

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

LUCAS OLIVEIRA FARIA

**O JUDICIÁRIO E A INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE: uma
análise de decisões sobre concessão de fármacos não incorporados ao SUS sob o
paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito**

FRANCA
2023

LUCAS OLIVEIRA FARIA

O JUDICIÁRIO E A INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE: uma análise de decisões sobre concessão de fármacos não incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto

**FRANCA
2023**

F224j Faria, Lucas Oliveira
O JUDICIÁRIO E A INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM
SAÚDE : uma análise de decisões sobre concessão de fármacos não
incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do
Direito / Lucas Oliveira Faria. -- Franca, 2023
189 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Patrícia Borba Marchetto

1. Judicialização. 2. Ativismo. 3. Saúde. 4. CONITEC. 5. Crítica
Hermenêutica do Direito. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

IMPACTO POTENCIAL DESTA PESQUISA

A presente pesquisa, ao realizar diagnóstico de decisões de conceder fármacos não incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito, tem como impacto potencial a elucidação da forma como o Judiciário, em linhas gerais, trata a incorporação de tecnologias em saúde em matéria de medicamentos.

Além disso, possibilita importante reflexão acerca do papel da Teoria do Direito como instrumento de análise e correção das decisões judiciais.

Neste sentido, se alinha ao ODS 3, 10 e 16 da ONU.

POTENTIAL IMPACT OF THIS RESEARCH

The present research, when carrying out a diagnosis of decisions to grant drugs not incorporated into the SUS under the paradigm of the Hermeneutic Critique of Law, has the potential impact of elucidating the way in which the Judiciary, in general terms, treats the incorporation of health technologies in matters of medicines.

Furthermore, it allows important reflection on the role of Legal Theory as an instrument for analyzing and correcting judicial decisions.

In this sense, it aligns with UN SDGs 3, 10 and 16.

ATA DA DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE LUCAS OLIVEIRA FARIA, DISCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CÂMPUS DE FRANCA.

Aos 11 dias do mês de dezembro do ano de 2023, às 14:30 horas, por meio de Videoconferência, realizou-se a defesa de DISSERTAÇÃO DE MESTRADO de LUCAS OLIVEIRA FARIA, intitulada **O JUDICIÁRIO E A INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE: uma análise de decisões sobre concessão de fármacos não incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito**. A Comissão Examinadora foi constituída pelos seguintes membros: Profa. Dra. PATRICIA BORBA MARCHETTO (Orientador(a) - Participação Virtual) do(a) Faculdade de Ciências e Letras - Unesp/FCL/Araraquara, Prof. Dr. DANIEL WEI LIANG WANG (Participação Virtual) do(a) Fundação Getúlio Vargas (FGV), Professor Doutor RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA (Participação Virtual) do(a) Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Após a exposição pelo mestrando e arguição pelos membros da Comissão Examinadora que participaram do ato, de forma presencial e/ou virtual, o discente recebeu o conceito final: APROVADO. Nada mais havendo, foi lavrada a presente ata, que após lida e aprovada, foi assinada pelo(a) Presidente(a) da Comissão Examinadora.

Profa. Dra. PATRICIA BORBA MARCHETTO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Marchetto', is written over a large, faint circular stamp or watermark.

*Aos meus núcleos familiares – o biológico e
o escolhido – por cuidarem para que eu não
caísse em meio aos tropeços da caminhada.*

AGRADECIMENTOS

Ao Universo, por ter me trazido até aqui e colaborado para que todos os mencionados nestes agradecimentos cruzassem meu caminho.

À UNESP FRANCA, minha *alma mater*, e ao PPGD, por todo o apoio institucional na realização deste trabalho.

À Profa. Dra. Patrícia Borba Marchetto, por mais uma empreitada acadêmica juntos, além da empatia no percorrer deste caminho.

Aos colegas da Família Científica, na pessoa da Marina Silveira, por todos os diálogos que colaboraram para a construção deste trabalho.

À Procuradoria Geral do Município de Ribeirão Preto, por ter sido o *locus* em que o objeto desta investigação nasceu e, também, seio de seu desenvolvimento. Agradeço, especialmente, ao Dr. Marcelo Rodrigues Mazzei, pelas muitas provocações que auxiliaram na construção e desconstrução desta dissertação, como também fizeram com que a admiração que eu já possuía se tornasse genuína amizade.

À minha família – papai, mamãe, Bruna, Alan, Fabio e Matheus – por terem suportado o quanto este trabalho impediu que desfrutássemos o tempo juntos e, ainda sim, me apoiado muito na fase final.

À minha família escolhida – na pessoa da Gabriela Watanabe e do Tiago Trindade – pelo apoio incondicional que me deram nos momentos de dificuldades nos últimos tempos, que foram muitos. Eu atravessaria o oceano a nado por vocês!

À Daniele Zilioni, presente nos meus agradecimentos desde a graduação, fiel revisora e boa crítica de tudo o que ousou pensar e escrever. Minha companheira nos passos de ontem, hoje e amanhã. Que assim permaneça!

“Creio que poderia interessar a um filósofo, um que seja capaz de pensar por si próprio, ler minhas anotações. Pois mesmo que eu apenas raramente tenha acertado na mosca, ele iria reconhecer quais foram os alvos que incansavelmente tentei acertar.”

Ludwig Wittgenstein

“Lembremos: a partir do Direito abrimos mão de várias escolhas. Escolher o Direito é escolher que não temos mais escolhas – temos decisões. E decisões, caro leitor, só são no seu fundamento. Nenhuma decisão se justifica pelos seus resultados. Decisão e o fundamento da decisão são uma coisa única.”

Lenio Streck

FARIA, Lucas Oliveira. **O Judiciário e a incorporação de tecnologias em saúde: uma análise de decisões sobre concessão de fármacos não incorporados ao SUS sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2023. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

RESUMO

A judicialização da saúde é uma realidade crescente no Brasil que, em verdade, pode representar a atuação do Poder Judiciário com fins de assegurar a efetivação do direito fundamental à saúde, como também pode se transformar em intervenção indevida capaz de provocar desalocações orçamentárias indesejadas e, até mesmo, comprometer a execução de políticas públicas em prol da saúde coletiva, configurando ativismo judicial. Por força das constantes intervenções do Poder Judiciário em matéria de saúde pública, foi criada a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), a partir da Lei Federal 12.401/11, que versa sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no SUS. A CONITEC é responsável por recomendar ao Ministério da Saúde a incorporação, exclusão ou alteração, no âmbito do SUS, da Relação Nacional de Medicamento Essenciais (RENAME), ou seja, aqueles que devem ser oferecidos pelo sistema à população. Como é sabido, as inovações tecnológicas na área da saúde são inúmeras, principalmente pela ideia pós-moderna de prolongação da vida ser cada vez mais presente, razão pela qual a CONITEC acaba por ser frequentemente demandada quanto à análise da possibilidade de incorporação de novos fármacos ao SUS. O presente trabalho aspira realizar uma análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que obrigam o Poder Público a conferir ao cidadão medicamentos não incorporados ao SUS por decisão administrativa fundamentada em recomendações da CONITEC, a partir dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, utilizando-se de casos ajuizados na Comarca de Ribeirão Preto/SP entre 2020 e 2022, a partir de um método de abordagem hermenêutico em uma perspectiva indutiva, se valendo do método de procedimento de levantamento de dados, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além da pesquisa jurisprudencial com uma perspectiva qualitativa a partir da análise de conteúdo, com fins de esclarecer se – nos casos analisados – podemos concluir que ocorre o esperado fenômeno da judicialização da saúde ou o indesejável equívoco do ativismo judicial. Conclui-se que as decisões judiciais não satisfazem o ônus argumentativo imposto pela Crítica Hermenêutica do Direito para a intervenção do judiciário em matéria de direitos fundamentais sociais, de modo que ignoram totalmente a existência de um sistema de avaliação de tecnologias em saúde instituído por lei, afirmando uma concepção do direito fundamental à saúde que inclui todo e qualquer insumo que seja receitado pelo profissional médico, representando grave exemplo de ativismo judicial.

