradeiro, em face do interesse público relevante, proponho que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de seu Fórum Nacional de Saúde, acompanhe os efeitos da deliberação deste Tribunal, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades com expertise e autoridade nesta matéria.

É como voto.

Tese fixada: “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”.

Apesar de não ter sido, ainda, publicado o acórdão do julgado em análise, propõe-se que é possível delinear sua *ratio decidendi* a partir do voto condutor e das conclusões assumidas após os debates. Para tanto, utilizando-se o método abstrato normativo, que nada mais é, como se viu no primeiro capítulo, do que a observação do raciocínio percorrido para se chegar à norma abstrata que atende tanto ao caso concreto como a outros similares, afirma-se que: *tendo em vista os efeitos da judicialização da saúde, principalmente o custo elevado sem a equivalente melhoria na prestação do serviço, bem como a desestruturação do Sistema Único de Saúde advindo da responsabilização dos entes sem respeito aos critérios de repartição de competência, deve o juiz da causa orientar o cumprimento da demanda sanitária ao ente competente ou, se for o caso, condená-lo ao ressarcimento dos custos arcados pelo ente escolhido pelo demandante, tudo isso sem prejuízo da possibilidade de se demandar quaisquer dos entes públicos a fornecer o medicamento pleiteado.*

Logo, na prática, quem observará as normas infraconstitucionais de competência sanitária e definirá quem deve arcar com o fornecimento do medicamento demandado, ou seu ressarcimento, é o juiz da causa. E ele, contando com o processo civil estrutural como ferramenta de instrução e decisão, poderá conduzir o feito da maneira mais proveitosa para todos, considerando que a lide individual representa apenas uma parte de um todo que, conforme explicitado nas razões do voto do Ministro Fachin, tem como um dos seus efeitos, a desestruturação de todo o sistema de saúde.

CONCLUSÃO

Pode-se observar que a decisão estrutural permite que as Cortes Supremas foquem em seu papel norteador e desenvolvedor do Direito, enquanto a concretude das diretrizes, ainda que complexas, fiquem a cargo das instâncias inferiores. Estas, por sua vez, diante de litígios de alta complexidade, podem contar com o processo estrutural como ferramenta de condução de decisões para se chegar à melhor solução possível final.

Estimular as pessoas a atender aos critérios legais de atendimento médico no Sistema Único de Saúde (SUS), ainda que dentro de uma relação judicializada, estaria tanto atendendo ao precedente exposto neste trabalho como comungando com críticas modernas sobre o custo da judicialização da saúde. Espera-se com isso caminhar para um futuro desejado em que a Administração Pública cumpra com a legislação própria do sistema integrado de saúde e, em um outro momento, sustente o valioso SUS sem a interferência do Judiciário.

Isso porque, a partir do momento em que a interferência judicial leva em consideração não apenas a garantia constitucional à saúde, mas também todo o impacto que um fornecimento medicamentoso judicial tem nas políticas públicas do ente responsável por aquele insumo, colabora com a otimização do sistema administrativo que deveria dar conta do serviço público sanitário.

A última parte do precedente possibilita, na verdade, uma mudança cultural no dever-fazer do julgador: pensar formas de adequar processualmente a competência administrativa do ente federado à pretensão medicamentosa, sem ter que recorrer a instrumentos processuais tipicamente vagarosos, como a denúncia da lide ou o chamamento ao processo.

Essa característica representa o que se espera de um precedente dentro de um ordenamento que se pretende ser um sistema de precedentes: não apenas reafirmou uma jurisprudência pacífica e vinculou julgadores a repetirem o entendimento firmado, mas trabalhou a demanda, reunindo elementos relevantes que possibilitam a interpretação e adequação do entendimento ao caso concreto, desenvolvendo o Direito na área em que se propôs solucionar a problemática.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6674>. Acesso em: 13 jun. 2021.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O ativismo judicial da “república togada” e o princípio da legalidade na “democracia parlamentar”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional de Bogotá* (Colombia), n. 27, p. 167-198, jul./dez. 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão*. Interesse Público [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Hf7h8H>. Acesso em: 12 jan. 2022.

