

Segurança jurídica e sistema de precedentes: estudo através do direito à saúde

Legal security and precedents system: study through the right to health

João Pedro Júnior Rios¹
Natalie Maria de Oliveira de Almeida²
Artenira Silva e Silva³

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar o sistema de precedentes através da saúde enquanto *hard case*, considerando um avanço em relação ao número de demandas na justiça em busca da concretização desse direito, sendo possível notar discrepâncias no tratamento dado à estas. Para isso, foi feito um levantamento bibliográfico, exploratório e avaliativo obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português e acessados de forma gratuita no período de janeiro de 2019 a maio de 2021, a fim de esclarecer a importância do direito à saúde, com base na ideia de liberdade em Amartya Sen. Assim, verificou-se que as decisões que tratam sobre saúde e se mostram contraditórias ou omissas contribuem para um sistema de justiça incerto e inseguro. Foi possível concluir que a uniformidade e igualdade asseguradas pelo sistema de precedentes contribui para evitar o comportamento impessoal dos julgadores, vinculando as decisões futuras ao comportamento já obtido pelos tribunais em relação às demandas já discutidas, permitindo que se alcance o ideal de desenvolvimento proposto por Sen.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes; direito à saúde; insegurança jurídica.

ABSTRACT: *This work aims to analyze the precedent system through health as a hard case, considering an advance in relation to the number of demands in court in search of the realization of this right, being possible to notice discrepancies in the treatment given to these. To this end, a bibliographic, exploratory and evaluative survey was carried out, obtained in different databases and indexers, published in full in Portuguese and accessed free of charge from January 2019 to May 2021, in order to clarify the importance of the right to health, based on the idea of freedom in Amartya Sen. Thus, it was found that decisions that deal with health and are contradictory or omitted contribute to an uncertain and insecure justice system. It was possible to conclude that the uniformity and equality ensured by the system of precedents helps to avoid the impersonal behavior of judges, linking future decisions to the behavior already obtained by the courts in relation to the demands already discussed, allowing the ideal of development proposed by Sen to be reached.*

KEYWORDS: *Precedents; right to health; juridical insecurity.*

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde foi cristalizado pela Constituição de 1988 e, por sua imprescindibilidade, nos últimos anos tem sido cada vez mais buscado pelos indivíduos da sociedade que procuram no Estado a concretização de suas pretensões relativas à saúde.

¹ Assessor jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Maranhão.

² Pesquisadora. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

³ Professora pesquisadora associada da Universidade Federal do Maranhão. Pós-doutora em Saúde Coletiva (UFBA) e Pós-doutoranda em Direitos Humanos (UFPA).

Assim, com a impossibilidade de se estabelecer políticas públicas que pudessem solucionar todos os problemas de saúde, ou ainda, pela falta destas, tornou-se comum formalizar a busca desse direito através da via judicial. A partir desse quadro, criou-se um ambiente propício para o surgimento do fenômeno da judicialização.

No entanto, por serem questões complexas, os juízes não encontram soluções padrões que possam ser aplicadas a todos os casos, de modo que é possível descobrir nas jurisprudências dos tribunais soluções diferentes atribuídas a casos simetricamente iguais.

A partir disso, surge a necessidade de se estabelecer no Brasil um sistema que possa garantir soluções criteriosas e fundamentadas a esses casos, evitando que algumas pessoas sejam favorecidas enquanto outras, prejudicadas, garantindo o direito à igualdade.

É nesse sentido que se analisa, nessa pesquisa, a importância do sistema de precedentes, visto que por meio deste é possível diminuir a incidência de tratamento diferenciado nas decisões de casos semelhantes. Além disso, enumera-se no presente trabalho outros benefícios advindos da adoção do sistema de precedentes como instrumento que possibilita a segurança jurídica, sendo capaz de viabilizar o alcance do desenvolvimento humano e social.

MÉTODOS

Para a presente pesquisa, foi feito um levantamento bibliográfico e leitura exploratória de artigos previamente separados a fim de analisar o tema “precedentes e direito à saúde”. Tais artigos foram obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português e acessados de forma gratuita no período de janeiro de 2019 a maio de 2021, razão pela qual define-se também a pesquisa enquanto exploratória e avaliativa.

Buscou-se através disso apresentar conceitos acerca da teoria dos precedentes, utilizando a saúde enquanto um *hard case* a fim de ilustrar a necessidade da estabilidade e segurança jurídica.

RESULTADOS

Constatou-se que o sistema de precedentes é importante instrumento do direito para atingir o desenvolvimento, à exemplo da realização da saúde. Esta desempenha um importante papel ao proporcionar as pessoas a possibilidade de enfrentar o mundo com liberdade. Além disso, melhora a qualidade de vida dos indivíduos e aumenta a sua capacidade de obter rendimentos.