Palavras-chaves: Judicialização. Ativismo. Saúde. CONITEC. Crítica Hermenêutica do Direito.

FARIA, Lucas Oliveira. **The Judiciary and the technology incorporation into the health public system: an analysis of decisions about not recommended medications by Conitec drawn from the theoretical contribution of Hermeneutic Critique of Law**. 2023. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

ABSTRACT

Health judicialization is a growing reality in Brazil that, ultimately, may represent the Judicial Power as an way to ensure the health fundamental right effectiveness, and might become an undue intervention capable of provoking unwanted budget deallocation and, even further, compromising the public politics execution of public health, causing judicial activism. Due to the persistent judicial interventions in public health matters, CONITEC (National Commission for the Incorporation of Technologies into the Unified Health System, also known as SUS) was established by Federal Law n. 12.401/2011, which lays out about therapeutics assistance and technology incorporation into the health public system. CONITEC is responsible for recommending to the Health Ministry the incorporation, exclusion, or alteration, within SUS, of the National List of Essential Medicines (RENAME), in other words, the medicines that must be provided to the population due to the system. As widely known, there are countless technological innovations in healthcare, mainly due to the post-modern concept of increasing life expectancy. This is why CONITEC is frequently tasked with evaluating the incorporation of new drugs into SUS. This study aims to analyze decisions made by the São Paulo State Court that compels the State to provide the population with medications not included in SUS due to administrative decisions based on CONITEC recommendations, drawn from the theoretical contribution of Hermeneutic Critique of Law, focused on cases adjudicated in Ribeirão Preto City, State of São Paulo, between 2020 and 2022, using a hermeneutic approach method from an inductive perspective, and data collection method through documental and bibliographical research, in addition to jurisprudential research with a qualitative perspective through content analysis. The study's intention is to clarify whether, in the analyzed cases, it is possible to conclude whether the expected phenomenon of health judicialization occurs or if there is the unwanted misunderstanding of judicial activism. The conclusion is that judicial decisions do not satisfy the argumentative burden imposed by the Hermeneutic Critique of Law on judicial intervention in social fundamental rights, disregarding completely the existence of the legally established health technology evaluation system, asserting a conception of the fundamental right to health that encompasses any drug prescribed by a M. D., thus becoming a severe example of judicial activism.

Palavras-chave: Judicialization. Activism. Health. CONITEC. Hermeneutic Critique of Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Fluxo simplificado de incorporação de tecnologias no SUS	63
Figura 2: Liminares	132
Figura 3: Sentenças	133
Figura 4: Acórdãos	133

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Ações	128
Tabela 2: Ações 2º grau.....	131
Tabela 3: Fundamentos - Liminares	136
Tabela 4: Fundamentos - Sentenças	140
Tabela 5: Fundamentos - Acordãos.....	142

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACOES

AME	Atrofia Muscular Espinhal
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ATS	Avaliação de Tecnologias em Saúde
CASE	Comissão de Análise de Solicitações Especiais
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CITEC	Comissão de Incorporação Tecnológica em Saúde
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DRS	Direção Regional de Saúde
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MST	Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra
NICE	<i>National Institute for Clinical Excellence</i>
NHS	<i>National Health Service</i>
PCDT	Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas
PGM/RP	Procuradoria Geral do Município de Ribeirão Preto
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema nico de Saúde
TJ/SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SUAS NUANCES QUANTO À DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS	19
1.1 O conceito de judicialização.....	19
1.2 Judicialização e ativismo: um o corpo, o outro a doença.....	26
1.3 A saúde como política pública judicializada	35
1.4 Os efeitos da judicialização da saúde pública na dispensação de medicamentos ...	41
CAPÍTULO 2 A LEI FEDERAL 12.401/11: O ADVENTO DA CONITEC E SEUS DESAFIOS	49
2.1 A alteração do sistema SUS via Lei Federal 12.401/11: dos objetivos da atividade legiferante quanto à dispensação de medicamentos	51
2.2 Da sua justificativa na sociedade tecnológica e dos critérios de análise	55
2.3 Da composição e funcionamento da CONITEC	61
2.4 Os números da CONITEC: os relatórios de não incorporação	66
2.5 Da Lei Federal 12.401/11 como limitadora da atividade judicial na dispensação de medicamentos.....	68
CAPÍTULO 3 DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: DAS HIPÓTESES EM QUE O JUDICIÁRIO PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI	70
3.1 O que é isto, a Crítica Hermenêutica do Direito?.....	73
3.1.1 A fenomenologia de Martin Heidegger	77
3.1.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.....	82
3.1.3 A teoria interpretativa de Ronald Dworkin	89
3.2 Por que a crítica hermenêutica do direito?	93
3.2.1 Da necessidade de superação das discricionariedades	94
3.2.2 Da abordagem intersubjetiva	99
3.2.3 Do direito fundamental à resposta adequada à Constituição.....	103
3.3 Da construção da resposta adequada	106
3.3.1 Do papel dos princípios e os princípios fundantes da CHD	107

3.3.2 Das seis hipóteses em que pode o Judiciário afastar a lei	113
3.3.3 Das três perguntas para a decisão correta.....	119
3.3.4 Da possibilidade de uma decisão constitucionalmente adequada no cenário da Lei Federal 12.401/11	125
CAPÍTULO 4 DA ANÁLISE DA ATUAÇÃO JUDICIAL SOB O PARADIGMA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL	127
4.1 Do método de seleção das decisões analisadas	127
4.1.1 Das decisões analisadas.....	129
4.1.2 Dos órgãos judiciários analisados.....	130
4.1.3 Dos resultados das decisões.....	131
4.2 Da fundamentação das decisões analisadas	134
4.2.1. Das decisões liminares.....	135
4.2.2 Das sentenças.....	139
4.2.3 Dos acórdãos	142
4.3 Da análise das decisões conforme a teoria da decisão judicial de Streck	145
NOTAS CONCLUSIVAS	167
REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

O texto constitucional de 1988 trouxe consigo novo marco paradigmático para se entender e aplicar o direito, além de adotar um desenho institucional que busca garantir a autolimitação entre os poderes, privilegiando as deliberações democráticas do Parlamento e garantindo a presunção de legitimidade dos atos do Executivo podendo, ambos serem afastados pelo Judiciário, a partir do filtro constitucional, no exercício da jurisdição constitucional, seja pela via difusa ou concentrada.

Além disso, a Constituição de 1988 não se limitou, apenas, a desenhar os contornos institucionais para o exercício do Poder, visto que avançou ao positivar extenso catálogo de direitos fundamentais, incluindo, dentre eles, os direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais sociais têm, como traço característico, a criação da obrigação – ao Estado – de efetivá-los a partir de prestações positivas, ou seja, deve o Poder Público criar os pressupostos materiais indispensáveis para a garantia do exercício de tais direitos pelo cidadão.

Dentre os direitos fundamentais sociais, o constituinte originário garantiu ao povo brasileiro um sistema de saúde baseado nas ideias de universalidade e integralidade, a ser desenvolvido conforme políticas econômicas e sociais, conforme artigos 196 e 198 da Constituição Federal.

A principal destas políticas foi, exatamente, a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS), a partir da Lei Federal 8.080/90, sendo este constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados pela Administração direta e indireta e pelas fundações mantidas pelo Poder Público, além da iniciativa privada de forma complementar.

A lei do SUS prevê, também, a universalidade do acesso aos serviços de saúde, além de sua integralidade, incluindo os serviços preventivos e curativos, em todos os níveis de complexidade.

A elevação do direito à saúde ao *status* constitucional e, também, sua estruturação a partir da legislação infraconstitucional fez com que houvesse uma quantidade substancial de demandas apresentadas ao Poder Judiciário buscando que o direito fundamental à saúde fosse efetivado em sua plenitude.

Os números demonstram que houve crescimento do número de ações judiciais versando sobre o direito à saúde em 130% de 2008 a 2017 (Miranda *et al.*, 2021, p. 200), de modo que o Ministério da Saúde gastou, em números financeiros, R\$ 8,5 bilhões com a compra de fármacos por ordem judicial, o que representa 10% do orçamento da pasta para assistência farmacêutica em geral (Wang, 2021, p. 851).

