Intervenção ou deferência judicial no âmbito da saúde pública*

Intervención o deferencia judicial en el ámbito de la salud pública

Judicial intervention or deference in the field of public health

Marcelo Lamy
Doutor, PPGD em Direito da Saúde (UNISANTA)

Ana Julia dos Santos
Graduanda, Curso de Direito (UNISANTA)

RESUMO: Contextualização: embora seja crescente o fenômeno da judicialização de questões de saúde pública, importa entender qual a postura que o Judiciário brasileiro adota diante desse fenômeno. **Problema**: é preciso identificar se o Judiciário brasileiro adota o paradigma da deferência judicial ou da interferência irrestrita. **Objetivos**: constatar de modo empírico, em casos concretos relacionados à saúde pública, que postura é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. **Métodos**: análise lógica do discurso e do conteúdo de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que fixaram teses vinculantes de saúde pública. **Resultados**: nos casos analisados, observou-se que o Superior Tribunal de Justiça moldou teses que interferem na autonomia dantes imaginada pelo Poder Executivo. **Conclusões**: O Superior Tribunal de Justiça, nos casos analisados, desvela alinhar-se a deferência ao mesmo tempo que não se vê intimidado a interferir quando está ancorado em argumentos fortes.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde; Saúde Coletiva; Administração em Saúde Pública.

***RESUMEN**: **Antecedentes**: aunque el fenómeno de la judicialización de las cuestiones de salud pública esté creciendo, es importante entender qué postura adopta el poder judicial brasileño frente a este fenómeno. **Problema**: es necesario identificar si el poder judicial brasileño adopta el paradigma de la deferencia judicial o de la interferencia irrestricta. **Objetivos**: verificar empíricamente, en casos concretos relacionados con la salud pública, cuál es la postura adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. **Método**: análisis lógico discursivo y de contenido de sentencias del Tribunal Superior de Justicia que establecieron tesis vinculantes en materia de salud pública. **Resultados**: en los casos analizados, se observó que el Superior Tribunal de Justicia ha configurado tesis que interfieren con la autonomía previamente imaginada por el Poder Ejecutivo. **Conclusiones**: en los casos analizados, el Superior Tribunal de Justicia revela que se alinea con la deferencia, al mismo tiempo que no se intimida a interferir cuando se ancla en argumentos sólidos.*

***PALABRAS CLAVE**: Judicialización de la Salud; Salud Colectiva; Administración en Salud Pública.*

***ABSTRACT**: **Background**: although the phenomenon of the judicialization of public health issues is growing, it is important to understand what stance the Brazilian judiciary adopts in the face of this phenomenon. **Problem**: it is necessary to identify whether the Brazilian judiciary adopts the paradigm of judicial deference or unrestricted interference. **Objectives**: to empirically verify, in concrete cases related to public health, which stance is adopted by the Superior Court of Justice. **Methods**: logical analysis of the discourse and content of judgments of the Superior Court of Justice that established binding theses on public health. **Results**: in the cases analyzed, it was observed that the Superior Court of Justice has shaped theses that interfere with the autonomy previously imagined by the Executive Branch. **Conclusions**: In the*

* Esse trabalho foi apresentado originalmente no V Congresso Internacional de Direito da Saúde, realizado em 19, 20 e 21 de outubro de 2023 na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Em função da recomendação de publicação da Comissão Científica do Congresso, fez-se a presente versão.

cases analyzed, the Superior Court of Justice reveals that it is aligned with deference, while at the same time it is not intimidated to interfere when it is anchored in strong arguments.

***KEYWORDS**: Health's Judicialization; Community Health; Public Health Administration.*

Introdução

No Estado Democrático de Direito, onde é assegurada a separação dos poderes, deve haver, ordinariamente, a deferência entre eles. Sendo cabível a intervenção somente nas hipóteses legitimadoras do sistema de freios e contrapesos, como são os controles de constitucionalidade, legalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

Tem-se a deferência como modalidade de autocontenção, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Segundo o conceito de Eduardo Ferreira Jordão (2016, pp. 50 e 555): "de maneira que não decidem diretamente a questão jurídica posta, mas apenas apreciam a razoabilidade, coerência e/ou logicidade da interpretação ou decisão adotada pela autoridade administrativa.".