Possuem, portanto, os precedentes, grande impacto no direito. A adoção desse sistema, mormente em relação às demandas judicializadas relacionadas ao direito de saúde é importante para que a sociedade tenha concretizada a ideia de segurança jurídica e saiba, desde o momento inicial da demanda, quais são as suas possibilidades acerca do direito fundamental que está sendo buscado. Isto é garantir a liberdade do indivíduo.

Além disso, os precedentes evitam que haja no direito soluções controversas aplicadas ao mesmo caso, garantindo a unidade do direito entre outros requisitos necessários para a manutenção da ordem jurídica. Logo, vê-se o direito fundamental à saúde com um exemplo da importância da utilização do sistema de precedentes, de modo a trazer para o ordenamento a previsibilidade que de fato se espera.

DISCUSSÃO

Na obra “Desenvolvimento como liberdade” Amartya Sen (2000) tinha como objetivo demonstrar que o desenvolvimento seria um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas.

Para ele, ainda que visões mais restritas - como as que identificam o desenvolvimento com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) - sejam importantes para a expansão da liberdade, esse conceito também depende de outros determinantes, tais como as disposições sociais e econômicas (SEN, 2000).

A ideia de desenvolvimento trabalhada pelo autor requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade a exemplo da pobreza e negligência dos serviços públicos. Nesse sentido, Sen (2000) afirma que “às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis...” (p.18), assim como relaciona-se com a carência de serviços públicos ou sistema bem planejado de assistência médica.

Isto é, o que o indivíduo consegue positivamente realizar está diretamente relacionado às oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e condições habilitadoras como “boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas” (SEN, 2000, p.19). Tem-se assim, que o crescimento econômico não pode ser um fim em si mesmo, estando o desenvolvimento relacionado com a melhora da vida dos indivíduos e com o fortalecimento e expansão de suas liberdades.

Sen (2000), menciona três liberdades fundamentais. Inicialmente, a liberdade econômica, que diz respeito à ideia de que o acesso ao mercado deve ser garantido. Com isso, o autor busca discutir a ideia existente em alguns países de que é mais importante garantir o próprio mercado do que a ideia de propriedade. Para o autor, essa preocupação deve estar presente em países com um setor feudal da economia.

A segunda liberdade seria a de cunho político, refletida nas garantias democráticas, e a terceira, social, garantida com a tolerância das diferenças e das minorias, com a liberdade religiosa (BARRAL, 2005).

O autor também elenca liberdades instrumentais, que são fundamentais inclusive para que o indivíduo possa usufruir das demais. São estas a “liberdade política, o direito de acesso ao mercado, as oportunidades sociais, as transparências e garantias mínimas de seguridade social, contra a intolerância, exclusão e preconceito” (BARRAL, 2005, p.39).

Para Barral (2005), as ideias de Amartya Sen com o objetivo de garantir o desenvolvimento como liberdade possuem um grande problema, que é a sua forma de implementação.

Isto é, para o autor, quando se tratar, por exemplo, de liberdade política ou de oportunidades sociais, deve-se considerar as diferenças sociais de um determinado país. Ele afirma que o conceito de desenvolvimento de Sen é cativante por buscar consolidar o ser humano no centro das preocupações econômicas e valores caros como os direitos humanos, mas que é falho ao não lembrar que uma das definições da economia é a de recursos escassos que exige do administrador público a escolha de opções (BARRAL, 2005).

Em alguns pontos, no entanto, essas opções se tornaram óbvias. Conforme Barral (2005), a primeira dessas obviedades é quanto à opção pela educação. Ele afirma que não haverá desenvolvimento de nenhum tipo sem educação; o segundo ponto de consenso é que instituições são necessárias; e terceiro, o direito pode promover o desenvolvimento ou ele pode impedir, principalmente ao criar determinados privilégios.

A questão em discussão é como o administrador público deve agir quando tem que escolher entre várias prioridades entre os recursos escassos. Até porque a limitação de alguma dessas liberdades aos indivíduos resulta na privação de outras espécies de liberdade, gerando, portanto, um encadeamento. Essas liberdades, denominadas por Sen (2000) de “liberdades instrumentais”, possuem a capacidade de se interligarem, contribuindo com o aumento e fortalecimento da liberdade de modo geral.

Assim, as liberdades são importantes na medida em que quanto maior a liberdade dos indivíduos, mais eles podem melhorar os aspectos da sua vida e influenciar o local que vivem.

Conforme já mencionado, Amartya Sen (2000) cita cinco tipos de liberdades instrumentais e entre elas estão as *oportunidades sociais*, que se referem aos arranjos sociais para o provimento da saúde. Nesse sentido, questiona-se qual a relação entre o direito à saúde e o desenvolvimento como liberdade, a fim de compreender a importância e essencialidade desse direito.

O sistema jurídico é crescentemente percebido como um elemento relevante para o processo de desenvolvimento. Inicialmente, porque constitui um poderoso impeditivo a esse processo, se permitir a instabilidade ou a corrupção; ainda, por conter normas pouco claras e ineficientes que criam custos para contratos privados; e por fim, porque sistemas judiciais ineficientes provocam consequências econômicas negativas, derivadas da incerteza jurídica e da incapacidade de garantir o cumprimento de obrigações sociais e privadas (BARRAL, 2005, p.48).