A efetivação do direito fundamental à saúde, portanto, passa por uma severa intervenção judicial que, em verdade, é reflexo da própria judicialização da política, fruto do próprio modelo constitucional adotado, mas que – a depender das respostas oferecidas – pode resultar em ativismo judicial, apto a desconfigurar o desenho institucional estabelecido pelo constituinte e, inclusive, a efetividade dos direitos fundamentais, ao invés de com ela contribuir.

Isto porque, em matéria de medicamentos, a maioria da demanda apresentada ao Judiciário é, exatamente, a dos insumos não incorporados ao SUS, o que resulta em desalocações orçamentárias não previstas pelo Poder Público e realizadas, diretamente, pelo Poder Judiciário.

O progresso tecnológico é elemento de grande importância no incremento da busca de decisões judiciais visando atender aos pleitos de saúde dos cidadãos, razão pela qual – para frear a intervenção judicial e possibilitar uma avaliação de tecnologias em saúde de forma racional – foi criada a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC), a partir da Lei Federal 12.401/11, que alterou a Lei do SUS.

A CONITEC se presta a atuar como órgão técnico do Ministério da Saúde para avaliação de tecnologias em saúde (ATS) no SUS, expedindo recomendações de inclusão, exclusão ou alteração dos insumos possibilitados pelo sistema. Entretanto, como já mencionado, os números de processos judiciais que versam sobre o direito fundamental à saúde seguem aumentando e o Poder Judiciário continua obrigando o Poder Público a conceder fármacos não incorporados ao SUS.

A Lei Federal 12.401/11, portanto, ao estabelecer o sistema de ATS no SUS, delineou os contornos do que constitui o elemento integralidade no sistema, preceituando que apenas compõem o conceito de integralidade, quanto aos fármacos, aqueles incorporados ao SUS.

Como de introito mencionado, a Constituição trouxe mudança paradigmática na concepção do direito, inclusive pela possibilidade do Judiciário afastar a aplicação da lei,

desde que a partir do exercício da hermenêutica jurídico-constitucional, de modo que, com o advento da Lei Federal 12.401/11, chama atenção a necessidade de se investigar qual o ônus argumentativo exercido pelo Judiciário para, ainda sim, obrigar o Poder Público a conceder fármacos que não foram incorporados ao SUS após recomendação da CONITEC.

Isto se dá, pois, com o marco constitucional, houve o afastamento da possibilidade de atuação discricionária por parte do julgador – reflexo do paradigma positivista – de modo que, agora, as decisões judiciais devem trazer consigo fundamentação suficiente que coadune com a filtragem jurídico-constitucional das questões submetidas ao crivo judicial, sem o exercício de subjetivismos.

Neste sentido, os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvidos a partir dos escritos de Lenio Luiz Streck, trazem a concepção de que é direito fundamental do cidadão receber respostas constitucionalmente adequadas havendo possibilidade, portanto, de se diferir entre boas e más decisões e, neste ponto, em que pese sejam admissíveis as intervenções do Judiciário em matéria de política pública, de forma contingencial, o conteúdo destas intervenções deve, também, oferecer resposta constitucionalmente adequada, sob pena de configuração do ativismo judicial.

Com isso, a presente investigação busca - a partir da análise de decisões concessivas, em primeiro e segundo grau de jurisdição, de fármacos não incorporados ao SUS, com base em recomendação da CONITEC, proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ações ajuizadas na comarca de Ribeirão Preto entre os anos de 2020 e 2022 - responder: Como decidiu o Poder Judiciário e qual o ônus argumentativo utilizado para afastar a aplicação da Lei Federal 12.401/11? Além disso, as decisões em questão constituem, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, respostas constitucionalmente adequadas? Os casos revelam uma face da judicialização da saúde ou desvelam exemplos de ativismo judicial?

A metodologia utilizada para subsidiar a presente investigação se dará a partir do método de abordagem hermenêutico (Streck, 2020), em uma perspectiva indutiva, se valendo do método de procedimento do levantamento de dados, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além da pesquisa jurisprudencial com uma perspectiva qualitativa a partir da análise de conteúdo (Bardin, 1977).

O levantamento de dados bibliográfico se fará a partir de livros e periódicos nacionais e internacionais, enquanto o levantamento documental se dará a partir da compilação de todas

as recomendações de não incorporação expedidas pela CONITEC desde a sua fundação até o ano de 2022, de forma a relacionar qual fármaco e para qual moléstia se decidiu não incorporar.

A pesquisa jurisprudencial se dará a partir de todos os casos ajuizados em face do Município de Ribeirão Preto entre 2020 e 2022, filtrados a partir da plataforma da Procuradoria Geral do Município de Ribeirão Preto, que tramitaram nas Varas da Fazenda Pública. Após, a partir do sistema de pesquisa de processos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, serão filtrados os casos que envolviam fármacos não incorporados após recomendação negativa da CONITEC e, então, serão analisadas as decisões liminares, sentenças e acórdãos prolatados nos referidos casos.

As decisões que concederem os fármacos serão analisadas, em uma abordagem qualitativa a partir da análise de conteúdo e, pelo filtro da Crítica Hermenêutica do Direito, analisar-se-á se constituem ou não respostas constitucionalmente adequadas e, assim, responder as perguntas acima mencionadas.

Com o fito de atingir os anseios supratranscritos, a presente investigação se dividirá em quatro capítulos.

O primeiro deles exporá o conceito de judicialização da política, diferenciando-o do ativismo e, ainda, especificando como tais fenômenos acontecem em matéria de saúde pública e quais seus efeitos na dispensação de medicamentos.

O segundo tratará do advento da Lei Federal 12.401/11, assim como da CONITEC, explanando os desafios a serem enfrentados pelos sistemas de avaliação de tecnologias em saúde, destacando qual sua necessidade no estado atual para efetivação do direito fundamental à saúde, assim como explicitando a composição do órgão e seu funcionamento, esclarecendo, por fim, qual o papel da referida lei na limitação da atividade judicial quanto à dispensação de medicamentos.

O terceiro desnudará o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, destacando os aportes teóricos que auxiliaram na sua construção, assim como sua adequação na abordagem do presente trabalho, elucidando os princípios e, principalmente, os critérios indagativos que, segundo tal corrente, colaboram para a identificação de uma resposta constitucionalmente adequada.

Já o quarto, e último, consistirá na exposição do levantamento dos casos, assim como conjugará a análise de conteúdo das decisões concessivas analisadas a partir do referencial teórico explicitado no capítulo anterior, de modo a concluir se as decisões em questão representam face da judicialização da saúde – em um exercício contingencial do controle do Judiciário sobre a política – ou se representam extrapolação dos limites à atuação judicial, escancarando malfadado ativismo judicial.

Espera-se, com a trajetória percorrida, que seja possível verificar, ainda que de forma não exaustiva, se o conjunto das decisões analisadas representa uma contribuição que coaduna com o texto constitucional ou se, em verdade, subverte a expectativa do constituinte para, com isso, auxiliar na reflexão sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, especialmente em matéria de saúde pública.

CAPÍTULO 1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SUAS NUANCES QUANTO À DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

O presente capítulo tem como objetivo proporcionar adequada conceituação do que se pretende chamar de “judicialização da saúde pública” e, com a pormenorizada análise das diretrizes gerais desse fenômeno, trazer aprofundamento acerca de como se dá a judicialização no tocante à dispensação de medicamentos no país.

Deste modo, antes de entender o que é a “judicialização da saúde pública”, faz-se fundamental conceituar o que é a judicialização de modo geral, o que leva – invariavelmente – à análise do conceito de ativismo judicial, inclusive para entender se judicialização e ativismo são conceitos idênticos.

Superada a referida conceituação, há de se entrar – de forma mais direta – na seara do direito sanitário de modo a explicitar como se dá a judicialização da saúde pública e como esta interfere na execução de política de saúde e, inclusive, discorrer acerca das medidas administrativas, legislativas e judiciais adotadas em prol da equalização da política pública de saúde face à judicialização.