Enquanto a intervenção, por sua vez, pode se dar mediante a *justiciability,* isto é, possibilidade de um direito ser garantido por juízes quando não há uma legislação ordinária que o regule, mas há provisões constitucionais. Neste caso, o Judiciário assume o papel ativo e cria medidas objetivas que visam assegurar os direitos previstos no ordenamento constitucional, enquanto não surgir a lei. Também pode ser considerado interferente quando impõe a sua interpretação a respeito de um texto legal.

A partir desses conceitos, passamos a analisar algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de identificar se esse tribunal tem agido, de fato, com maior intervenção ou deferência no campo específico da saúde pública.

A presente pesquisa foi desenvolvida através da análise de decisões proferidas valendo-se da técnica dos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito da saúde pública. O método utilizado foi a análise lógica (premissas, conexões e ilações) dos textos (votos condutores e concorrentes) que compõe os acórdãos em inteiro teor que fixaram teses vinculantes sobre o assunto.

Em primeiro plano, foram selecionados os temas que seriam objetos de análise no portal do Superior Tribunal de Justiça (identificaram-se os seguintes temas: 84, 98, 106, 686, 766 e 1.024). Nesse texto, são relatados os resultados dos temas 84, 98 e 106.

Valendo-nos das técnicas da análise de conteúdo e do discurso (Lamy, 2020, p. 345), foram levantadas as seguintes categorias de análise: tema em discussão; número do recurso especial; questão jurídica debatida; problema fático enfrentado na discussão; argumentos relevantes e centrais que fundamentaram o julgamento (separando-os em fundamentos legais e norma interpretada); pressupostos/argumentos não identificados na tese, contudo presentes nos votos condutores ou concorrentes; e, por fim, deixou-se um campo de observações sobre o caso, para apontar considerações não categorizáveis.

Após a análise interpretativa de cada tema (84, 98 e 106), individualmente, passamos a identificar os argumentos relevantes e centrais de cada discussão, bem como os pressupostos fáticos não mencionados na tese.

Do ponto de vista teórico, a presente pesquisa ancorou-se nos conceitos estruturados por Oliveira e Lamy sobre a teoria e as técnicas dos precedentes.

1 Pressupostos teóricos

Em primeiro plano, é pressuposto da presente investigação que a razão de fundo do sistema de precedentes (e, por consequência, das teses vinculantes que analisaremos) é a de ele ser uma forma de se descobrir uma racionalidade mais adequada para o significado abstrato das normas, um enriquecimento hermenêutico proporcionado pelas circunstâncias do caso (Oliveira; Lamy, 2023d, p. 134). Ademais, que esse ganho interpretativo não fecha o Direito, não conduz naturalmente à imposição de uma única interpretação (Oliveira; Lamy, 2023d, p. 134). Além disso, que o precedente invocado tem de ser submetido à interpretação, ao debate (Oliveira; Lamy, 2023d, p. 134-135).

Em segundo plano, que a interpretação de um precedente depende da identificação de seus motivos determinantes (Oliveira; Lamy, 2023a, p. 123):

> Identificar os fundamentos apresentados: retirando do palco o *obter dictum*,Identificando os condicionantes fáticos do caso (apresentados pelas partes ou levantado pelo juízo com relação às partes) – *adjucative facts*, os condicionantes fáticos do contexto (circunstâncias sociais, econômicas, culturais, históricas etc. que extrapolam a realidade das partes do caso) – *legislative facts* e os condicionantes jurídicos (regras e princípios em embate; internacionais, constitucionais, supralegais, infraconstitucionais e regulamentares).

