I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JULIA MAURMANN XIMENES

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Julia Maurmann Ximenes; Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-040-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O ano de 2020 tem sido um marco na utilização de Tecnologias da Comunicação e Informação. Neste sentido, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI adaptou o formato de seu evento presencial no meio do ano para o primeiro Evento Virtual do CONPEDI. Os painéis e grupos de trabalhos foram transmitidos pela plataforma virtual, com participação de alunos e professores do Brasil e do exterior.

No Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, a apresentação e debates dos trabalhos ocorreu tranquilamente no dia 27 de julho, sob a coordenação dos professores Julia Maurmann Ximenes, Samyra Haydêe Dal Farra Napoli e Saulo de Oliveira Pinto Coelho.

A primeira pesquisa apresentada, de Jorge Vieira e de Othoniel Ceneceu, analisa as peculiaridades das práticas de gestão na política públicas de saúde, nos atuais tempos de Pandemia da Covid19. A pesquisa envolveu revisão da bibliografia produzida sobre o assunto e a análise matemático-estatística dos dados existentes sobre as atividades do sistema de saúde nesse período. Essa análise quantitativa permitiu, segundo os autores, corrigir algumas inferências midiáticas sobre o desempenho brasileiro no combate à pandemia.

A pesquisa de Danúbia Rodrigues, Lucas Fagundes e Jéssica Miranda aborda a temática da proteção de dados pessoais, frente à ocorrência da crise da Covid19, que gera uma situação singular quanto ao direito ao sigilo e privacidade, nessas situações. Essa dicotomia entre dever de informar e direito à privacidade foi analisada quanto às situações possíveis em que haveria direito à reparação de dano à privacidade, nas práticas relativas à contenção da Pandemia.

A pesquisa de Anna Zeifert trata da questão da desigualdade, pobreza e inclusão, partindo nas analise do CEPAL e das series histórias recentes nessa análise, com especial foco e interesse em identificar os principais sujeitos atingidos socioeconomicamente pela atual Pandemia da Covid19. A relação entre pobreza e empoderamento (capacidade de participação política) é analisada criticamente no trabalho.

O Trabalho de Ygor Távora versa sobre o direito à saúde e as situações referentes à crise da Covid19, buscando verificar as situações de aplicabilidade do princípio da reserva do possível, seu uso e as situações de aplicação excepcional do princípio frente à atual pandemia.

Rita de Cássia e Juliana Araújo apresentaram trabalho sobre a luta anti-manicomial e a política pública de drogas no brasil, analisando as transformações no sentido das políticas de cuidado e saúde do usuário e políticas e redução de danos. Analisam a questão das recentes alterações legislativas nessa seara e buscam sistematizar as críticas da literatura especializada a essas alterações legislativas recentes, avaliadas por essa literatura como retrocesso.

Rodrigo Tonel e Janaína Sturza abordam a questão das políticas públicas para a prevenção do suicídio e a necessidade de desenhos regulatórios de prevenção mais integrados a outras questões de saúde, como depressão e outros fenômenos. Fazem também considerações sobre as deficiências de capacitação dos profissionais de saúde para lidar com essas situações e implementar adequadamente essas políticas.

O trabalho científico de Pablo Lemos aborda a judicialização da saúde pública na comarca de Niterói-RJ, para situações de doenças raras, quanto ao direito à duração razoável do processo. Essa pesquisa, com características de estudo de caso, se fez valer de trabalhos de campo para coletar dados mais refinados sobre o fenômeno analisado. Dentre os resultados, identificou que são fatores causadores dos problemas de celeridade a falta de comunicação sinérgica entre as instituições públicas envolvidas, além de um uso ineficiente dos núcleos de especialização técnica, por parte do judiciário.

A pesquisa de Marcus Resende, foca nas políticas públicas de dispensação de medidamentos, com recorte nas judicializações e nas contradições (em termos de regressividade) de determinadas judicializações frente ao orçamento público e a necessidade de progressividade da relação arrecadação-gasto.

Já a pesquisa de Liane Pimenta analisa, com técnicas de pesquisa empírica, nas bases de decisões judiciais, as contradições das políticas de dispensação de medicamentos e respectivas demandas judicializadas na área.

Flavia Cristina e André Pires apresentaram trabalho sobre o apoio, por meio de redes de contato, a mulheres vítimas de violência doméstica, na busca por inovar e promover melhorias incrementais na política pública de proteção instituída pela Lei Maria da Penha. As análises até então feitas pela dupla a respeito indicam que a rede de contatos produz empoderamento dessas mulheres vulnerabilizadas, permitindo maior eficácia das estratégias destinadas a evitar a reincidência dos atos de violência sofridos.

As pesquisadoras Luana Adriana e Georgia Araújo abordam a questão da igualdade de acesso ao ensino e o papel das políticas públicas de educação quanto às adaptações razoáveis para a acessibilidade na educação. Analisam a caracterização e buscam delimitar, bem como oferecer subsídios teórico-dogmáticos para operacionalizar a aplicação do conceito de adaptações razoáveis. Um dos focos de análise seria a superação da dicotomia normalidade-anormalidade, nas adaptações razoáveis.

O trabalho de Jeremias da Cunha versa sobre o Crédito Educativo como instrumento da política pública de acesso ao ensino superior no Brasil, buscando dar maior precisão as terminologias empregadas no marco regulatório deste instrumento de financiamento estudantil.

A pesquisa de Querino Tavares e Nilson Júnior trata do controle externo das políticas públicas educacionais, com analises destinadas a identificar pontos de aperfeiçoamento de tais políticas, com foco nas experiências de controle do TCE-GO e analisando a relação entre controle formal e controle material de contas, com vistas à efetividade do gasto público, para além do controle formal, mas também preocupado em evitar ativismo no controle de contas.

A pesquisa de Alberto Nogueira versa sobre a tentativa de localizar problemas nas práticas de gestão efetivadas nas políticas de acesso por cotas em concursos públicos, notadamente quanto a eventuais falhas nas comissões de hétero-identificação, segundo o autor.

A pesquisa de Caio Cela e de Amanda Alves tem por foco a análise e identificação de limites para a judicialização das políticas públicas educacionais, com foco na hipossuficiência e no mínimo existencial como dois dos importantes critérios de análise desses limites.