1.1 O conceito de judicialização

Ainda que se discuta, no âmbito teórico e também na praxe forense, quanto às causas, efeitos e possíveis medidas mitigadoras, uma coisa é certa: o Brasil vivencia altas taxas de litigância, com o aprofundamento da atuação do Poder Judiciário nas mais variadas searas de conflito, como destaca Ventura (2020) “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizava nos Tribunais Superiores, no ano de 2008, 2.969 processos e, em 2017, 40.658. Na primeira instância o número de processos também dobrou no mesmo período, com 95.752 processos no ano de 2017”.

Como bem apontado por Bezerra e Saraiva (2021, p. 228), dados recentes colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram que tramitam, no Judiciário brasileiro, aproximadamente 80 (oitenta) milhões de processos concluindo-se que, de acordo com Boaventura de Sousa Santos (1986), viveria o Brasil uma explosão de litigiosidade.

Não se pode olvidar que o escandaloso aumento de litigiosidade – embora tenha causas várias, não sendo inclusive o objetivo deste trabalho analisá-las pormenorizadamente e de forma exaustiva – se relaciona diretamente com a mudança do papel do próprio Poder Judiciário a partir da evolução do Estado de Direito.

Isto porque a evolução histórica dos direitos fundamentais e, com isso, a constitucionalização de inúmeros aspectos da vida, tornaram justiciáveis¹ inúmeros direitos, e intensificaram a possibilidade de resolução de conflitos a partir do Poder Judiciário. Afinal, o desenho institucional da separação de poderes foi modificado pelo progresso da constitucionalização, passando o Judiciário a ter papel mais interventivo nas ações dos outros poderes da República (Dimoulis; Lunardi, 2016, p. 237).

Além disso, destaca-se a interferência dos sistemas norte-americano, com a figura do *judicial review*² e do sistema europeu, com as modernas teorias da argumentação, na colaboração para a maior participação do Judiciário, como esclarece Clarissa Tassinari:

Neste sentido, sobre o tema da judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados (2013, p. 32).

E aqui não se pode olvidar que a evolução do constitucionalismo, com destaque ao europeu, trouxe consigo a afirmação da força normativa da Constituição³ e, a partir dos

¹ Esclarece Robert Alexy que “Em um sistema jurídico que conhece a separação dos poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala a favor disto, de qualificar como “juridicamente vinculativas” somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, possa ser verificada por um tribunal, que são, portanto, justiciáveis.” (1999, p. 73).

² Acerca da influência do sistema norte-americano na judicialização da política no Brasil e no mundo, destaca: “A experiência constitucional estadunidense repercutiu sobremaneira no cenário mundial, através de duas importantes afirmações: da soberania da Constituição, no sentido de que o texto constitucional passou a ser considerado superior a outros atos normativos; e do papel do Judiciário na defesa da Constituição, incluindo o dever de tornar nula legislação que lhe confrontasse. Ocorre que ambos os resultados deste movimento de constitucionalização não foram previstos pelos *founders*, tanto é que, originalmente, a Constituição não incluía mecanismos diferenciados para sua modificação – o que veio a ser implementado apenas em 1780 -, assim como, nos primórdios, o Judiciário sequer era visto como ramo do Estado, sendo considerado ainda subordinado às assembleias locais” (Tassinari, 2013, p. 73-74).

³ “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza

escritos de José Joaquim Gomes Canotilho⁴, a ideia de que a Constituição possui caráter dirigente e, portanto, vincula o legislador.

É certo que esta evolução teórica – e aqui se destaca a Constituição Brasileira de 1988 para a análise – acompanhou a positivação de inúmeros direitos fundamentais e, neste íterim, a concepção de que a Carta Constitucional gozava, por si só, de força normativa e, portanto, deveria ser efetivada – até mesmo como elemento de transformação da realidade – trouxe obrigações aos poderes constituídos o que, em verdade, colaborou para a busca do Poder Judiciário em razão da dificuldade dos outros poderes de cumprirem seu múnus.

A extensão e a complexidade dos direitos sociais garantidos, bem como o grau de detalhamento combinados com a capacidade do Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, propiciaram um aumento substancial das áreas de intervenção e atuação pública deste poder. A Lei Maior conferiu capacidade aos magistrados e às cortes judiciais de produzirem impactos sobre o processo de decisão política. Em decorrência, a Constituição transforma-se em um texto programático, operando-se um estreitamento da margem de manobra dos políticos e, conseqüentemente, ampliando-se o papel político do Judiciário (Sadek, 2004, p. 81).

Neste diapasão, passa-se a identificar as inúmeras nuances que colaboraram para a intervenção do Poder Judiciário na política, como esclarece João Carlos Medeiros de Aragão:

Podem-se identificar vários fatores que acarretam e sedimentam a judicialização da política: a separação dos poderes (funções); a ineficácia das instituições que detêm o poder; o sistema democrático; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais pela oposição e a ingerência de grupos com interesses privados (2013, p. 67).

E o referido autor não está sozinho quanto ao entendimento de que a atuação do Judiciário se dá exatamente pela ineficiência dos outros poderes constituídos em cumprir os deveres constitucionais – e são muitos, no caso brasileiro – que lhe foram atribuídos, conforme esclarece Amorim e Leite:

Contudo, o Judiciário, ao ser provocado, age perante a inércia do Legislativo ou a inoperância do Executivo na busca da realização de prestações ligadas a direitos fundamentais que deveriam ter sido efetivadas mediante políticas públicas, já que

singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas” (Hesse, 1991, p. 19).

⁴ “[...] a concepção de constituição dirigente [...] está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito” (Canotilho, 2001, p. 27).

o Poder Judiciário não tem o condão de criar novas políticas públicas, mas tão logo operacionalizar as já existentes (2021, p. 64).

Ocorre que, ainda que a consagração de um extenso catálogo de direitos fundamentais e a imputação aos poderes constituídos do dever de cumpri-lo – exatamente pela concepção de necessidade de efetividade da Carta Constitucional – já sejam suficientes para justificar a profunda procura pelo Poder Judiciário⁵, há de se considerar que as transformações ocorridas também no contexto social corroboram para a maior procura do Judiciário⁶, exatamente para fazer valer a promessa constitucional que passa a ser fragilizada pela própria realidade fática (Faria, 2010, p. 78), consagrando o Judiciário como *locus* para resolução das contendas que, a rigor, pertencem à seara política.

Diante deste ambiente de certa fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura diferenciada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas (Tassinari, 2013, p. 46).

E aqui há interessante ponto a ser discutido relacionado à visão de que é o Judiciário o poder constituído com a devida credibilidade para resolver as questões postas em jogo no cotidiano social (Wang, 2020a, p. 493), pensamento este que pode representar, inclusive, o

⁵ “Inobstante esta estrutura institucional para implementação das políticas públicas, nota-se nos últimos anos, posição cada vez mais ativa do Poder Judiciário no seu direcionamento, em uma perspectiva de superação de certos limites estabelecidos pelo princípio da separação dos poderes. Este fenômeno é comumente denominado de judicialização de políticas públicas e sua expansão pode ser atribuída a fatores diversos. Primeiramente deve-se destacar a força das normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais e o modelo de um Estado garantidor – o que torna legítima a busca pela efetivação destes direitos junto aos tribunais. Tem-se também novo posicionamento do próprio Judiciário, decorrente da provável superação de um modelo rígido de separação dos poderes e da confiança depositada na instituição, face o caráter imperativo de suas decisões. De outro lado, a própria Administração não tem conseguido assegurar o provimento de determinadas demandas sociais, seja pela indisponibilidade de recursos, por omissão ou pela ausência de arcabouço legal que lhe a forneça as bases necessárias para o cumprimento de seus deveres” (Longobucco; Dias, 2021, p. 79).