Em terceiro plano, que a aplicação irrestrita de um precedente (ou tese vinculante) depende de o caso presente se ajustar plenamente aos elementos fáticos analisados anteriormente, pois são idênticos ou extremamente similares, além de os argumentos jurídicos anteriores continuarem adequados, pois não houve alteração normativa (Oliveira; Lamy, 2023b, p. 59). De outro lado, que deve se fazer distinção se uma peculiaridade fática ou jurídica implicar na razoabilidade de outra solução, constituindo-se, então, uma situação excepcional abstrata (Oliveira; Lamy, 2023c, p. 73-74).

.

2 Tema 84 – possibilidade de impor o bloqueio de verbas públicas para o Estado

A discussão do tema repetitivo n. 84 se baseia na possibilidade de o juiz adotar medidas eficazes para a efetivação de suas decisões, como o bloqueio de verbas públicas, no caso de o Estado não cumprir o dever de fornecer medicamentos.

Em seu julgamento, foi fixada tese determinando que, tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao juiz adotar medidas eficazes a efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente árbitro, e sempre com adequada fundamentação.

A norma interpretada é o art. 461, §5° do CPC/1973.

Entre os principais argumentos jurídicos fundamentadores da tese, tem-se os artigos 6° e 196 da Constituição Federal.

Na tese não restou determinada que a necessidade da aquisição do medicamento seja urgente e impostergável, bem como a doença urgente, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, como debatido no acórdão, nem que a medida somente deverá ser adotada em caráter excepcional.

Apontou-se, no acórdão, não haver um rol taxativo de medidas a serem adotadas, tendo o juiz discricionariedade para escolher as necessárias.

Registra-se, de forma esquematizada, os dados extraídos da interpretação do acórdão proferido no julgamento do Tema 84 do C. Tribunal Superior:

Quadro 1 – Tema 84

Pressupostos fáticos	Inadimplemento do Estado na obrigação de fornecer medicamento; Doença grave. A medida necessária à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, deve ser concedida apenas em caráter excepcional, onde haja nos autos comprovação de que o Estado não esteja cumprindo a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados e a demora no recebimento acarrete risco à saúde e à vida do demandante.
Pressupostos jurídicos	Bloqueio de verbas públicas;
Norma interpretada	art. 461, §5° do CPC/1973 e arts. 6° e 196 da Constituição Federal.
Tese fixada	Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao juiz adotar medidas eficazes a efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente árbitro, e sempre com adequada fundamentação.
Fundamentos determinantes da tese	Tutela ao subjetivo à saúde sobre o interesse público, que, no caso, consubstancia-se na preservação da saúde da demandante com o fornecimento dos medicamentos adequados, em detrimento dos princípios do Direito Financeiro ou Administrativo. Em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde da demandante, não teria sentido algum submetê-la ao regime jurídico comum, naturalmente lento, da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Assim, pode-se ter por legítima, ante a omissão do agente estatal responsável pelo fornecimento do medicamento, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. Assinale-se que, no caso concreto, não se põe em dúvida a necessidade e a urgência da aquisição do medicamento.
O que a tese não revela	Necessidade de a aquisição do medicamento ser urgente e impostergável, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante. Necessidade de a doença ser grave. Rol taxativo de medidas a serem adotadas, tendo o juiz discricionariedade para escolhê-la, dentro da lei.

Fonte: Elaborado pelos autores

Neste caso, o Poder Judiciário agiu com intervenção no julgamento e consolidação da tese.

3 Tema 98 – possibilidade de impor a medida coercitiva da multa para o Estado

No tema 98, o STJ avaliou a possibilidade de ser imposta a multa a que alude o art. 461, §5° do CPC/1973, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, imposta a ente estatal.

No julgamento, o Tribunal Superior deferiu a possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, sob o fundamento de que é obrigação do Sistema Único de Saúde (SUS) garantir assistência à saúde em nível federal, estadual, municipal ou distrital, a fim de que todos sejam tratados de forma igualitária e digna.