O trabalho apresentado por Mariana Cesco e Vladimir Brega se volta para o fenômeno da educação familiar e sua inserção ou adaptabilidade ao modelo de política pública de educação no país.

O texto de Paulo Souza trata da política nacional de educação e a ideia de educação integral, bem como, segundo o autor, os impactos e peso do binômico política-religião no desenho dos planos de educação no brasil, nos diferentes entes federativos, mas com enfoque na experiência específica do Estado do Rio de Janeiro. A análise se baseia na ideia da necessidade de conformação entre igualdade e diferenças na modulagem dessas políticas.

Manoel Macêdo, em seu trabalho, aborda a questão do tratamento socioeducativo oferecido a adolescentes infratores, no conjunto da política pública da criança e adolescente, analisando

as possibilidades de distorção do uso dessa ferramenta (instrumento), para mera contenção e privação de liberdade ao adolescente. Valeu-se de analise de dados em bases públicas para discussão da questão. Conclui que a baixa eficácia do atendimento sócio-educacional está fortemente relacionada à priorização de medidas de contenção para o adolescente infrator.

A pesquisa de Urá Lobato Martins e Vinícius Ferreira aborda, com base na biopolítica, as situações de exclusão, desrespeito aos direitos das mulheres, ausências de segmentação adequadas, outras contradições nas questões relativas políticas de controle de natalidade, com especial enfoque na questão do uso da laqueadura como uma prática revestida de muitas contradições no sistema de saúde, segundo os autores.

Em outro artigo, Urá Martins e Vinícius Ferreira realizaram análises documentais e interpretaram dados empírico para pesquisar outra situação de exclusão social e violência, relacionado ao fenômeno da impunidade na violência policial frente a homicídios de pessoas moradoras de comunidades no Rio de Janeiro, questão que também foi analisada sob a lógica da estratificação sociais e da interseccionalidade.

A pesquisa de Rebeca de Souza aborda a questão das decisões estruturais e do processo estrutural na experiência brasileira de controle de políticas públicas. Fazendo valer uma metodologia baseada uma conjugação de técnicas, a pesquisa delimitou temas específicos na área de acessibilidade e mobilidade para verificar as dificuldades e desafios da realização de processos estruturais no Brasil.

Linara Assunção, apresentou estudo científico sobre os efeitos sociais da obra pública da ponte que liga o Oiapoque (fronteira, no Estado do Amapá) e o território francês vizinho. Avalia que essa ponte binacional produziu uma transformação das práticas de fronteira, mais informais, para práticas formais para as interações que já eram estabelecidas entre as duas cidades vizinhas, em cada respectiva realidade, produzindo, contraditoriamente, uma segregação e separação entre essas populações.

O trabalho de Miriane Willers analisa a questão do custo dos direitos e a relação entre Estado Fiscal (dependência de arrecadação para prestação de serviços e utilidades públicas) e a efetividade de direitos. Analisa as dificuldade e as escolhas difíceis com as quais o Direito precisa lidar frente a essa característica do modelo de Estado fiscal.

A pesquisa de Robert Bonifácio e de Lucas Velasco aborda a construção de uma metodologia de análise de impacto legislativo na Câmara Municipal de Goiânia, em abordagem interdisciplinar com enfoque na produção de um know-how de avaliação de impacto aplicável na experiência parlamentar pesquisada.

Por fim, o trabalho científico de Darléa Carine e Rogério Nery, lança bases teóricas no campo do Direito e Políticas públicas, ao analisar o pensamento de Rawls quanto à noção de justiça como equidade, com foco na complementariedade da abordagem das capacidades desenvolvida por Nussbaum.

O desafio do primeiro evento virtual foi alcançado com êxito e vamos continuar pesquisando!

Boa leitura!

#continuepesquisando

Julia Maurmann Ximenes - ENAP

Samyra Haydêe Dal Farra Napoli - FMU

Saulo de Oliveira Pinto Coelho - UFG

Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O IMPACTO DOS ENUNCIADOS DA III JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE IMPACT OF THE GUIDELINES OF THE III CONFERENCE ON HEALTH LAW ON DECISIONS BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE.

Liana De Barros Pimenta [1]
Luciana Gaspar Melquíades Duarte [2]

Resumo

O presente artigo buscou averiguar os impactos da III Jornada de Direito da Saúde nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, valeu-se do método de pesquisa quantitativo para apurar as decisões prolatadas após aquele evento e do método qualitativo para examinar a menção aos correspondentes enunciados. Concluiu-se que, a despeito da necessidade de padronização, as decisões ainda carecem de uma fundamentação voltada para instrumentos concretizadores dessa racionalidade. Essa carência, contudo, não representa prejuízo do ponto de vista argumentativo, haja vista as diversas possibilidades de fundamentação das decisões judiciais, consoante a Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy.

Palavras-chave: Direito à saúde, Judicialização, Iii jornadas de direito da saúde, Enunciados

Abstract/Resumen/Résumé

This article ascertained the impacts of the III Conference on Health Law on decisions by the Superior Court of Justice. The methodology of quantitative research was used to ascertain the decisions made after that event and the methodology of qualitative research to examine the mention of the corresponding guidelines. It was concluded that, despite this need of standardization, decisions still lack a foundation focused on these guidelines. However, this lack does not represent a prejudice from an argumentative point of view, given the various possibilities for substantiating judicial decisions, according to Robert Alexy's Theory of Legal Argumentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Judicialization, Iii conference on health law, Guidelines

---

[1] Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF.

[2] Mestre e doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora dos PPGs Direito e Inovação e Saúde Coletiva da Universidade Federal de Juiz de Fora.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo foi analisar os possíveis impactos, nas decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, dos enunciados elaborados por ocasião da III Jornada Nacional de Direito da Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada em 18 e 19 de março de 2019 (BRASIL, 2019a).

A abordagem possui relevância na medida em que os enunciados consagram diretrizes hermenêuticas para a prolação de decisões relacionadas ao direito à saúde e reforçam uma tendência de padronização decisória, materializada na criação de órgãos e instrumentos de apoio técnico ao Judiciário. Essa tendência de padronização tem por escopo a redução do subjetivismo do magistrado no julgamento das questões relacionadas às prestações sanitárias e, por conseguinte, a otimização da atividade jurisdicional, notadamente diante do cenário de judicialização da saúde que teve início no final da década de 90 (VENTURA, 2010) e que se mostra crescente (BRASIL, 2019c).