⁶ “Tudo isso já seria suficiente para, como já demonstrado, ensejar um ambiente de maior procura do Judiciário, que passou também a ser caracterizado como locus de concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes. Contudo, as transformações ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho político-jurídico (chamadas de “tendências no Direito”), conceitual (com a introdução da noção de sociedade complexa), comportamental (com a questão do aumento da litigiosidade) e estrutural (a partir da ideia de massificação dos conflitos). Ou seja, o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social” (Tassinari, 2013, p. 45).

desmoronamento da democracia, como esclarece Lenio Streck a partir dos estudos de Garapon:

Antoine Garapon, já em 1996, tratava do Poder Judiciário como “o guardador de promessas”. Logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, “nada mais pode escapar ao controle do juiz”, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: a) por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; b) por um desmoronamento do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático” desaparece; e c) pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos. A partir disso, então, há certa “promoção” da atividade jurisdicional, o que, para o autor, não se traduz em uma mudança dos titulares da soberania (que, originalmente, é atribuída ao poder político, isto é, Executivo e Legislativo), “mas antes uma evolução da referência da ação política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma influência recíproca”. Ainda, nesta linha de “influência recíproca”, o autor menciona que isso representa uma substituição da positividade por uma “justiciabilidade”, no sentido de que o Direito passa a se definir “pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro”, no caso, o Judiciário (Streck *et al.*, 2015, p. 57).

E esse pensamento de predominância do Poder Judiciário para a resolução das questões centrais da sociedade, ainda que possa ter um lado positivo, a partir da simbolização do predomínio das instâncias jurisdicionais, também pode representar o declínio dos outros poderes e, sem dúvida, da própria ideia de construção de um Estado Democrático de Direito, sendo um dos pilares da ideia de “democrático” o exercício da própria democracia, qual seja, a participação ativa da sociedade na tomada de decisão a partir do *locus* adequado para tanto.

Entretanto, resta claro também que, por mais que se tenha avançado no modo de conceber a democracia, agregando ao seu conteúdo o contramajoritarismo, não era previsível que se fosse vivenciar na contemporaneidade duas consequências tão graves para a relação Direito e Política: o sentimento de acomodação/apatia política (e cívica) e o apelo permanente à jurisdição, fatores que inviabilizam o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de “um sistema em que a sociedade é parte ativa” (Tassinari, 2013, p. 53).

Destaque-se, como elucida Peduzzi (2015, p. 805), o pensamento de Jeremy Waldron de que a atividade legislativa é encarada com preconceito até mesmo pela própria comunidade jurídica, não sendo encarada como fruto de uma argumentação dotada de racionalidade e ponderação, como destaca o autor:

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembleia — os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu

solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequenos de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número — talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o direito? (Waldron, 2003, p. 37).

Ocorre que Waldron esclarece, conforme ensina Kant, que o desacordo moral persistente é uma circunstância da política e que o fórum institucional adequado para, a partir do desacordo, se estabelecerem os acordos morais da sociedade é o parlamento (Peduzzi, 2015, p. 805). Entretanto, como se nota, este passa a ser substituído, cada vez mais, pelo Poder Judiciário a partir de um fenômeno chamado por Ran Hirschl de juristocracia, fenômeno este que seria inclusive uma medida de preservação das próprias elites e por elas estimulado, veja-se:

Tal explicação estratégica “densa”, a qual eu nomeio de tese da preservação hegemônica, sugere que o fortalecimento judicial através da constitucionalização é melhor compreendida como um subproduto da interação estratégica entre três grupos chaves: elites políticas ameaçadas que procuram preservar ou aumentar sua hegemonia política ao insular os processos de decisão política das vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como um meio de promoção de uma agenda neoliberal de mercados abertos, desregulação econômica, antiestatismo e anticoletivismo; elites judiciais e das altas cortes nacionais que procuram reforçar sua influência política e sua reputação internacional. (tradução livre) (Hirschl, 2009, p. 31-49).

Neste diapasão, haveria um interesse da própria elite política de que o Judiciário fosse a seara de resolução das demandas sociais, isto porque não haveria comprometimento da elite política quando das decisões, pois o custo político seria menor, defendendo o autor – inclusive – que são razões de ordem política que colaboram para o deslocamento das competências institucionais legislativas para o âmbito das Cortes, havendo uma tendência global para a juristocracia (Peduzzi, 2015, p. 803).

Independentemente das razões e dos interesses voltados à intervenção judicial na seara política, é certo que esta existe e é cada vez mais intensa, inclusive pela explosão de litigiosidade já tratada alhures. Entretanto, é qualquer intervenção judicial na seara das

políticas públicas que pode ser entendida como judicialização, afinal, toda e qualquer intervenção judicial em outro poder constituído é fruto da judicialização?

A resposta da pergunta em questão traz, consigo, a necessidade de se conceituar o que seria “judicialização”. Tate e Vallinder (1995, p. 28) definem a judicialização como a “reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base da Constituição” (tradução livre).

Ocorre que o conceito é plurívoco, havendo outras definições possíveis, como destaca Aragão:

O conceito de “judicialização” não é único. Com respeito à definição do vocábulo, Maciel e Koerner apontam haver diversas acepções – desde a normativa (mais usada) até a que emprega o termo com conotação político-social. Na primeira definição, judicialização é utilizada para fazer referência, por exemplo, ao dever legal de que certo tema seja examinado judicialmente ou à preferência por se usar a via judicial na solução de determinada lide. Quanto ao sentido político-social, eles explanam que a palavra é utilizada tanto para designar a propagação da ação do Poder Judiciário quanto o crescimento da quantidade de processos nos tribunais (2013, p. 65).

E, além de se tratar de um conceito plurívoco, a ideia de judicialização pode ser concebida em inúmeros sentidos⁷, como esclarecem Maciel e Koerner:

Os juristas usam o termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. Próximo a esse sentido, mas já com caráter normativo, afirma-se que judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, que indicaria certa preferência do autor por esse tipo de via. Refere-se a decisões particulares de tribunais, cujo conteúdo o analista consideraria político, ou referente a decisões privadas dos cidadãos (como questões de família). Decisões judiciais particulares poderiam ser sujeitas a escrutínio e seu conteúdo poderia ser avaliado como “grau de judicialização”. [...] A expressão recebe um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais (2002, p. 115).

É certo que, em que pese os inúmeros sentidos possíveis de judicialização, aqui não se explorará o sentido social e político do termo, buscando ater-se à discussão jurídica acerca

⁷ “No campo da saúde, entende-se por judicialização da saúde o fenômeno da busca da garantia do direito à saúde e do acesso a medicamentos por intermédio do Poder Judiciário, ou seja, são ações judiciais, individuais ou coletivas, por bens e serviços de saúde, principalmente medicamentos, que podem estar presentes ou não em listas oficiais de fornecimento, para os diversos tipos de indicações terapêuticas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse sentido, o Judiciário vem se tornando cada vez mais presente no contexto da gestão de políticas públicas de saúde” (Beutel, 2022, p. 15).

da judicialização, sendo esta entendida como a atuação do Poder Judiciário com fito de concretizar a Constituição Federal, quando da omissão ou insuficiência da atuação dos outros poderes.

Ocorre que, para melhor definir judicialização, faz-se inevitável compará-la com outra forma de atuação judicial também muito estudada pela doutrina – algumas vezes até como sinônimo de judicialização – o chamado “ativismo judicial”.

1.2 Judicialização e ativismo: um o corpo, o outro a doença

É certo que judicialização e ativismo são espécies do chamado controle judicial de políticas públicas, entretanto, a doutrina se divide ao conceituar tanto o ativismo quanto a judicialização e, muitas vezes, acaba por entendê-los como semelhantes, seja quanto às suas causas, seja quanto à sua manifestação, seja quanto aos seus efeitos.

Neste sentido, destaca Bernardi e Bernardi (2012, p. 87) que o ativismo judicial cresce, exatamente, pela ineficiência legislativa em cumprir seu papel, razão já apontada para a prática da judicialização, veja-se, “Um das principais causas do crescimento do ativismo judicial no Direito brasileiro é, sem dúvida, a comprovada ineficácia do Poder Legislativo no cumprimento de sua função precípua de estabelecer regras abstratas de conduta.”