Pode-se perceber, a partir disso, que a proteção da saúde, portanto, é imprescindível para o indivíduo, inclusive para expandir sua própria liberdade. Daí então a necessidade justificada de um mecanismo que pudesse garantir o acesso a esse direito social.

No Brasil, os direitos fundamentais sociais ficaram em evidência com o advento da Constituição de 1988 que promoveu, de certo modo, a estabilidade institucional no Brasil. Ela foi a responsável por elencar diversos direitos e garantias no período-pós-ditadura, destinando uma Seção somente à saúde ao tratar da Seguridade Social (artigos 196 a 200) (BRASIL, 1988). No entanto, a saúde é um direito universal, não necessitando de uma contribuição prévia para que seja garantida.

Esses direitos são típicos do *Welfare State*, ou Estado do bem-estar social, e recaem sobre a criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, isto é, são direitos que o indivíduo poderia obter também de particulares caso dispusesse dos recursos necessários (SAITO, 2013). Por isso é possível afirmar que esse direito pode ter, a depender do caso concreto, um alcance individual ou social. Além de não ter um núcleo jurídico unitário, ele depende de seu alcance para ser caracterizado como “social”. Daí porque há, na Constituição de 1988, uma organização fracionada desse direito (NUNES, SCAFF, 2011).

Isto é, apesar de ser um direito social, possui dimensão subjetiva individual, sendo um direito de viés programático e oponível ao Estado judicialmente a um só tempo (RAMOS, DINIZ, 2017).

Além disso, a Constituição de 1988 traz ainda um conceito de saúde institucionalizado, incorporando a compreensão defendida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o qual

define mais do que um estado de ausência de doença ou enfermidade, abrangendo a situação do indivíduo em completo bem-estar físico e social (RAMOS, DINIZ, 2017). Logo, é possível extrair deste conceito novo que é necessário ter qualidade de vida para dispor de saúde, de modo que o estado de pobreza e de exclusão são fatores que dificultam o acesso a esse direito.

Essa Constituição não só operou mudanças políticas como também provocou mudanças internas nos cidadãos, fazendo com que esses se identificassem como sujeitos portadores de direito e dignos de proteção estatal amparados na Lei Maior (NELSON, PEREIRA, 2012).

Assim, “saúde” passou a incluir a garantia, por meio de políticas sociais e econômicas, da redução de risco de doenças, superando o entendimento biológico que priorizava, até então, a prevenção e tratamento de doenças contagiosas. Esse conceito não era mais relacionado apenas ao homem e seu corpo, mas também com o homem e o ambiente social que o rodeia, interligando-se com o próprio modo de vida dos indivíduos (RAMOS, DINIZ, 2017).

Consagrado, então, como um direito, cabe ao judiciário, frente às demandas judicializadas, coadunar a garantia do direito fundamental à saúde com os limites de sua ingerência no Poder Executivo o qual é legítimo responsável por efetivar esse direito por meio de Políticas Públicas adequadas. Isso levou à sistematização de princípios próprios aplicáveis à norma constitucional capazes de se fazer cumprir a vontade do constituinte. A Constituição deixou de servir apenas como um parâmetro de orientação e passou a ser de aplicação obrigatória (NELSON, PEREIRA, 2012).

Constitucionalizando esse direito, a saúde passa a interessar promotores, advogados, defensores públicos e juízes, não sendo motivo de discussão apenas entre médicos, hospitais e empresas de plano de saúde. Isso porque trata-se da defesa de um direito fundamental à existência da pessoa humana e a preservação da dignidade já tardiamente protegido e assegurado (NELSON, PEREIRA, 2012).

Conforme a Constituição, nas disposições dos artigos 196 ao 200, o direito à saúde deve ser garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à “redução do risco de doença e de outros agravos”, mediante o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

É nesse ponto que se inicia o debate atual jurídico e jurisdicional acerca do direito à saúde. A problemática gira em torno do fornecimento individualizado de medicamentos e demais procedimentos médico-hospitalares.

Iniciou-se o fenômeno da multiplicação de ações judiciais, principalmente individuais, requerendo prestações de saúde. Em geral, essa ação tem se multiplicado ao longo do tempo com resultados positivos para o autor e consequente condenação do Sistema Único de Saúde para custear ou fornecer bens e serviços (BACELLAR, 2018). Isso porque não envolvem apenas o conteúdo e significado dos direitos humanos fundamentais, relacionando-se também com a implementação de políticas públicas necessárias à sua concretização (BARBOZA, KOZICKI, 2011).

Judicialização, então, define a situação em que “questões de larga repercussão política ou social passam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2009, p.3)”, e envolve transferência de poder para juízes e tribunais que alteram de maneira significativa a linguagem, a argumentação e até mesmo o modo de participação na sociedade.