Conquanto o Conselho Nacional de Justiça não detenha competência para o controle do mérito das decisões judiciais, incumbindo-lhe, tão somente, a prerrogativa de controle administrativo do Poder Judiciário, consoante disposto no art. 103-B, § 4º da Constituição (BRASIL, 1988), não existe óbice para que o mesmo proceda à elaboração de enunciados interpretativos, desde que não vinculantes, como vem sendo realizado.

Para uma melhor análise da questão, foi necessária a apresentação de um breve histórico da busca da tutela jurisdicional do direito sanitário e da finalidade das Jornadas de Direito da Saúde, destacando-se os enunciados reputados mais relevantes para o cenário da judicialização.

Em seguida, com o intuito de averiguar os possíveis impactos dos enunciados interpretativos nas decisões judiciais, realizou-se pesquisa quantitativa e qualitativa junto às decisões do Superior Tribunal de Justiça, proferidas após 18 de março de 2019, data da realização da III Jornada de Direito da Saúde. Para tanto, buscou-se, nos julgados, a menção aos correspondentes enunciados, bem como a termos e palavras constantes dos mesmos; posteriormente, foram separadas, para análise, apenas as decisões que adentraram o mérito do Direito Sanitário.

Buscou-se, ainda, compreender a relevância da fundamentação técnica das decisões judiciais para a racionalização da atividade jurisdicional, não somente no que diz respeito à consagração da efetividade do processo, mas também como medida de acesso isonômico dos

cidadãos às prestações de saúde, sobretudo em virtude da possibilidade de maior razoabilidade na distributividade de recursos escassos.

Conquanto o objetivo central do presente artigo tenha sido a verificação de menção aos enunciados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça após a III Jornada de Direito da Saúde, a presente análise também abordou os diversos tipos de argumentos jurídicos, na esteira dos ensinamentos de Alexy (2017), a fim de verificar os principais recursos argumentativos utilizados nas decisões judiciais analisadas.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: BREVE HISTÓRICO

Conquanto a previsão dos art. 196 a 200 da Constituição (BRASIL, 1988) tenha sido necessária para que se atingisse o atual grau de efetividade do direito à saúde, prevaleceu, durante alguns anos após sua promulgação, o entendimento de que as normas de direito sanitário possuíam natureza meramente programática. Os poucos casos submetidos a juízo deparavam-se com uma jurisprudência conservadora, que sustentava a ausência de vinculatividade das normas constitucionais sobre o direito sanitário, como se vê nos arestos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564/RS (BRASIL, 1996), o que constituía empecilho à efetiva tutela judicial da saúde.

Somente no final da década de 90, com o aumento do número de casos de contaminação por HIV no país, houve um incremento no ajuizamento de pedidos relacionados ao direito sanitário, conforme aduz Ventura (2010). Embora nesse momento a tutela jurisdicional da saúde ainda não fosse ampla, diante da especificidade das demandas – obtenção de medicamentos para o tratamento de pessoas soropositivas – foi esse o cenário que possibilitou a intensificação dos debates em torno da exigibilidade e da extensão do direito à saúde (VENTURA, 2010).

Entre os principais enfrentamentos pelo Judiciário no âmbito do direito à saúde, podem-se citar as discussões relacionadas à obrigatoriedade de o Poder Público custear tratamento no exterior, conforme se verifica no bojo do Mandado de Segurança nº 8.895 (BRASIL, 2003); custear tratamentos experimentais, consoante julgado proferido na Suspensão de Segurança nº 3.073 (BRASIL, 2007); fornecer medicamentos não padronizados pelo SUS, conforme entendimento constante do REsp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018); disponibilizar medicamentos experimentais ou não registrados na ANVISA, conforme posicionamento no

Recurso Extraordinário nº 657.718 (BRASIL, 2019d); e fornecer medicamentos de alto custo, nos termos do julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 566.471 (BRASIL, 2020).

A relevância dos debates em torno da judicialização da saúde, associada às divergências no entendimento por parte dos magistrados, levou o Judiciário a adotar algumas iniciativas voltadas para uma parametrização hermenêutica. Entre essas ações, podem ser citadas a Audiência Pública nº 4 (BRASIL, 2009); a Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde; a instituição da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS - CONITEC (BRASIL, 2011), dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias da Saúde - NATs e dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário - e-NatJus (BRASIL, 2019b); e a realização das Jornadas Nacionais de Direito da Saúde em 2014, 2015 e 2019 (BRASIL, 2010).

O impacto dos citados instrumentos e órgãos de apoio ao Judiciário foi objeto de análise pelo Instituto de Ensino e Pesquisa - Insper, cujos dados foram veiculados pelo Conselho Nacional de Justiça no Relatório Analítico Propositivo "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução" (BRASIL, 2019c). No entanto, em relação às Jornadas da Saúde, a pesquisa realizada pelo Insper abarcou somente as duas primeiras edições do evento, ocorridas em 2014 e 2015. O impacto da III Jornada, realizada em 18 e 19 de março de 2019, ou seja, superveniente ao citado relatório, será abordado no presente artigo.

2 A III JORNADA NACIONAL DE DIREITO DA SAÚDE

Criadas pelo Conselho Nacional de Justiça em decorrência do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (BRASIL, 2010), as Jornadas Nacionais de Direito da Saúde tiveram por objetivo a instituição de enunciados destinados à orientação de magistrados na prolação das decisões judiciais sobre direito sanitário.

A I e a II Jornadas ocorreram em 2014 e em 2015, e ensejaram a aprovação de 45 e 23 enunciados, respectivamente, envolvendo a saúde pública e a saúde suplementar; a III Jornada, por sua vez, aprovou 35 novas orientações, adequou a redação de 29 e revogou 11, consolidando 92 enunciados (BRASIL, 2019a). Entre os 35 enunciados aprovados pela III Jornada, alguns se destacam em razão da relevância e da recorrência do tema abordado no cenário atual da judicialização da saúde, de maneira que mereceram análise mais aprofundada.