Contudo, na tese não é mencionado o requisito da necessidade de existir a obrigação prévia, bem como o fato de que não importa o grau de complexidade da moléstia, devendo apenas ser comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada doença, sem a necessidade de essa ser grave.

Além disso, na tese não resta consignada a possibilidade de o Juiz escolher quais medidas irá se valer para o cumprimento da decisão exarada por si e que as *astreintes*, através de requerimento da parte ou *ex officio* pelo magistrado, podem ser reduzidas ou até mesmo suprimidas (nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária), não fazendo, portanto, coisa julgada material.

Quadro 2 – Tema 98

Pressupostos fáticos	Imposição de multa na hipótese de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, imposta ao ente estatal; Pessoa desprovida de recursos financeiros;
Pressupostos jurídicos	Impor astreintes a ente público.
Norma interpretada	art. 461, §5°, do CPC/1973
Tese fixada	Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.
Fundamentos determinantes da tese	Obrigação do SUS de garantir assistência à saúde em nível federal, estadual, municipal ou distrital, a fim de que todos sejam tratados de forma igualitária e digna.
O que a tese não revela	Necessidade de obrigação prévia; Não importa o grau de complexidade da moléstia, devendo ser comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada doença; Juiz pode, dentro da lei, escolher quais medidas irá se valer para o cumprimento da decisão exarada por si; As astreintes, através de requerimento da parte ou *ex officio* pelo magistrado, podem ser reduzidas ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária, não fazendo, portanto, coisa julgada material.

Fonte: Elaborado pelos autores

Neste caso, o Judiciário agiu, novamente, com intervenção.

4 Tema 106 – obrigatoriedade de fornecer medicamentos não-incorporados

No tocante ao tema n. 106, em que se discute a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, foi fixada tese exigindo a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Neste caso, o relator reconheceu que é dever do Estado proporcionar o direito constitucional e fundamental à saúde, de modo a fornecer medicamentos aos hipossuficientes. Defende que o Estado não se exonera pelo fato de existirem alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, pois o médico é quem tem o poder de escolher o melhor tratamento, de forma exclusiva, por ser ele quem conhece o quadro clínico da paciente. Sustenta, também, que as listas do SUS devem servir tão somente de orientação na prescrição e abastecimento, sem força legal capaz de impor aos médicos a prescrição de medicamentos determinados, tendo em vista sua constante evolução tecnológica; o tratamento é imprescindível para o paciente.

Em voto vista, Assusete Magalhães acrescentou a necessidade de registro do medicamento na ANVISA, a fim de proteger os cidadãos de remédios experimentais e sem comprovação científica de sua eficácia, efetividade e segurança. Além disso, acrescentou também a necessidade de comprovação da ineficácia, para o tratamento da moléstia do paciente, dos fármacos disponibilizados pelo SUS.

Importante consignar que o acórdão em apreço, dentre os analisados, foi o único que discutiu a questão da inexistência de violação do princípio da separação dos poderes, na medida em que destacou que a intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação dos direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação dos poderes.

As normas interpretadas foram os arts. 6°, 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei n. 8.080/1990 (com a redação conferida pela Lei n. 12.401/2011).

Quadro 3 – Tema 106

Pressupostos fáticos	Pessoa desprovida de recursos financeiros para aquisição de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.
Pressupostos jurídicos	Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.
Norma interpretada	arts. 6°, 19-M, I, 19-P, 19-Q e 19-R da Lei n. 8.080/1990 (com a redação conferida pela Lei n. 12.401/2011).
Tese fixada	A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.
Fundamentos determinantes da tese	Constitui dever do Estado proporcionar o direito constitucional e fundamental à saúde, de modo a fornecer medicamentos aos hipossuficientes. O Estado não se exonera pelo fato de existirem alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, pois o médico é quem tem o poder de escolher o melhor tratamento, de forma exclusiva, por ser ele quem conhece o quadro clínico da paciente. As listas do SUS devem servir tão somente de orientação na prescrição e abastecimento, sem força legal capaz de impor aos médicos a prescrição de medicamentos determinados, tendo em vista sua constante evolução tecnológica; o tratamento é imprescindível a paciente.
O que a tese não revela	Não identificado.