Conforme Luís Roberto Barroso (2009) há causas de naturezas diversas para esse fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para a democracia. A segunda é a desilusão com a

política majoritária por conta da crise de representatividade e funcionalidade do parlamento. A terceira são os autores políticos que preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões em caso de “desacordo moral razoável na sociedade” (BARROSO, 2009, p.6).

Por conta da fundamentalidade desse direito, é necessário estabelecer critérios razoáveis que possam tornar sua busca um caminho sem surpresas para a sociedade. Isto é, os tribunais responsáveis por julgar as questões agora frequentemente judicializadas devem demonstrar em seus julgamentos estabilidade, previsibilidade e primar ela unidade do direito, pelos motivos a seguir expostos.

É importante que o direito à saúde seja garantido para que se alcance o ideal de desenvolvimento que se espera. Para isso, é necessário focar na condição humana, garantindo a liberdade, que seria o meio e o fim para atingir esse desenvolvimento.

No entanto, esse conceito envolve a capacidade do indivíduo de ser agente ativo nos processos e poder fazer suas escolhas, sejam pessoais ou coletivas, o que não acontece àqueles que têm suas necessidades básicas privadas.

Para o autor, a assistência médica complementa oportunidades individuais de participação econômica e política (SEN, 2000), daí a necessidade de o Estado não só buscar garantir, como também efetivá-la igualmente para todos os indivíduos. No entanto, o que tem ocorrido são decisões diversas acerca do mesmo tema relacionado ao direito a saúde.

Não obstante à estatura constitucional atribuída pela Constituição de 1988 ao direito à saúde, o Estado possui dificuldades para concretizá-lo. Isso porque, por mais que vincule o legislador a obrigação de legislar, tal direito não se encerra com o advento da lei, recaindo frequentemente em omissões, insuficiências ou instabilidades.

Isso se deve em parte à falta de legislação infraconstitucional específica ou completa que tem exigido uma postura mais ativa e criativa dos intérpretes ao argumentar justificando a lógica de sua escolha. Não estando a solução nas leis, o juiz recorrerá a elementos externos, valendo sua atuação da filosofia moral e política (BARROSO, 2009).

No entanto, deve-se considerar que, ao decidir tais demandas é necessário haver previsibilidade, uma vez que a ausência de confiabilidade e segurança jurídica possibilita a discricionariedade e arbitrariedade dos intérpretes do direito. Ainda, deve-se considerar o contexto do Estado Democrático de Direito que não permite a atuação do juiz como boca da lei ou árbitro, a partir de sua consciência (RIOS, 2017).

Na doutrina e na jurisprudência, domina ainda a ideia de que é indispensável um método ou procedimento para alcançar o que seria a vontade da norma ou a correta interpretação. Foi essa forma de aplicação da hermenêutica que levou à crítica realizada por Gadamer, discordando que interpretar seria uma operação realizada quando “primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar” (STRECK, 2008, p.31).

Para Gadamer, a impossibilidade dessa cisão implica na também impossibilidade de o intérprete retirar do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, isso porque o intérprete sempre atribuirá sentido à norma (STRECK, 2008, p.31). É necessário, portanto, entender a indissociabilidade entre interpretação e aplicação no direito.

Para isso, inicialmente é importante entender que não há só textos, “há normas em que está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito” (STRECK, 2008, p.1104). Assim, tem-se que o problema da interpretação jurídica, enquanto problema normativo, é um problema da concreta realização normativa do Direito.

Interpretar não é vestir roupagens de sentido aos casos, nem investigar o sentido da norma por meio da objetificação cultural, pois os casos já são jurídico-concreto e o fundamento da norma é um modo de ser, é uma interpretação aplicativa (STRECK, 2008).

Afirmar que o intérprete sempre atribui sentido às normas não pode significar que ele está autorizado a fazer isso de forma arbitrária aos textos, como se este e norma estivessem separados (STRECK, 2008).

No caso do ativismo judicial, em relação às normas garantidoras do direito à saúde, entende-se que o juiz, ao adequar a lei às necessidades do caso concreto, busca resolver uma tarefa prática, no entanto, a falta de um método que garanta que as normas sejam aplicadas de maneira correta ao processo não autoriza o intérprete escolher o sentido que mais lhe convém, conforme sua vontade e conhecimento. É necessário, portanto, que, antes de aplicar a norma, o juiz permita que a norma se manifeste no sentido de dizer algo (STRECK, 2008).

Daí a crise hermenêutica em que se insurge atualmente o Estado Democrático de Direito. Para Streck (2008), pautas gerais conceitos lexicográficos, verbetes doutrinários e jurisprudenciais e súmulas para resolver casos futuros sacrificam a singularidade do caso concreto.

Ou seja, como se espera solucionar a judicialização da saúde quando há uma clara crise no modelo interpretativo das normas a serem aplicadas ao caso concreto? Isto é, de fato as normas gerais já existentes serão sempre aplicáveis a cada nova demanda surgida no Judiciário?