O primeiro enunciado a ser apreciado é o de nº 69 (BRASIL, 2019a), que recomenda prévia consulta ao ente público nos casos em que se pleiteia judicialmente a realização de consultas, exames, cirurgias ou procedimentos especializados. O objetivo da diretriz é prestigiar a organização e a regulação, pelo Poder Público, das listas de espera, tendo em vista os parâmetros clínicos e de priorização. O citado enunciado dialoga com o de nº 03 (BRASIL, 2019a), instituído na I e revisto na III Jornada, que estabelece a comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação para a busca da tutela jurisdicional. O propósito das disposições é evitar a indevida ingerência do Judiciário em matéria afeta à gestão pública e desestimular o desnecessário ajuizamento de ações, que apenas incrementem a já configurada sobrecarga do Judiciário. Visam, outrossim, evitar o manejo de uma ação judicial com o escopo de desrespeitar a ordem cronológica das demandas. Resvalam, portanto, atenção aos princípios da Separação de Poderes e da isonomia, que devem orientar as políticas públicas de saúde.

Outro enunciado a ser examinado é o de nº 74 (BRASIL, 2019a), que preceitua que "não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (*astreintes*) apenas como *ultima ratio*". A medida executória possui grande valia ao garantir efetividade não somente à decisão judicial, mas também ao direito à saúde, evitando que sua finalidade seja desvirtuada. A instituição do enunciado corrobora prática que já vinha sendo adotada pelos tribunais, o que se depreende do acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1487886/MG (BRASIL, 2014) com respaldo nas Leis nº 5.869 e 13.105 (BRASIL, 1973, 2015). Ao consolidar entendimento que já prevalecia, o enunciado visou abarcar posicionamentos ainda resistentes à concessão da tutela específica, homogeneizando a compreensão sobre o tema.

O enunciado nº 75 (BRASIL, 2019a), por sua vez, apresenta grande relevância uma vez que corrobora posicionamento do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp nº 1.657.156[1] (BRASIL, 2018), que tratou do fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, estabelecendo os seguintes requisitos para o deferimento da disponibilização dos fármacos: a apresentação de laudo médico fundamentado e circunstanciado comprobatório da imprescindibilidade ou da necessidade do tratamento, bem como a ineficácia dos fármacos fornecido pelo SUS para o tratamento da moléstia; a demonstração da incapacidade financeira do paciente para o custeio do medicamento; e a existência de registro do medicamento na ANVISA.

[1] O entendimento consolidado no julgado também impactou a redação dos enunciados de nº 12, 14 e 50.

No entanto, o enunciado em tela foi além, consignando a possibilidade de o laudo médico apresentado ser infirmado por notas técnicas, pareceres ou documentos congêneres e prova pericial, além de estabelecer a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off label* ou experimental, salvo mediante autorização da ANVISA. Restou determinado, ainda, a aplicação desses pressupostos a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas (BRASIL, 2019a).

Conquanto o objetivo do enunciado nº 75 (BRASIL, 2019a) tenha sido homogeneizar o entendimento dos magistrados quando da prolação da decisão judicial, revelando-se positivo sob a ótica da racionalidade e da parametrização, não se pode olvidar que, do ponto de vista do direito social, pode ter representado um retrocesso ao permitir ao Poder Público questionar, com base em documentos abstratos, como notas técnicas, pareceres e outros documentos, a avaliação do médico que assiste o paciente e que, presumidamente, possui conhecimento acerca das peculiaridades do tratamento.

Os próprios requisitos fixados pelo STJ no bojo REsp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018) já poderiam representar para o usuário do sistema de saúde algumas dificuldades para o alcance do direito, por implicarem, no mais das vezes, retorno do paciente à consulta médica para fins de obtenção do laudo nos moldes exigidos, cuja emissão nem sempre é efetuada no primeiro comparecimento, seja por desconhecimento ou desinteresse do médico assistente, seja pela sobrecarga dos profissionais. De todo modo, a padronização realizada pelo citado julgado (BRASIL, 2018), prestigia a isonomia e a maior distributividade, notadamente diante da realidade brasileira, em que muitos são os alijados dos serviços de saúde. O estabelecimento de parâmetros representa a busca pela uniformização da prestação, o que deve ser valorizado.

No entanto, ao possibilitar que as declarações médicas sejam infirmadas por documentos técnicos, o enunciado incrementa as dificuldades de acesso e representa insegurança para o paciente, permitindo que a já dificultosa reunião dos elementos para a demanda seja vã. Além disso, permite questionamentos quanto à fé pública do próprio médico, priorizando o conteúdo de documentos abstratos em detrimento do contato direto entre o profissional e o paciente, o que se revela contraditório até mesmo à luz da bioética, que recomenda cada vez mais que a relação entre ambos seja escorada na proximidade e na transparência.

Destaque-se que o julgamento proferido no REsp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018) também impactou diversos enunciados preexistentes, como é o caso do de nº 06 (BRASIL, 2019a), segundo o qual as determinações judiciais de fornecimento de medicamentos devem

evitar aqueles ainda não registrados na ANVISA ou em fase experimental, com a ressalva das exceções legalmente previstas, e do de nº 09 (BRASIL, 2019a), que aduz não ser possível a imposição, aos entes federados, do custeio de medicamentos e tratamentos experimentais. Este entendimento, porém, foi contraditado pelo acórdão proferido no recurso extraordinário nº 657.718 (BRASIL, 2019d) pelo STF, que consignou a possibilidade de deferimento de tais tratamentos experimentais em hipóteses excepcionais.

Já o enunciado nº 93 (BRASIL, 2019a), também aprovado pela III Jornada Nacional de Direito da Saúde, preceitua que, nas demandas por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se excessiva a espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e a 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos. A fixação de um prazo de atendimento pelo verbete é positiva na medida em que representa certa segurança para o usuário. No entanto, questão que se coloca consiste em saber se os prazos consignados se revelam adequados à realidade brasileira, cuja cultura é a da restauração da saúde, e não a da prevenção (FERNANDES, 2018). Indaga-se, por exemplo, se a espera por um procedimento cirúrgico de caráter eletivo por quase seis meses ou de uma consulta por quase 100 dias não conduziria a eletividade a uma situação emergência, incrementando os riscos para o paciente, reduzindo a efetividade do direito à saúde e até impactando os custos para o Poder Público. Questiona-se, outrossim, se a fixação de prazos abstratos pelo Poder Judiciário não implicaria extrapolação da função jurisdicional, resvalando usurpação da função legislativa.