AULETE, Francisco J. Caldas; VALENTE, Antonio Lopes dos Santos. *iDicionário Aulete*. Lexikon Editora Digital Ltda. Disponível em: <https://aulete.com.br/precedente>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3rfDO97>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 165, mar. 1997p. 165. Disponível em: <https://bit.ly/326AqU7>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, jul./set. 2016.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação: Análise da Jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368-394.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3KPRbVj>. Acesso em: 20 de nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 31*. 30 de março de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3AIP54N>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 107*. 6 de abril de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 29 jun. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília:, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3KSAp8>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Segunda Turma). *Agravo Interno no Mandado de Segurança n. 2002.01.00.030992-0*. Relator: Juiz Tourinho Neto.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.063.553/PE*. Relator: Min. Francisco Falcão, julgado em 6-3-2018, DJe de 12-3-2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.696.441/RS*. Relator: Min. Sérgio Kukina, julgado em 23-2-2021, DJe de 26-2-2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo Interno no Recurso Especial 1.771.560/DF*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11-5-2020, DJe de 13-5-2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.069.810/RS*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23-10-2013, DJe de 6-11-2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial 1.133.696/PE*. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 13-12-2010, DJe de 17/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial 1.410.507/CE*. Relator: Min. Humberto Martins, julgado em 23-10-2014, DJe de 30-10-2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial n. 1.474.665/SP*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 26-4-2017, DJe de 22-6-2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Recurso Especial 1.495.144/RS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22-2-2018, DJe de 20-3-2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 1.614.636/PI*. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 16-8-2016, DJe 9-9-2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *RMS n. 6.564/RS*. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17-6-1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *Questão de Ordem no Recurso Especial n. 1.657.156/RJ*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, DJe de 31-5-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47/PE*. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe de 30-4-2010. Disponível em: <https://bit.ly/346qJG6>. Acesso em 24 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n. 4*. Processos, Audiências Públicas, 27, 28 e 29 de abril de 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3g2sab1>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 566.471/RN*. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 11-3-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 657.718/MG*. Relator p/ o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 9-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Voto do Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://bit.ly/3lWJWjw>. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). *Tema 793/STF*. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Relator: Ministro Luiz Fux, *Dje* de 16 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=793>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Ministro Edson Fachin nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE*. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31N3mAn>. Acesso em: 4 jun. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Case management no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 2, art. 24, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i2.24>. Acesso em: 16 jan. 2022

CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luís Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1335-1356, out. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000401335&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26 abr. 2021.

CHARAN, André Luís. Os precedentes obrigatórios no direito processual civil brasileiro: uma necessidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/39ijUQo>. Acesso em: 8 jan. 2021.

CÓDIGO de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2021.

DEL GAIZO, Flavia Viana. *A Definição de direitos metaindividuais e o microssistema da tutela coletiva*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-4-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 11 dez 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 487.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Quarta Turma Cível). *Apelação Cível n. 0008763-16.2003.8.07.0001*. Relator: Des. Cruz Macedo, DJe de 28-10-2004.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. *Revista Direito UNIFACS – debate virtual*, Salvador, n. 175, 2015. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>. Acesso em: 30 jan. 2022.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros. Direito à saúde: histórico, judicialização e prognóstico. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Victor Luna (coords). *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

FARIA, Lucas Oliveira; MARCHETTO, Patrícia Borba. Judicialização da saúde: atores e contextos de um fenômeno crescente. *Revista de Direita Brasileira*, v. 26, n. 10, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4660/5105>. Acesso em: 20 nov. 2021.

FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRARO, Marcela Pereira. *Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/34aE53X>. Acesso em 11 nov. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. Tradução de Thiago Pádua e Jefferson Guedes.

Universitas Jus, v. 27, n. 2, 2016, p. 33-41. Disponível em: <https://bit.ly/3gTON12>. Acesso em: 14 dez. 2020.

GONÇALVES, Itaboraí Querubini. O direito brasileiro e a inovação na consolidação de um sistema de precedentes recursais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 6, n. 3, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/446>. Acesso em: 23 dez. 2020.