Nesse contexto, é costumeiro observar nas decisões dos juízes a ordem pré-estabelecida de primeiro decidir, depois fundamentar como um atalho ao processo do conhecimento. A contrário senso, primeiro compreendemos para depois interpretar, a fim de evitar a objetificação da realidade.

Contudo, é importante que, inicialmente, se busque a compreensão uma vez que, ao decidir primeiro, a “linguagem fica relegada a um plano secundário como mera instrumentalidade, como se fosse apenas um veículo de conceitos que ‘carregam’ o ‘sentido’ das coisas”. Como resultado, esse procedimentalismo encobre, linguisticamente e de modo permanente, os componentes materiais do domínio da norma (STRECK, 2008, p. 1106).

Torna-se necessário, portanto, trazer para o dia a dia dos aplicadores do Direito o sentido de compreensão, que não é o mero resultado de um procedimento ou método, tampouco é um modo de conhecer. Compreender, na verdade, é um modo de ser. Deve-se, portanto, romper com as concepções da hermenêutica tradicional, que, em vez de solucionar os casos levados ao Judiciário, tem permitido discricionariedade na interpretação.

A aplicação da Constituição representa a concretização de seu conteúdo e a hermenêutica aposta na realização desses direitos substantivos, que tem caráter cogente, buscando maior valorização da jurisdição constitucional (STRECK, 2016).

A questão que permeia essa pesquisa é que, logicamente, o Poder Judiciário é uma das estruturas essenciais do Estado Democrático de Direito, colaborando para a efetivação dos direitos fundamentais que são característicos dele, no entanto, cabe ressaltar que ele não é a única estrutura responsável pela aplicação do Direito, principalmente porque não age de ofício e suas decisões possuem efeitos subjetivos específicos, sendo limitada sua capacidade de promover os princípios constitucionais (BARCELLOS, 2018).

Ainda assim, tem havido a judicialização de demandas relativas ao direito social fundamental à saúde que geralmente confronta outro direito fundamental. Para decidir essas questões os juízes têm protagonizado um papel mais ativo, conforme já foi trabalhado.

Essa atividade jurisdicional, no entanto, não está livre de críticas. Isso porque, em alguns casos, as decisões judiciais relativas ao fornecimento de tratamentos médicos são indiscriminadas, irracionais e não possuem critérios, estando apenas superficialmente atribuídas a efetivação do direito à saúde, daí porque perpetuam a desigualdade no acesso a esse direito. Percebe-se assim, que o fornecimento de tratamentos de maneira individual e irrestrito possui traços de um voluntarismo judicial (LIMA, 2013).

Com essas críticas não se busca afirmar que o judiciário deve negar a possibilidade de efetivar o direito à saúde. Busca-se somente que sejam estabelecidos critérios, isto é, um modelo de saúde ligado à ideia de justiça que observe os parâmetros judiciais com a finalidade de concretizar a saúde de maneira universal e igualitária (LIMA, 2013).

Isso porque é possível perceber, nos julgados acerca das questões de saúde, certa instabilidade e variação na fundamentação das decisões quando há a necessidade de estabilização e uniformização da interpretação, a fim de conferir segurança, igualdade, e previsibilidade no direito. Sem um ambiente capaz de proporcionar segurança entre as pessoas não há como se conceber um espaço para escolhas juridicamente orientadas, então a segurança jurídica é compreendida enquanto uma das condições de possibilidade para o direito (RIOS, 2017).

Tal importância ratifica-se ainda pela Constituição Federal de 1988 que elevou a segurança jurídica a um patamar de direito fundamental, pois constitui pressuposto para a garantia da estabilidade das relações jurídicas (CAMPOS, 2019).

O princípio da segurança jurídica visa garantir a estabilidade das relações jurídicas, protegendo e preservando as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que tange às ações esperadas de terceiros. Desta feita, é imprescindível uma ordem jurídica não sujeita a variações, pois a instabilidade não provê condições mínimas para que as pessoas possam se organizar e planejar suas vidas (FREIRE, 2014).

Em outras palavras, a segurança jurídica é norma-princípio formada por mecanismos que buscam um estado de calculabilidade e confiabilidade para o Estado Democrático de Direito. Tem por objetivo proibir comportamentos antagônicos do Estado que “denotem perda de expectativas legítimas”, cabendo ao judiciário manter essas expectativas ante a interpretação e a aplicação das normas. Por meio desse princípio busca-se combater a incoerência existente no judiciário (CAMPOS, 2019, p.78).

Esse princípio possui três corolários: a estabilidade, a previsibilidade e a unidade do direito, tratados brevemente nesse estudo.

O primeiro, a estabilidade, exige respeito à própria historicidade do direito, não se encerrando na ideia de continuidade ou manutenção do que já se encontra consolidado (RIOS, 2017).