O enunciado nº 94 (BRASIL, 2019a), por sua vez, consigna a possibilidade de determinação de depósito judicial para o custeio de medicamentos ou produtos, sob pena de sequestro de verbas, enquanto não ultimado o processo de compra do insumo. Na prática, a eficácia da medida executória ocorre com o sequestro de verba pública, providência mais célere caso comprovada a indisponibilidade do insumo.

Ultrapassada a análise dos principais enunciados da III Jornada de Direito da Saúde, passa-se ao exame do impacto dos mesmos nas decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça posteriormente à sua realização.

3 O IMPACTO DOS ENUNCIADOS DA III JORNADA NACIONAL DE DIREITO DA SAÚDE NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na tentativa de verificar se os enunciados vêm cumprindo seu papel de diretriz hermenêutica, o Conselho Nacional de Justiça procedeu ao levantamento das decisões judiciais que os mencionam, tendo constatado ínfima referência aos mesmos (BRASIL, 2019c). A pesquisa realizada pelo Insper e que, como dito, abarcou somente os enunciados da I e II Jornadas de Direito da Saúde, apurou que, em 1ª instância, apenas 19 (dezenove) decisões judiciais fizeram essa alusão, em um universo de 107.497 decisões avaliadas durante a pesquisa; em 2ª instância, foram 2 (duas) ocorrências em 82.233 decisões. Os argumentos utilizados na referida busca foram as palavras e expressões 'enunciado', 'enunciados', 'jornadas de saúde', 'jornada de direito da saúde' e 'jornada de direito à saúde' (BRASIL, 2019c).

Como a presente análise tem por objetivo avaliar de que forma os enunciados da III Jornada de Direito da Saúde vêm impactando as decisões judiciais, a presente busca abarcou as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça após 18 de março de 2019, data de realização do evento, até 5 de fevereiro de 2020, data de realização da coleta dos dados.

Em levantamento junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça com as mesmas palavras utilizadas na pesquisa realizada pelo Insper – 'enunciado', 'saúde' e 'jornada' – o resultado apontou 17 (dezessete) acórdãos. Analisando-se cada uma dessas decisões, verificou-se que 3 (três) se referiam à saúde suplementar e mencionavam 'enunciado' e 'jornada de direito da saúde' somente no campo 'referência legislativa', mas não no corpo do acórdão[2]; 2 (duas) referiam-se à saúde suplementar e a menção a 'enunciados da I Jornada de Saúde' ocorria no corpo da decisão[3]; 1 (uma) se referia à saúde suplementar, mas a palavra 'jornada' se referia à Jornada de Direito Civil[4]; e 11 (onze) não se referiam a direito à saúde, sendo que a ocorrência da palavra 'saúde' apenas decorria do objeto específico da demanda, e o apontamento a 'enunciado' e 'jornada' devia-se a outros eventos, a exemplo da Jornada de Direito Civil[5].

No intuito de verificar se, a despeito de não mencionarem os citados vocábulos, as decisões se referiram ao conteúdo do enunciado, procedeu-se à busca a partir de um segundo critério, qual seja, o de palavras e/ou expressões significativas, presentes em cada um dos enunciados destacados alhures.

---

[2] REsp 1733013/ PR, AgInt no AREsp 1524177/ SP e AgInt no AgInt no AREsp 1202340/ SP. Acesso em: 05 fev. 2020.
[3] AgInt no REsp 1685695/ SP e AgInt no AREsp 1396997/ DF. Acesso em: 05 fev. 2020.
[4] REsp 1818495/ SP. Acesso em: 05 fev. 2020.
[5] AgInt no AREsp 1517245/ MG, AgInt no REsp 1712940/ PE, REsp 1637910/ RN, AgInt no AREsp 1251059/ DF, AgInt no REsp 1701573/ PE, AgInt no AREsp 1139030/ DF, REsp 1773725/ AL, AgInt no AREsp 1137714/ MG, AgInt no REsp 1788195/ RJ, REsp 1785272/ PB e REsp 1783180/ RJ. Acesso em: 05 fev. 2020.

Em relação ao enunciado nº 69 (BRASIL, 2019a), procedeu-se à pesquisa dos termos ‘consulta prévia’, ‘lista’ e ‘regulação’, não tendo sido obtido julgado referente a saúde.

Quanto ao enunciado nº 74 (BRASIL, 2019a), que apresenta como vocábulos mais relevantes ‘ordem judicial’ e ‘bloqueio’, o resultado retornou 6 (seis) acórdãos, sendo que 3 (três) decisões não se referiam a direito à saúde[6]; 1 (um) acórdão correspondia ao tema, mas a decisão indeferia o bloqueio de verba pública sob o argumento de ausência de comprovação de descumprimento de ordem judicial pelo ente público[7]; 1 (um) acórdão concedia o bloqueio para a aquisição de suplemento alimentar a menor de idade, mas sem menção ao enunciado em questão[8]; 1 (uma) decisão considerou possível a coexistência de bloqueio de verbas e aplicação de multa, mas também não fez menção ao enunciado[9].

Já a referência ao enunciado nº 75 (BRASIL, 2019a), que é expresso no que diz respeito à necessidade de observância dos requisitos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018), foi averiguada a partir de busca pelo número do citado Recurso Especial, o que gerou o retorno de 20 (vinte) acórdãos[10]. No entanto, nenhuma das decisões mencionou o enunciado em questão, apenas transcrevendo as exigências fixadas pelo STJ quanto ao tema em análise. Conquanto não tenha havido prejuízo em termos de fundamentação, o resultado da busca pode ser indicativo da baixa adesão aos enunciados propriamente ditos e de prestígio à jurisprudência do próprio STJ.