E, ao mesmo tempo, em que parte da teoria entende que o ativismo é semelhante à judicialização, também se entende que o ativismo pode ser bom⁸ e até, de certo modo, manifestação de uma posição progressista⁹, como destaca Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma

⁸ “Coutinho destaca que, há magistrados com perfil dito “ativista”, ou seja, que consideram que parte de seu papel é justamente definir os rumos de determinada política pública. Estes juízes atuam diante de uma suposta omissão da Administração Pública frente aos administrados, corrigindo equívocos de decisões ou de omissões dos agentes públicos que supostamente ferem algum direito fundamental. Do outro lado, há magistrados que se limitam à análise meramente formal dos atos administrativos, ou seja, não se dedicam à análise de mérito das decisões da Administração Pública, mas ao papel de assegurar que os procedimentos que direta ou indiretamente a regulam sejam respeitados” (Longobucco; Dias, 2021, p. 88).

⁹ “Bem vistas as coisas, o ativismo não é do juiz, mas da lei e da Constituição (e até mesmo, muitas vezes, dos estatutos normativos das instituições a serem reestruturadas) ao estabelecerem qual a finalidade a ser alcançada. O reconhecimento do problema estrutural direciona todos os esforços para a promoção deste estado ideal de coisas que é um comando jurídico para ajustar a situação constatada ao ordenamento jurídico” (Didier Jr; Zaneti Jr. Oliveira, 2020, p. 12).

circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes (2012, p. 25-26).

Nota-se que Luís Roberto Barroso entende que os dois fenômenos são benéficos, entretanto – enquanto a judicialização é uma consequência do modelo constitucional adotado – o ativismo judicial se associa à forma do Judiciário se portar¹⁰, sendo uma representação de comprometimento com os valores e fins constitucionais¹¹ a partir da maior interferência nos outros poderes. Ou seja, o juiz ativista seria aquele que voluntariamente interfere nos outros dois poderes a pretexto de consagrar os anseios constitucionais.

Em sentido semelhante, Aragão (2013, p. 61) traz o entendimento de Arthur Schlesinger que esclarece que o ativismo judicial, na realidade, acontece quando o juiz utiliza a Constituição para preservar direitos, de modo que poderia fazê-lo a partir de um ativismo revelador – apoiando-se em preceitos constitucionais ou na lacuna legal para julgar – e no inovador – em que criaria uma norma, um direito novo, completando o entendimento de um preceito constitucional lacunoso – em um sistema, ressalte-se, de cláusulas abertas.

Ocorre que, como destaca Tassinari (2013, p. 31), os elementos apontados por Luís Roberto Barroso não colaboram para esclarecer de forma adequada o que é a postura ativista, visto que – na atual quadra do constitucionalismo – é dever de qualquer juiz buscar a aplicação da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento dos anseios constitucionais. E, na missão de trazer uma melhor

¹⁰ “Pressupondo diversas mudanças teóricas no direito constitucional, Luís Roberto Barroso (2009b, p.394) entende que o ativismo judicial, que vê com bons olhos, está associado a uma maior participação do Judiciário na concretização de fins e valores constitucionais, interferindo no espaço de atuação de outros Poderes ao (i) aplicar diretamente a Constituição, independentemente de manifestação do Poder Legislativo, (ii) declarar a inconstitucionalidade das leis ao utilizar parâmetros menos rígidos que a patente violação ao texto constitucional e (iii) interferir em políticas públicas, impondo condutas aos outros Poderes” (Lourenço Júnior, 2018, p. 71).

¹¹ “O ativismo judicial (não o desenfreado) pode colaborar para a necessária constitucionalização do direito infraconstitucional, a fim de que a Constituição seja realmente o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, caminhando-se em direção a um direito promovedor-transformador, e não mais somente a um direito formalista-ordenador” (Camargo; Domingos 2012, p. 68).

diferenciação acerca do ativismo judicial e da judicialização da política, destaca a mesma autora a necessidade de fazê-lo a partir do viés da teoria do direito (Tassinari, 2013, p. 56).

Isto porque, como destaca Lenio Streck, a grande diferenciação entre ativismo judicial e judicialização está na forma de decidir, sendo muito mais uma diferenciação afeta à seara da interpretação do direito e da teoria da decisão (Tassinari, 2013, p. 59), veja-se:

[...] É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. [...] (Streck, 2017, p. 87).

E quanto se entende que a diferenciação entre judicialização e ativismo se dá dentro das investigações a partir da interpretação do direito e do ato decisório, se passa a desenvolver a crítica ao fenômeno do ativismo em razão de seu caráter pernicioso ao Estado Democrático de Direito, como destaca Georges Abboud:

De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo (2014, p. 421).

O ativismo, portanto, ocorreria quando o juiz – ao interferir na esfera de atuação de outro poder – o fizesse com base em suas convicções pessoais, fazendo-o pela crença de que lhe é permitido definir os rumos do Estado, independentemente do Direito, sendo – em realidade – um ato de afirmação das convicções políticas, morais do juiz (Peduzzi, 2015, p. 801).

E é exatamente por este elemento subjetivista no ato decisório que o ativismo é entendido por Ronald Dworkin como uma forma ruim de pragmatismo, visto que ignora o mais importante dos elementos decisórios, qual seja, a Constituição.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições

da nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional e não ignorá-la (Dworkin, 2002, p. 215).

E a doutrina norte-americana é eficiente ao esclarecer as situações em que há a chamada prática ativista, como destaca Clóvis Humberto Lourenço Júnior, sob os ensinamentos de Kmiec:

Keenan D. Kmiec (2004, p.1.463-1.476) afirma que a doutrina constitucional norte-americana costuma apontar a existência da prática ativista quando (i) invalida-se, na seara judicial, uma lei regularmente promulgada, (ii) o juiz ignora precedentes firmados, (iii) o juiz cria o direito, (iv) interpreta-se o texto legal afastando-se de métodos interpretativos comumente aceitos e (v) julga-se em atenção aos resultados e consequências (2018, p. 70).

A prática ativista, portanto, traz consigo certo exercício criativo por parte do criador e tal exercício deveras “inovador” na ordem jurídica não se dá a partir das balizas constitucionais sendo, inclusive, uma certa extrapolação das amplitudes de sentidos projetadas pelo próprio texto normativo, violando o pressuposto de que toda e qualquer interpretação constitucional obedeça ao limite da textualidade (Ramos, 2010, p. 310).

E ao se defender isso não se está afirmando que o papel do Poder Judiciário deve ser reduzido ao tempo em que se propagava a ideia de que o juiz haveria de ser, apenas, "*bouche de la loi*"¹², mas que assim como todo e qualquer poder, deve também o Judiciário se submeter à autonomia do direito (Lima, 2015, p. 117). Outrossim, a aceitação de que o Judiciário pudesse julgar a partir das convicções de seus próprios membros terminaria, por certo, em subverter a própria ideia do constitucionalismo que era, por certo, a limitação do poder a partir da Constituição e pelas leis que com ela deveriam se compatibilizar.

Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição (Streck, 2017, p.228).

¹² Boca da lei, em francês.

Isto porque, como destaca Peduzzi (2015, p. 800), admitir a prática ativista seria, por certo, ir contra a própria ideia de Estado Democrático de Direito¹³ que muito se confunde com o pressuposto da segurança jurídica, em que os cidadãos têm expectativas normativas que gozam de estabilidade acerca dos direitos e deveres.

E, como já destacado, não se está defendendo que deva o juiz se vincular à legalidade estrita – em uma espécie de positivismo exegético – mas que o afastamento da legalidade não se dá em qualquer caso, sob pena de vilipendiar o próprio Estado Democrático de Direito.

Por óbvio que, ao caracterizarmos o ativismo como *afastamento da legalidade vigente*, não estamos afirmando que o jurista esteja vinculado à legalidade estrita. O que asseveramos é que, ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar a lei, salvo se ela for inconstitucional. Por consequência, o *texto constitucional* configura limite intransponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (Abboud, 2014, p. 422).