Fonte: Elaborado pelos autores

Mais uma vez, o Judiciário agiu com intervenção.

Considerações finais

Nos casos analisados, foi possível identificar pressupostos relevantes não mencionados nas teses. Restou claro que, nesses casos, o tribunal amparou-se em contextos e fundamentos fáticos para a formação da regra de decisão, mas não os transportou para a tese fixada.

Isto traz um problema para aplicação da tese, nos termos do artigo 489 do CPC/2015, que exige, do julgador que for utilizar a tese, a identificação dos pressupostos fáticos e jurídicos, a demonstração da similitude dos pressupostos do caso atual com o caso precedente e, por isso, a adequação de replicar ou não a regra de decisão.

Isto pode levar a aplicação da tese a situações inadequadas e moldar um Poder Judiciário por demais interferente.

Nos casos analisados, constatou-se a interferência, mas ela foi sempre amplamente justificada. O deslocamento da tese dos seus fundamentos justificadores pode implicar em uma aplicação indistinta da tese e, por isso, em um Judiciário extremamente interferente.

A análise crítica dos casos permite tecer considerações finais – embora limitadas ao universo de análise – a respeito da intervenção ou deferência judicial do Superior Tribunal de Justiça.

Extrai-se da análise do discurso (que se vale de vários e vários argumentos), que o Superior Tribunal de Justiça se alinha à deferência, mas não se mostra refratário à intervenção quando necessária.

De outro lado, o modelo de análise consolidado pelos autores desvelou-se com outras utilidades. A explicitação da tese vinculante com as categorias utilizadas seria uma forma de o tribunal divulgar mais adequadamente a sua posição interpretativa, evitando que o texto da tese divulgado seja tratado com o que realmente não é, um texto abstrato.

Referências

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. Sociedade Brasileira de Direto Público, SBDP, 2016.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa**: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

OLIVEIRA, Danilo; LAMY, Marcelo. A Hermenêutica dos Precedentes Judiciais no Brasil. IN: VEIGA, Fábio da Silva; MONTEIRO, Susana Sardinha; CEBOLA, Cátia Marques (coord.). **Direitos Humanos, Cidadania Global e Desenvolvimento Sustentável**. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Instituto Jurídico Portucalense, 2023.

OLIVEIRA, Danilo; LAMY, Marcelo. A Racionalidade Vinculante de Precedentes Judiciais no Brasil Sob a Luz das Técnicas de Seguimento. IN: VEIGA, Fábio da Silva; GARRETT, João Bahia Almeida; ANJOS, Maria do Rosário (coord.). **Temas especiais de direito processual**, Porto/Maia: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Instituto Politécnico da Maia, 2023.

OLIVEIRA, Danilo; LAMY, Marcelo. A Racionalidade Vinculante de Precedentes Judiciais no Brasil sob a Luz das Técnicas de Não-Seguimento. IN: VEIGA, Fábio da Silva; GARRETT, João Bahia Almeida; ANJOS, Maria do Rosário (coord.). **Temas especiais de direito processual**, Porto/Maia: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Instituto Politécnico da Maia, 2023.

OLIVEIRA, Danilo; LAMY, Marcelo. Fundamentos para a Racionalidade Vinculante de Precedentes Judiciais no Brasil. IN: VEIGA, Fábio da Silva; MONTEIRO, Susana Sardinha; CEBOLA, Cátia Marques (coord.). Direitos Humanos, Cidadania Global e Desenvolvimento Sustentável. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Instituto Jurídico Portucalense, 2023.