O enunciado nº 93 (BRASIL, 2019a), que estabelece número de dias para a espera, pelo paciente, da prestação de saúde de que necessita, foi objeto de pesquisa a partir dos elementos ‘espera’ e ‘saúde’. O resultado da pesquisa retornou 6 (seis) acórdãos, sendo 1 (um) relativo a procedimento de reintegração de militar[11]; 1 (um) relativo a direito penal[12]; 1 (um) relativo a direito à moradia[13]; 1 (um) alusivo à responsabilidade civil entre particulares[14]; 1 (um) referente à saúde suplementar[15] e 1 (um) referente à responsabilidade civil do Estado com

[6] REsp 1542750/ SC, HC 453870/ PR e RMS 49265/ MG. Acesso em: 05 fev. 2020.
[7] REsp 1823521/ SP. Acesso em: 05 fev. 2020.
[8] AgInt no AREsp 1397770/ MG. Acesso em: 05 fev. 2020.
[9] AgInt no AREsp 1418909/ DF. Acesso em: 05 fev. 2020.
[10] AgInt no AREsp 1498607/ SP, AgInt no REsp nº 1794207/ PR, AREsp 1539525/ MS, RMS 57791/ PI, REsp 1830241/ SP, AgInt no RMS 31286/ MG, AREsp 1529130/ SP, AgInt no AREsp 1423148/ SP, AgInt no AREsp 1464492/ PE, REsp 1816401/ RJ, AgInt no AREsp 1052925/ RJ, AREsp 1534208/ RN, AgInt no REsp 1784709/ RS, REsp 1804584/ PE, REsp 1053375/ RS, AgInt no RMS 38520/ RO, AgInt no AREsp 1377236/ PR, AgInt no RMS 48018/ RO, AgInt no REsp 1755145/ PR e AgRg no REsp 1105138/ RS. Acesso em: 05 fev. 2020.
[11] AREsp 1540780/ PE. Acesso em: 05 fev. 2020.
[12] RMS 60090/ RS. Acesso em: 05 fev. 2020.
[13] REsp 1782692/ PB. Acesso em: 05 fev. 2020.
[14] REsp 1760943/ MG. Acesso em: 05 fev. 2020.
[15] AgInt no AREsp 1551535/ PE. Acesso em: 05 fev. 2020.

base na demora para efetivação de transferência para leito de UTI[16]. Mesmo nos dois últimos casos, não houve subsunção à recomendação do CNJ.

O enunciado nº 94 (BRASIL, 2019a), por sua vez, que trata do depósito judicial de valores pelo Poder Público para a compra de medicamentos e insumos, sob pena de sequestro de verbas, teve a ocorrência pesquisada a partir dos vocábulos 'sequestro', 'aquisição' e 'saúde'. A pesquisa não retornou nenhum resultado. Ao buscar 'sequestro' e 'saúde' a pesquisa retornou 2 (dois) resultados, mas ambos relativos a direito penal[17].

Adotando-se um terceiro critério de pesquisa, mediante a busca pela expressão genérica "direito à saúde", a pesquisa junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça apresentou 49 (quarenta e nove) acórdãos como resultado. Destes, 44 (quarenta e quatro) disseram respeito ao direito à saúde propriamente dito, ao passo que 5 (cinco) se referiram a outros temas – sendo 2 (dois) a direito ambiental[18], 1 (um) a direito à educação[19], 1 (um) a contratos celebrados pela Administração Pública[20] e 1 (um) à acumulação de cargos na Administração Pública[21].

Entre os 44 (quarenta e quatro) acórdãos referentes a demandas sobre o direito à saúde, 19 (dezenove) não adentraram o mérito do direito sanitário[22], ficando as decisões restritas a temas como competência do próprio Superior Tribunal de Justiça, pressupostos para a concessão de liminar ou de admissibilidade recursal, efeito de sentença proferida em ação coletiva, honorários sucumbenciais e legitimidade do Ministério Público.

Quanto aos 25 (vinte e cinco) acórdãos restantes, consistentes em decisões de mérito quanto ao direito à saúde, 11 (onze) disseram respeito à legitimidade passiva e/ou à solidariedade entre os entes federativos na concessão das prestações de saúde[23]; 4 (quatro) se

---

[16] REsp 1793036/ RJ. Acesso em: 05 fev. 2020.
[17] RHC 119458/ MG e HC 520051/ SP. Acesso em: 05 fev. 2020.
[18] AgInt no AREsp nº 1375975/MG e REsp nº 1782692/PB. Acesso em: 05 fev. 2020.
[19] AgInt no AREsp nº 1374926/MG. Acesso em: 05 fev. 2020.
[20] AgInt no AREsp 1339560/DF. Acesso em: 05 fev. 2020.
[21] AgInt no AREsp nº 1220694/DF. Acesso em: 05 fev. 2020.
[22] AgInt no AREsp nº 1568561/MS, REsp nº 1830119/PE, AgInt no AREsp nº 469616/SP, REsp nº 1804657/SP, REsp nº 1799018/SP, AgInt no RMS nº 50250/RS, AgInt no AREsp nº 1241263/PE, EDcl no AgRg no REsp nº 1378430/GO, AgInt no AResp nº 1353002/SC, AgInt no AREsp nº 507083/MG, AgInt no AREsp nº 1022059/MG, AgInt no AREsp nº 887868/PE, AgInt no REsp 1787010/SC, AgInt no REsp nº 1569132/PR, AgInt no AREsp 1037527/PE, AgInt no AREsp nº 718147/PE, AgInt no AREsp nº 1249538/PE, AgInt no REsp nº 1647125/MG e AgInt no REsp nº 1787020. Acesso em: 5 fev. 2020.
[23] AgInt no CC 166964/RS, AResp nº 1556454/MG, AgInt no REsp 1784258/RJ, AgInt no AREsp nº 1464492/PE, AgInt no RMS nº 47529/SC, AgInt no REsp nº 1511916/SC, AgInt no AREsp nº 873437/MG, REsp nº 1786563/SP, AgRg no REsp nº 1105138/RS, AgInt no REsp nº 1584694/PI e AgInt no REsp nº 1584859/SE. Acesso em: 5 fev. 2020.

referiram ao fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS[24]; 4 (quatro) foram relativos à possibilidade de fixação de multa diária e sua execução[25]; 2 (dois) estabeleceram a possibilidade de ajuizamento da demanda com laudo médico particular[26]; 1 (um) previu a possibilidade de reembolso de valores despendidos com a aquisição de medicamentos[27]; 1 (um) tratou do dever de disponibilização da prestação sob pena de multa[28]; 1 (um) posicionou-se pela obrigação de custeio do tratamento na rede privada em caso de inexistência de vaga na rede pública[29] e 1 (um) dispôs sobre a possibilidade de substituição de medicamento no curso do processo, desde que relativo à mesma enfermidade apresentada pelo paciente[30].