Trata-se da dimensão objetiva da segurança jurídica, significando que, não apenas os juízes devem respeito às decisões que já tomaram, mas também às decisões das Cortes Supremas quando decidem conferindo interpretação a uma norma ou atribuindo qualificação jurídica a determinada situação. Assim, observa-se a percepção da lógica do sistema de distribuição de justiça e de coerência que se põe ao Poder Judiciário (MARINONI, 2016).

Essa estabilidade deixa de existir, portanto, quando os juízes decidem conforme sua consciência ou com base literal na lei, desconsiderando decisões passadas “enquanto um sistema jurídico compreendido como íntegro e coerente” (RIOS, 2017, p.69).

A previsibilidade, por sua vez, tem a ver com a possibilidade do indivíduo de prever as consequências jurídicas dos atos que virá a praticar e daqueles praticados pelo Estado, conhecendo, portanto, seus direitos, poderes, faculdades, deveres e obrigações (LUCCA, 2016). Sua atenção volta-se para o futuro, visto que seu objetivo é garantir o prévio conhecimento das consequências de sua atitude e quais as reações estatais respectivas (RIOS, 2017).

Por último, a unidade do direito seria o resultado de um sistema de precedentes obrigatórios, que reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e uniformidade de casos similares (MARINONI, 2016).

Logo, resta claro que na sistemática da dinâmica dos precedentes, a segurança jurídica é norteadada pelas balizas de perspectiva de uniformização da jurisprudência e respeito aos precedentes, de modo que é inaceitável existir soluções diferentes para casos análogos (CAMPOS, 2019).

Logicamente, não se busca com a segurança jurídica, o engessamento do magistrado. Do contrário, almeja-se a garantia ao jurisdicionado da segurança de que a conduta por ele adotada, tendo como base a jurisprudência já consolidada, não será “juridicamente qualificada de modo distinto do que já se vem fazendo” (CAMPOS, 2019).

Não se deve considerar a adoção de um sistema em que o uso dos precedentes seja realizado aleatoriamente, sem análise prévia do caso concreto. Assim, cabe ao judiciário proteger a segurança jurídica, por meio de precedentes normativos ou mediante comportamentos que provoquem nos cidadãos a confiança da legítima expectativa que esperam das decisões judiciais (CAMPOS, 2019). O que não ocorre, no entanto, nas demandas relativas ao direito fundamental à saúde.

Não obstante a natureza inequívoca do direito a saúde enquanto um direito fundamental, não é uma tarefa simples para os juízes superar o caráter abstrato das normas para que ele se concretize. Daí o motivo pelo qual questiona-se nessa pesquisa a possibilidade de se definir com critérios objetivos as questões judicializadas em busca da tutela desse direito: é possível perceber que, nas ações de saúde, a tutela do direito era assegurada a um, mas não a outro ainda que em situações idênticas.

Isto é, a prática jurídica demonstra a existência de decisões diferentes para casos simetricamente iguais e tais decisões desconsideram o ordenamento constitucional e infraconstitucional, bem como os precedentes, gerando uma ordem jurídica incoerente e injusta (GOUVEIA, BREITENBACH, 2015).

É sabido que, dada a evolução da teoria da interpretação, o direito deixa de significar lei e a jurisdição não se reduz mais a atuar na vontade da lei. Isto é, não se pode mais aceitar que o juiz esteja submetido à lei, pois esta é apenas um ponto inicial a partir do qual o julgador elabora a decisão que atribuirá significado ao texto legal. Logo, o juiz colabora para a frutificação do direito podendo retirar mais de uma norma de um só texto legal (MARINONI, 2016).

Pautando-se nessa lógica, portanto, resta claro a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir qual o significado que será atribuído à lei, isso porque, conforme já abordado, é importante que haja uma ordem jurídica coerente e com respeito aos espaços de liberdade, distribuição igualitária do direito e à segurança jurídica. Vê-se assim que o direito abandonou o texto legal e ocupa agora o lugar das decisões das Cortes Supremas, sendo assim o parâmetro de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, originando o chamado *precedente* (MARINONI, 2016).

Ademais, ressalta-se que ao conferir autoridades às decisões judiciais das Cortes Supremas, esse sistema de precedentes garante a imparcialidade da prestação jurisdicional a todos os níveis da estrutura do judiciário (MARINONI, 2016).

Isso decorre do fato de que não há como deixar de considerar que um juiz que não tem padrão impessoal de conduta não se sente bem em um sistema que define previamente seus critérios decisórios, principalmente porque, nesse caso, a margem para agir com subjetividade se limita não havendo, assim, como ele, enquanto julgador, beneficiar uma das partes (MARINONI, 2016).

Ainda nesse sentido, a Corte Suprema tem como razão de existir a promoção de medidas tendentes a alcançar, na maior medida possível, da unidade do direito, garantindo a previsibilidade - algo imprescindível para o desenvolvimento da sociedade - o que não significa que se deva negar a existência de irracionalidades na distribuição da justiça.