Nota-se, portanto, que ativismo e judicialização não podem ser confundidos – sob o ponto de vista da teoria do direito – mas se originam a partir de um ponto comum – isto porque o ativismo ocorre exatamente quando há a judicialização, sendo esta última caracterizada pelo ato de chamar o Judiciário a decidir sobre causas que produzem impacto nos outros poderes. A judicialização, como já mencionado, é fenômeno contingencial que deriva do modelo constitucional adotado¹⁴, entretanto, quando – no exercício da judicatura em temas da política judicializados – o juiz decide a partir de suas convicções pessoais, a partir deste ponto, estaremos tratando de ativismo¹⁵.

Exatamente por isso que Clarissa Tassinari (2013) defende que a judicialização é inevitável, esta acontecerá necessariamente por força da estrutura constitucional desenhada

¹³ “[...] a racionalização e a sistematização do direito em geral e [...] uma crescente calculabilidade do funcionamento do processo jurídico em particular, constituíram uma das mais importantes condições para a existência de [...] empreendimentos capitalistas, que não podem passar sem segurança jurídica” (WEBER *apud* Trubek, 2007, p. 168).

¹⁴ “Entretanto, à distinção do que se compreende por ativismo judicial, a judicialização não é resultado da atuação de juízes e tribunais, mas ocorre independente disso, de modo contingencial, porque necessária a provocação das instâncias judiciais” (Tassinari, 2013, p. 56).

¹⁵ “Importante, neste ponto, traçar a distinção entre a judicialização da política e o ativismo. A primeira pressupõe a destinação de demandas com cunho político ao Poder Judiciário, as quais, em outras épocas, seriam resolvidos no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Afere-se a judicialização tanto por meio de critérios quantitativos (quantidade de ações) como qualitativos (ações que versam sobre políticas públicas, questões interna corporis de outros Poderes etc.). Já o ativismo pressupõe uma postura do Poder Judiciário, especialmente ao decidir demandas que decorrem da judicialização da política. Assim, por mais que os conceitos não possam ser equiparados, estão eles atrelados, pois posturas ativistas dependem, em larga medida, da judicialização da política (Melo Filho, 2013, p.12-13)” (Lourenço Júnior, 2018, p.73).

pelo Poder Constituinte, em que cabe ao Judiciário dar a última palavra nos conflitos entre poderes e inclusive zelar pelo cumprimento da Constituição, já o ativismo ocorre pela conduta do julgador ao exercer seu múnus, veja-se:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo no que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável (Tassinari, 2013, p. 56).

O ativismo, ressalte-se, mais se relaciona à forma como os juízes julgam os casos em que há necessária decisão acerca das funções típicas dos outros poderes do que com algo inevitável de acontecer em decorrência do sistema constitucional (Lima, 2015, p. 116-117). O que se quer dizer é que, em um Estado Constitucional como o nosso, necessariamente ocorrerá judicialização, já o ativismo não é – por certo – uma consequência necessária do modelo constitucional adotado.

Afinal, a decisão ativista entendida como aquela em que o juiz escolhe, ao invés de decidir¹⁶ pode ser evitada até porque não é benéfica para a democracia e não há – no Estado Democrático de Direito – autorização para sua prolação. Isto porque substituir a vontade do direito pela vontade do julgador é, por certo, malfadar o fundamento básico da democracia constitucional.

Já com relação ao exercício da magistratura, as coisas devem ser vistas por outro ângulo, pois a decisão judicial é sempre o exercício de uma função pública. Para um regime democrático, não interessa o posicionamento político-ideológico de um juiz, pois a sua atuação no âmbito do Poder Judiciário nunca poderá ser constituída como reflexo de suas preferências pessoais. A atuação no Poder Judiciário é superior à esfera privada do juiz. Esse é o compromisso que todo magistrado deve assumir numa república democrática (Lima, 2015, p. 125).

E entendendo o ativismo como um problema afeto à Teoria da Decisão Judicial e, também, concluindo que este não é uma consequência necessária do modelo constitucional

¹⁶ O ativismo sempre é ruim para a Democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais” (Streck, 2019, p. 16).

adotado, chega-se ao pensamento de que judicialização e ativismo não são a mesma coisa, razão pela qual não podem ser assim tratados (Aragão, 2013, p. 68).

E neste sentido, Lenio Streck é translúcido quanto à diferenciação:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentre do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (2019, p. 16-17).

A judicialização é, portanto, consequência própria de se adotar uma constituição normativa que consagra um rol extensivo de direitos fundamentais e propicia a intervenção do Judiciário – para fins de controle – nas funções típicas dos outros poderes¹⁷, já o ativismo é gestado no seio da própria comunidade jurídica, ou seja, enquanto a judicialização é fenômeno exógeno – gerado de fora pra dentro – o ativismo é um fenômeno endógeno, que surge de dentro pra fora, a partir da conduta dos julgadores e, frise-se, ele não é consequência imprescindível do Estado Democrático de Direito.

E há de se esclarecer que combater o ativismo não é, em verdade, diminuir a posição do Poder Judiciário no desenho constitucional adotado, até porque o Judiciário desenvolve papel importante, inclusive, para o adequado funcionamento do Estado e concretização da Constituição Federal. O que se busca com a repulsa ao ativismo é, exatamente, a afirmação do Estado Constitucional de Direito. O que se quer, em verdade, é dizer que o Judiciário não pode escolher a decisão adequada ao caso a seu bel-prazer, com fins de satisfazer as convicções pessoais do julgador. A delimitação entre o que é judicialização e o que é ativismo, portanto, ocorre a partir de uma análise qualitativa da decisão judicial, com destaque à sua fundamentação.

[...] discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Por isso, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que

¹⁷ “Mais especificamente, o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições” (Tassinari, 2013, p. 28).

a crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’. Ora, interpretar é dar sentido (Sinnggebung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, “comandados” por uma Constituição. [...]. O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo! (Streck, 2010, p. 158).

E é na importância de se entender a decisão judicial em sua fundamentação e – a partir daí conseguir classificá-la como ativista ou não¹⁸ – é que se dá a análise a partir da Crítica Hermenêutica do Direito defendida por Lenio Streck, em que se busca encarar o Judiciário como órgão transformador da realidade, mas não a partir de uma postura ativista¹⁹, devendo este atuar no sentido de efetivar os anseios constitucionais pelos instrumentos jurídicos já previstos no ordenamento jurídico (Lima, 2015, p. 136).

Isto porque o Judiciário é elemento fundamental para a concretização e funcionamento da democracia constitucional e o direito não é, por certo, aquilo que os tribunais dizem, mas o contrário, devem os tribunais dizer de acordo com o direito, até pela autonomia do próprio direito, com fins de construção da sociedade delineada pelo legislador constituinte.

A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções como substituição do papel do cidadão em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. A Constituição é nossa, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais, se não, não é Constituição (Cattoni de Oliveira, 2007, p. 75).

¹⁸ “Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; Segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; E quarto, a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais” (Tassinari, 2013, p. 36-37).

¹⁹ “Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial aparece como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador. Assim, em um ambiente predominantemente tomado por posturas que incentivam e aceitam a necessidade do ativismo judicial para concretizar direitos no Brasil, Lenio Streck, em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país. É a proposta teórica deste autor que possibilitou os apontamentos até aqui apresentados e que dará suporte ao último capítulo, como um enfrentamento das posturas ativistas de juízes e tribunais” (Tassinari, 2013, p. 108).

Neste sentido, entende-se que o controle judicial de políticas públicas é algo inevitável ao Estado Constitucional – até pela amplitude da Constituição brasileira – e se dá a partir da judicialização, ou seja, faz parte do corpo do Estado Constitucional, não podendo dele se retirar. Entretanto, a forma com o Judiciário atua em meio à judicialização, a forma como decide, isto sim, pode representar ativismo e, aí, já estará se falando de uma doença do Estado Constitucional que pode, até mesmo, aniquilá-lo.