Posteriormente, passou-se à análise da menção, pelos 25 (vinte e cinco) acórdãos mencionados, aos enunciados da III Jornada de Direito da Saúde, não tendo sido constatada qualquer referência aos mesmos. Diante do resultado da consulta, que revelou preterição às diretrizes hermenêuticas das Jornadas de Direito da Saúde, impôs-se a verificação de eventual prejuízo à fundamentação técnica das decisões relacionadas ao direito sanitário.

4 A RACIONALIZAÇÃO E A PADRONIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO E ISONOMIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Conquanto a presente análise tenha por objeto central a avaliação dos impactos dos enunciados da III Jornada de Direito da Saúde nas decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, um aspecto que merece ser abordado e que pode se revelar conveniente para a compreensão sistemática da questão é a fundamentação utilizada pelos magistrados na prolação de suas decisões.

A relevância dessa abordagem decorre do reconhecimento de que a atividade hermenêutica pode encontrar fundamentos diversos e da necessidade de adoção de recursos voltados para a racionalização e para a padronização interpretativa, a fim de se possibilitar a consagração da isonomia e da distributividade justa.

---

[24] AgInt no AREsp nº 1498607/SP, AgInt no AREsp 1052925/RJ, REsp nº 1053375/RS e AgInt no AREsp nº 1377236/PR. Acesso em: 5 fev. 2020.
[25] REsp 1838446/SP, AgInt no AREsp nº 1497602/MG, REsp nº 1792027/SP e AgInt no AREsp nº 1139084/SC. Acesso em: 5 fev. 2020.
[26] RMS nº 61891/GO e REsp nº 1794059/RJ. Acesso em: 5 fev. 2020.
[27] AgInt no REsp nº 1801069/RS. Acesso em: 5 fev. 2020.
[28] AgInt no REsp nº 1797829/RS. Acesso em: 5 fev. 2020.
[29] REsp nº 1803426/RN. Acesso em: 5 fev. 2020.
[30] REsp nº 1795761/SE. Acesso em: 5 fev. 2020.

Se, por um lado, o advento do Pós-positivismo jurídico implicou o reconhecimento da possibilidade de utilização de argumentos éticos na construção do discurso (ALEXY, 2017), em superação à ideia de suficiência dos argumentos institucionais, também é real que o preterimento de argumentos institucionais pode representar um risco à racionalidade e cientificidade da atividade jurídica, diante do incremento de subjetivismo do julgador. Não obstante toda interpretação comporte um resíduo de subjetividade (ÁVILA, 2001), solução razoável consiste em viabilizar uma argumentação que seja passível de identificação e controle, conforme GADAMER *apud* ÁVILA (2001):

> O esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo. No final, restará um quê de subjetivo na argumentação. Mas um subjetivo que se pode ver. Na verdade, a argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantém-na sob controle crítico.

Buscando equacionar a questão, Alexy (2017) observou que a racionalização da atividade hermenêutica decorreria do cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, o que viabilizaria a busca por uma pretensão de correção e pelo afastamento do excesso de subjetividade. Para tanto, o autor classificou as regras ou formas de argumentos em seis grupos, quais sejam: de interpretação com base na lei; da argumentação da Ciência do Direito ou dogmática; do uso dos precedentes; da argumentação prática geral – fundamentada na razão; da argumentação empírica; e das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2017).

Reconhecendo a multiplicidade dos argumentos e a existência de situações complexas que pudessem suscitar dúvidas sobre a hierarquia entre os mesmos, o autor procurou objetivar o tratamento da questão também por meio de regras. Como exemplo, podem ser citadas as seguintes: os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos; a determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação; e devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação (ALEXY, 2017).

Na esteira do raciocínio de Alexy (2017), deve-se reconhecer que, conquanto a judicialização não constitua o meio mais adequado para a promoção da universalidade e da integralidade do acesso às prestações de saúde – já que deve a mesma "ser orquestrada com outros mecanismos de garantia constitucional de saúde para todos" (VENTURA, 2010) – uma vez configurado o cenário de crescente busca pela tutela jurisdicional do direito, a instituição

de diretrizes hermenêuticas para o Judiciário, destinadas a racionalizar a atividade jurídica e a conferir cientificidade ao sistema normativo, é medida razoável. Em suma, se a judicialização afigura-se inevitável para suprir a omissão estatal, certo é que deve ser implementada da forma mais criteriosa e racional possível.

Diante do resultado da pesquisa realizada junto ao Superior Tribunal de Justiça, que evidencia a ausência de menção aos enunciados da III Jornada de Direito da Saúde (BRASIL, 2019a), questão que se coloca consiste em examinar se a carência de fundamentação técnica das decisões sobre direito sanitário prejudica, de alguma forma, a argumentação efetivada e se há evidências de subjetividade por parte dos julgadores.

Entre os 25 (vinte e cinco) julgados que adentram o mérito do direito sanitário e que foram apurados a partir da pesquisa pela expressão "direito à saúde", 23 (vinte e três) escoram-se em normas extraídas da Constituição (BRASIL, 1988), da Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015) e de precedentes judiciais[31]. As 2 (duas) decisões remanescentes tem por base argumentos que podem ser considerados, de acordo com a classificação de Alexy (2017), de argumentação prática geral, eis que fundamentados na razão, como a impossibilidade de sujeição do direito à vida – e à necessidade de cirurgia – da parte autora ao juízo de conveniência do administrador público[32] e a necessidade de interpretação lógico-sistemática da petição inicial e do pedido[33].