GRILLO, Marcela Fontenelle. *Aplicação prática do precedente judicial: ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing e overruling*. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41364/aplicacao-pratica-do-precedente-judicial-ratio-decidendi-obiter-dictum-distinguishing-e-overruling>. Acesso em: 8 jan. 2021.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

LYRA JÚNIOR, Divaldo Pereira de; *et al.* Influência da propaganda na utilização de medicamentos em um grupo de idosos atendidos em uma unidade básica de saúde em Aracaju (SE, Brasil). *Ciência, saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, s. 3, nov. 2010, p. 3497-3505. Disponível em: <https://bit.ly/3rXDDye>. Acesso em: 9 ago. 2021.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. 2015. Tese (Doutorado em Radiologia) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.5.2016.tde-23022016-162923. Acesso em: 9 ago. 2021.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 33. Disponível em: https://www.bdtf.uerj.br:8443/bitstream/1/9435/1/Felipe%20Barreto%20Marcal_total.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/139969/supremo_tribunal_federal_mello.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

MEOTTI, Francieli Freitas; ZIEMANN, Aneline dos Santos. Protagonismo da jurisdição constitucional e a legalização do aborto de fetos anencéfalos. In: Leal, Mônica C. H. *et al.* (coord.). *A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 31-57.

MITIDIERO, Daniel; *Cortes superiores e cortes supremas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

MORAES, Elaine Lazzaroni; RETTO, Maely Peçanha Favero; SILVA, Mario Jorge Sobreira da; VIDAL, Thaís Jeronimo. Demandas judiciais por medicamentos antineoplásicos: a ponta de um iceberg? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, n. 8, p. 2539-2548, 2017. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csc/2017.v22n8/2539-2548/pt>. Acesso em: 30 jan. 2022.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 12 jan. 2022.

OLIVEIRA, Ana Paula Souza de; FELIX, Clelia Rodrigues; DANTAS, Jaciara Nisária. A judicialização da saúde no Brasil: a influência dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional*, ano 9, n. 13, jun. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Elet-Jur-Instit-MP-RN_n.13.03.pdf. Acesso em: 2 jan. 2021.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Celina Arruda (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 15-35, jan./mar. 2014.

PONTES, Ana Paula Munhen de *et al.* O Princípio de universalidade do acesso aos serviços de saúde: o que pensam os usuários?. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-81452009000300007>. Acesso em: 11 ago. 2021.

RIBEIRO, Catarina de Sá Guimarães; QUEIROZ, Cristina Câmara Wanderley. Breve panorama da judicialização da saúde no Brasil e os reflexos dos julgamentos dos recursos repetitivos pelos Tribunais Superiores. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, p. 103, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/552/609>. Acesso em 26/04/2021. Acesso em 20 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Súmula n. 65. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SANT'ANA, J. M. B. *et al.* Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 45, n. 4, p. 714-721, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3Hhlz8z>. Acesso em: 9 ago. 2021.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. *Processo estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2021.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos *et al.* O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (orgs). *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139-173.

SCHULZE, Clenio Jair. *Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a teoria da decisão judicial*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/256/TESE%20-%20CLENIO%20JAIR%20SCHULZE.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 21 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? *Revista Jurídica*, v. 1, n. 54, Curitiba, 2019. p. 317-341. Disponível em: <https://bit.ly/3IPKJCN>. Acesso em: 8 dez. 2021.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014.

TELESI JÚNIOR, Emílio. Práticas integrativas e complementares em saúde: uma nova eficácia para o SUS. *Estudos avançados*, 30, 86, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100007>. Acesso em: 20 maio 2021.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. Salvador, Jusdivm, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Revista Consultor Jurídico*, jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 24 mar. 2021.

VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/461>. Acesso em: 25 nov. 2021.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Editora Gen, 2017. p. 301-369.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3H9GjPK>. Acesso em: 14 maio 2021.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista da Faculdade de Direito-RFD-UerJ*, Rio de Janeiro, n. 28, 2015.

VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. O direito à saúde como cláusula pétrea e o conteúdo deste direito: medicamentos e tratamentos médicos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 9 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3udKXIW>. Acesso em: 9 dez. 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Direito Hoje*, Emagis TRF4, Porto Alegre, 18 out. 2021.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via judicial. In: ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, p. 94, jul./set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3A1M53a>. Acesso em: 16 jan. 2022.