Nas demandas de saúde, o indivíduo ao buscar seu direito na justiça não possui confiança na justiça, visto que a possível resposta não é previsível. Isto é, o indivíduo deveria saber o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver, porém, sem a previsibilidade necessária isso não será possível.

Defende-se aqui, portanto, que havendo a fixação de precedentes vinculantes a ideia de segurança jurídica envolvendo perspectivas do direito à saúde poderia ser alcançada, isto é, haveria um “enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais” (GOUVEIA, BREITENBACH, 2015).

Nesse sentido, a título de exemplo, cabe observar as seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO**. DIREITO À SAÚDE. **MEDICAMENTO POSTULADO NÃO CONSTA EM NENHUMA DAS LISTAGENS DO SUS**. Fornecimento do fármaco **QUETIAPINA 100mg**, em razão de ter Sequelas de traumatismo intracraniano (CID T90.5). Direito à saúde. A condenação do Estado para que forneça tratamento médico ou medicamento encontra respaldo na Constituição da República, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada ao direito fundamental à saúde. **Medicamento postulado não consta em nenhuma das listagens do SUS**. As necessidades do menor [...] justificam o fornecimento dos medicamentos postulados, **independentemente do fato de constar, ou não, das listas do SUS** que atende o ente público apelante. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.

(Apelação Cível, Nº 70075047431, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: **28-06-2018**).

À época, vigorava o entendimento fixado, inclusive, sob o regime dos recursos repetitivos a seguinte tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- 1) 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**;
- 2) **Incapacidade financeira do paciente** de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

3) **Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).**

(STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018) (recurso repetitivo).

Essas decisões conflitantes se apresentam como uma justificativa para um sistema de precedentes, na medida em que demonstram prejuízos trazidos ao acesso à justiça e liberdade e que variam, conforme a pessoa, dado a ausência ou dificuldades estabelecer ou seguir critérios para decidir.

Nota-se, nos casos demonstrado, que há inconsistência em relação aos parâmetros seguidos pelo Tribunal do Rio Grande do Sul e a decisão anteriormente dada pelo STJ. Daí possível perceber, portanto, em que ponto reside a importância da dinâmica dos precedentes judiciais, visto que os tribunais, ao solidificarem uma determinada posição geram, no litigante, uma expectativa de manutenção posterior desse entendimento (CAMPOS, 2019, p. 79).

Ainda, a obrigação de observância dos entendimentos firmados pelos tribunais superiores resulta na previsibilidade do Direito, ocasionando determinação nas normas jurídicas e antecipação na solução do conflito (CAMPOS, 2019). Logo, a subordinação aos precedentes é um pressuposto objetivo e prévio de incremento à segurança jurídica.

Daí porque ser possível afirmar que a segurança jurídica, postulada no *civil law* pela estrita aplicação da lei, exige o sistema de precedentes (MARINONI *apud* CAMPOS, 2019). Assim, pela força obrigatória dos precedentes, necessário se faz uma consulta à jurisprudência, para que seja possível verificar certa conformidade entre estes e as normas. Isso permite que a sociedade conheça de antemão as normas nas quais deve se pautar – tanto em relação à lei quanto em relação à interpretação dada.

Percebe-se uma possibilidade de diminuição da atribuição de soluções diferentes aos casos idênticos, resguardando para os que estão em iguais condições tratamento igual. Isso porque, é possível perceber, que apesar da busca pela primazia da igualdade na aplicação da lei, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, por vezes os tribunais não seguem as decisões proferidas pelos tribunais hierarquicamente superiores, e essa incoerência interna e externa descredibiliza o judiciário.

Nesse sentido, reconhece-se a importância da figura do juiz. No entanto, importante afirmar que não obstante a atividade de julgar ser criativa, esta não deve basear-se exclusivamente na consciência do julgador, não sendo possível a esse fazer escolhas discricionárias e, nesse desiderato, tornar o direito imprevisível e inseguro (GOUVEIA, BREITENBACH, 2015).

Considerando que o sistema constitucional atual consagra cláusulas gerais não há como negar que o sentido da norma tem que ser fixado pelo juiz, no entanto, a construção racional da decisão judicial não é um ato de mera escolha do magistrado, principalmente considerando seu dever de fundamentar adequadamente as decisões (GOUVEIA, BREITENBACH, 2015).

Imperioso afirmar que um sistema de precedentes eficaz deve garantir a justiça social do resultado da prestação jurisdicional sem, no entanto, descuidar das particularidades do caso concreto, a fim de evitar ou diminuir os deletérios efeitos da equivocada incidência de um precedente a situação jurídica a ele não ajustável (BARREIROS, 2015). Isto é, é necessário que o sistema reconheça as especificidades de cada caso para garantir a ele o equilíbrio entre os direitos à igualdade e à diferença.

É possível, ainda, conforme Marinoni (2016), elencar alguns motivos pelos quais o sistema de precedente é importante. O primeiro deles seria em relação ao valor e comportamento.