Conquanto as citadas decisões do Superior Tribunal de Justiça tenham evidenciado argumentos aptos a garantir o controle da atividade hermenêutica, o que afastou as decisões de um subjetivismo, não se pode negar que o desatendimento a uma padronização apresenta riscos, notadamente à isonomia. Sobre o tema, há que se destacar as lições de Rawls (2002), para quem a efetivação de uma argumentação parametrizada repercute no prestígio à ideia de coletividade, atrelada à noção de reciprocidade e mutualidade.

Igualmente apresenta relevância para a consagração da isonomia a fundamentação voltada para a essencialidade das prestações, o que não ocorreu nas decisões elencadas. De acordo com Duarte (2020), a definição da essencialidade perpassaria pela distinção entre demandas de primeira necessidade e demandas de segunda necessidade.

---

[31] REsp 1838446/SP, AgInt no AREsp nº 1497602/MG, REsp nº 1792027/SP, AgInt no AREsp nº 1139084/SC, AgInt no CC 166964/RS, AResp nº 1556454/MG, AgInt no REsp 1784258/RJ, AgInt no AREsp nº 1464492/PE, AgInt no RMS nº 47529/SC, AgInt no REsp nº 1511916/SC, AgInt no AREsp nº 873437/MG, REsp nº 1786563/SP, AgRg no REsp nº 1105138/RS, AgInt no REsp nº 1584694/PI, AgInt no REsp nº 1584859/SE, AgInt no AREsp nº 1498607/SP, AgInt no AREsp 1052925/RJ, REsp nº 1053375/RS, AgInt no AREsp nº 1377236/PR, RMS nº 61891/GO, REsp nº 1794059/RJ, REsp nº 1795761/SE e REsp nº 1803426/RN. Acesso em: 5 fev. 2020.
[32] AgInt no REsp nº 1797829/RS. Acesso em: 5 fev. 2020.
[33] AgInt no REsp nº 1801069/RS. Acesso em: 5 fev. 2020.

A partir da escala triádica de Alexy, que contempla três níveis de satisfação do direito – leve, moderado e intenso (Toledo *apud* Duarte, 2020), as demandas de primeira necessidade corresponderiam à tutela da vida e das prestações gravemente atreladas à noção de dignidade, capazes de garantir aos indivíduos mínimas condições mínimas de saúde e sua inserção nos meios social e político. Por outro lado, as demandas de segunda necessidade afetariam a dignidade da pessoa humana apenas de forma leve ou moderada, e seriam caracterizadas pela dispensabilidade (DUARTE, 2020). Como exemplo de demandas de primeira necessidade, pode-se citar o fornecimento de próteses para os membros inferiores e superiores, que permitiriam a locomoção e o exercício de atividades laborais; a realização de procedimentos cirúrgicos destinados à correção de cegueira ou quase cegueira; e o fornecimento de aparelhos auditivos. Entre os exemplos de demandas de segunda necessidade, pode-se apontar a realização de cirurgias de redução de mama, desde que não implique severa afetação à saúde; o fornecimento de fraldas descartáveis pediátricas; e a concessão de procedimentos estéticos (DUARTE, 2020).

Conquanto referida omissão por parte das decisões judiciais possa ser consequência de pedidos destituídos de parâmetro, não se pode olvidar que o cenário contribui para a caracterização de um decisionismo jurídico (BUSTAMANTE *apud* DUARTE, 2020). Ademais, o preterimento da padronização argumentativa pode ensejar desprestígio à equidade e à distributividade justa, incrementando a insegurança jurídica.

Portanto, seja através de uma padronização técnica, seja através da delimitação da essencialidade das prestações sanitárias, a busca por uma racionalidade argumentativa pode repercutir na otimização da prestação jurisdicional. Vale dizer, na medida em que a judicialização da saúde já se revela fenômeno consolidado no país, inegável que sua implementação deve buscar concretizar-se da forma mais racional e parametrizada possível, efetivando os princípios da universalidade e da integralidade de cobertura e atendimento, que tocam o próprio Sistema Único de Saúde, e consubstanciando a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

A partir da análise de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em ações destinadas à tutela do direito à saúde, buscou-se verificar a ocorrência de fundamentação das mesmas nos enunciados instituídos pela III Jornada Nacional de Direito da

Saúde, evento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 18 e 19 de março de 2019, no contexto de uma série de iniciativas destinadas promover apoio técnico ao Judiciário.

Verificou-se que, a despeito da relevância do evento e do louvável intuito do Conselho Nacional de Justiça de buscar a parametrização hermenêutica na seara da judicialização da saúde, a finalidade dos enunciados não vem sendo alcançada, uma vez que as decisões judiciais carecem de menção aos mesmos, conquanto apresentem argumentos que também se destinam a racionalizar a atividade jurisdicional.

Seja como for, o fomento da cultura da padronização decisória e da racionalidade do entendimento nas questões relativas ao direito à saúde pode não só consagrar a cientificidade do sistema jurídico, mas cristalizar a isonomia e a distributividade, aspectos caros aos direitos sociais, entre os quais se situa o direito à saúde. Ademais, pode viabilizar a otimização dos recursos públicos, devendo permanecer como um escopo dos órgãos de controle do Poder Judiciário, que devem perquirir outras medidas para o alcance deste mister.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 19, p. 157-180, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde**. Brasília: CNJ, 2019a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf.> Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 84, de 14 de agosto de 2019b. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 ago. 2019. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 07 abr. 2010. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 abr. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1487886/MG. Agravante: Município de Ubá. Agravado: Maury Moisés. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 18 de dezembro de 2014. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 03/02/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402647612&dt_publicacao=03/02/2015> Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8.895/DF. Impetrante: Roberto Thomaz da Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde e outro. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 07/06/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300142650&dt_publicacao=07/06/2004>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402647612&dt_publicacao=03/02/2015> Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564/RS. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 de maio de 1996. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 17/06/1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996> Acesso em: 6 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 4**. Brasília, DF, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 11 de março de 2020. **Pesquisa de Jurisprudência**, Informativo, 17/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de maio de 2019d. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3.073. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Impetrante: Luis Carlos Fernandes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisões da Presidência, 14/02/2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3073%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/cpaqgq4>. Acesso em: 28 ago. 2019.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde: Um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger. **Direito à Saúde: tutela coletiva e mediação sanitária**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physus Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20, p. 77-100, 2010.