Conforme o autor, há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade e generalidade da lei e a irracionalidade da distribuição da justiça, de modo que para aqueles que tem interesse na prevalência das relações pessoais a aplicação dos precedentes se torna desarrazoado (MARINONI, 2016). Portanto, a contrário senso, a vinculação obrigatória dos precedentes não permitiria que juízes com padrões do “homem cordial” se favorecessem de suas posições, agindo por sua própria razão.

Além disso, os precedentes são garantia para a unidade e desenvolvimento do direito, visto que num sistema em que todos os juízes interpretam as leis e controlam sua constitucionalidade as Cortes Supremas definem o sentido e validade da lei. Assim, nenhum juiz, tribunal ou a própria Corte poderá solucionar casos sem atentar ao precedente firmado (MARINONI, 2016).

O autor também afirma que essa unidade do direito, derivada dos precedentes, contribui para a clareza, que é indispensável para a orientação da vida social e previsibilidade, assim como favorecem a generalidade, visto que quando há unidade do direito, um só direito regula a vida social, aplicando indistintamente a todos. Portanto, promove também a igualdade (MARINONI, 2016).

Outra consequência do sistema de precedentes seria o fortalecimento institucional, considerando que a função desempenhada pela Corte – de interpretar e validar leis – gera aos tribunais e juízes o sentimento de compartilhar funções para o exercício da jurisdição (MARINONI, 2016).

Os precedentes também limitam o poder do Estado, imprescindível à liberdade democrática. Ainda, possibilita a previsibilidade essencial ao Estado de Direito, visto que o sujeito precisa saber do significado das suas condutas. E, por fim, é importante para a racionalidade econômica e para o respeito ao direito e responsabilidade pessoal (MARINONI, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de propor conclusões definitivas sobre o tema, o desenvolvimento desse estudo possuiu o condão de discutir a judicialização da saúde e a importância da prolação de decisões uniformes com base no conceito de liberdade proposto por Amartya Sen.

Isso porque importa que os indivíduos, ao buscarem a concretização de seus direitos à saúde sejam tratados de maneira igual e, ainda, que já saibam o que esperar como resposta (previsibilidade), tendo por base as decisões anteriores que trataram da matéria: é a ideia contida no princípio da segurança jurídica.

Esse princípio, por meio de seus desdobramentos, possibilita ainda – além dessa previsibilidade -, a estabilidade e a unidade do direito, garantindo uma ordem jurídica que se compatibilize com o Estado Democrático de Direito.

Logo, o que se busca demonstrar nessa pesquisa é que, considerando a imprescindibilidade desse direito, as decisões judiciais que dele tratem não devem ser contraditórias ou omissas. Buscando também, além da clareza das decisões, a uniformidade e a igualdade, servindo de óbice para o comportamento impessoal dos julgadores. Um dos meios

que colaboram com a ideia da efetivação da saúde são os precedentes obrigatórios, que vinculem as decisões futuras ao comportamento já obtido pelos tribunais em relação às demandas já discutidas.

Esse alcance da saúde por todos e de maneira equânime, conforme Sen, é o que vai permitir o desenvolvimento com base na realização das liberdades de cada indivíduo da sociedade. É necessário, portanto, priorizar o acesso à serviços de saúde, garantindo o exercício da liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018

BARRAL, Walber. **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea**, 2011, 264p. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>> Acesso em 15. Jul. 2019.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: JR DIDIER, FREDIE. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. P.183-211.

CAMPOS, Fernando Teófilo. **Precedentes judiciais: técnicas de dinâmica, teoria e prática**. 1.ed. Curitiba: Appris, 2019.

GOUVEIA, Lucio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de Precedentes no novo Código de Processo Civil: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: JR DIDIER, FREDIE. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. P.183-211.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. O Direito à saúde e critérios de aplicação. In: BARCELLOS, Ana Paula de; SARLET, Ingo Wolfgang (org); TIMM, Luciano Benetti (org) [et al.]. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2. Ed, 2013. p. 237 – 254.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das Decisões Judiciais**. Coord. Fredie Didier Jr. Ed. 2. Rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; PEREIRA, Faíse dos Santos. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 6, p. 55-94, out. 2012. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/3930/6518>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

RAMOS, Edith Maria Barbosa Ramos; DINIZ, Isadora Moraes. O direito à saúde e a ideia de proteção social na Constituição Federal de 1988: notas iniciais. **Revista Direito em debate**, Porto Alegre, n. 48, n. 1, p. 43-66, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5906>> Acesso em: 1 jul. 2019.

RIOS, João Pedro Júnior. **Desconstrução do positivismo jurídico: teoria dos precedentes judiciais como condição de impossibilidade para compreensão e interpretação do ordenamento jurídico**. 2017. 83f. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2017.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Tradução de Development as freedom.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísica-objetificante. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. COSTA, José de Faria. **Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Filosofia, Teoria e Metodologia**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1103-1155

STRECK, Lênio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.