E aqui não há de se aceitar o discurso acerca das “boas intenções” dos juízes quando da decisão ativista, isto porque, o ativismo é discricionariedade e a discricionariedade pode, por um lado ser boa, por outro ser ruim – a depender da orientação ideológica de quem emite a decisão e de quem a recebe – mas, de qualquer forma, não será legítima.

Ou seja, o ativismo não possui ideologia ou orientação política predefinida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito), ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado da ocasião (Abboud, 2014, p. 426).

E, portanto, a referida diferenciação entre judicialização e ativismo é fundamental não só para marcar a posição de que não se tratam de fenômenos semelhantes e que o primeiro é ínsito ao Estado Constitucional de Direito, enquanto o segundo não. Além disso, busca-se deixar claro que a diferenciação entre um e outro apenas se dá a partir da adequada análise nos termos da Teoria da Decisão Judicial, diferenciando-os a partir da fundamentação das decisões judiciais, que é onde elas verdadeiramente nascem e se sustentam²⁰.

Outrossim, a posição acerca da necessidade de se identificar e combater o ativismo é a reafirmação do compromisso com a realização do Estado Constitucional de Direito a partir da realização de um constitucionalismo democrático²¹.

²⁰ A judicialização não deve ser confundida com o ativismo, já que aquela decorre do dever inarredável do Estado de prestar a tutela jurisdicional, enquanto este se dá pela postura proativa do magistrado (Gandini; Barione; Souza, 2010) que vem a decidir a partir de suas próprias convicções, invadindo o âmbito de atuação dos outros poderes (Faria; Marchetto, 2021, p. 162).

²¹ “Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário. O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista, no período do “governo dos juízes”. Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua participação decisiva, diretamente, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política” (Ramos, 2010, p. 316-317).

Acreditando-se que as balizas acerca da análise conceitual entre judicialização e ativismo se encontram minimamente fixadas, vê-se possível passar a análise mais profunda quanto ao controle judicial da política pública de saúde.

1.3 A saúde como política pública judicializada

A discussão acerca do item anterior quanto ao controle judicial de políticas públicas é fundamental para que se analise, também, a atuação do Poder Judiciário no tocante a um setor específico da política pública, qual seja, a política de saúde.

A saúde, com a Constituição de 1988, ganhou status de direito fundamental social, e – de forma expressa – foi imposto ao Poder Público o múnus de garantir a efetividade de tal direito a partir de políticas sociais e econômicas, como reza o Artigo 196 da Carta Constitucional²².

O legislador constitucional, diante da necessidade de uma atuação positiva do Estado, atribuiu ao Poder Público o dever, não só de garantir o acesso aos serviços e ações de saúde por meio de políticas públicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, deu-lhe também a tarefa de normatização, fiscalização e controle das ações de saúde, tanto no âmbito público, como no âmbito privado (Costa, 2017, p. 141).

E, por certo, a garantia constitucional do direito à saúde – ao torná-lo justiciável – possibilitou a atuação do Poder Judiciário a fim de evitar a ameaça ou lesão a direitos, exatamente na análise da omissão ou eventual insuficiência na atuação dos outros poderes (Costa, 2017, p. 141), ou até mesmo por mera intromissão judicial²³, quando as políticas públicas estão em funcionamento, mas não são respeitadas pelo Poder Judiciário quando da análise dos pleitos submetidos à justiça pelos cidadãos (Bezerra; Saraiva, 2021, p. 229).

Afinal, não se pode olvidar que aqui também incide a diferença ínsita ao controle judicial de políticas públicas, ou seja, a depender da forma de atuação pode ocorrer a chamada

²² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²³ “Os poderes encontram prerrogativas constitucionais para participar das atribuições uns dos outros, desempenhando funções atípicas, a fim de que garantir a atuação eficiente e eficaz do Estado. No entanto, essas funções atípicas são secundárias ou subsidiárias, devendo ser exercidas nos limites do texto constitucional, visando a manutenção do equilíbrio entre os poderes” (Costa, 2017, p. 143).

judicialização da saúde ou o conhecido ativismo judicial, tudo conforme o modo de atuação do Poder Judiciário quanto à fundamentação de suas decisões e, inclusive, quanto ao entendimento acerca do nível de vinculatividade das disposições constitucionais.

Cumpra ressaltar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo. Entretanto, o debate judicial sobre a aplicação de políticas públicas é o que se revela mais intrinsecamente jurídico, porque é onde se leva ao limite a questão da vinculatividade, isto é, o poder de coerção da norma jurídica, em relação ao direito, em especial aos direitos sociais (Bucci, 2006, p. 22).

Ocorre que a Constituição Federal, apesar de sua vinculatividade inequívoca, é clara ao estabelecer que o direito fundamental à saúde será efetivado a partir de políticas sociais e econômicas²⁴, ou seja, sua efetivação ocorrerá nos termos das políticas públicas delineadas entre Executivo e Legislativo e executadas pelo primeiro, e é certo que o direito fundamental à saúde foi e continua sendo construído a partir das políticas públicas no Brasil²⁵.

A Constituição Federal de 1988 recebeu e recolheu os elementos deste movimento sanitarista, incorporou as propostas e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis nº 8.080/1990 e 8.142/1990. Dispôs sobre os direitos sociais, incluindo a saúde, no artigo 6º, e nos artigos 196 a 200, conjunto que é encimado pelo disposto no artigo 1º, inciso II, o respeito à dignidade humana (Tessler, 2010, p. 12).

Em que pese a existência de um sistema único de saúde robusto e expressiva normatização no tocante à legislação sanitária no Brasil, o Judiciário permanece sendo importante palco para a resolução de questões afetas à política pública de saúde – em notório controle judicial da política pública – e isto por inúmeras razões.

O reconhecimento de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas; a preferência dos atores políticos para que o Judiciário

²⁴ “A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do art. 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas” (Barroso, 2009, p. 44).

²⁵ “Extraí-se, neste contexto, a necessidade de implementação de políticas públicas realizadas por leis e atos infraconstitucionais previstos no art. 165 da Constituição e instrumentos de planejamento e orçamento, nos quais se tem: o Plano Plurianual (PPA), com o equivalente Plano de Saúde (PS); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que têm como equivalente o Programa Anual de Saúde (PAS); e, por fim, o Relatório Anual de Gestão, devendo todos respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, na qual incumbe o dever de prestação de contas das ações governamentais e responsabilidade por eventuais desequilíbrios fiscais, para que se consiga de fato ter o alcance na proteção do direito à saúde” (Amorim; Leite, 2021, p. 267).

seja a instância decisória de questões polêmicas em que exista discordância moral razoável na sociedade; e o esgotamento das tentativas de conciliação de interesses entre usuários e instâncias governamentais são algumas explicações para esse fenômeno (Borchio; Rezende; Zocratto, 2021, p. 177).

O subfinanciamento do sistema público de saúde²⁶, por certo, é uma das razões que gera ainda mais desigualdades no acesso ao referido direito (Borchio; Rezende; Zocratto, 2021, p. 177), entretanto muito da litigância relativa ao subfinanciamento se dá pela falta de recursos ou desorganização administrativa para cumprimento da política pública já estabelecida, o que não é objeto de estudo deste trabalho²⁷.

Isto porque quando o Poder Judiciário obriga o Poder Público a fornecer, a título de exemplo, um medicamento que já se encontra incorporado ao SUS e previsto nas listas para oferta à população em geral, é certo que está o Estado-Juiz agindo dentro dos termos legais e na tentativa de efetivar um direito constitucional assegurado²⁸, lado outro, a oferta de fármacos que não constam da política pública pode, a depender do caso, representar indevida intromissão judicial na política pública estabelecida.²⁹

É sabido que o Judiciário se apresenta como um importante ator para a garantia de insumos de saúde que não se encontram incorporados ao SUS e, portanto, disponíveis de forma universal.

Aith et al (42) concluíram que, perante os processos formais de incorporação de novas tecnologias ao sistema público de saúde, os princípios de integralidade e

²⁶ “Os crescentes gastos em saúde são um grande desafio para os governos e sistemas de saúde. São consequência de diversos fatores como a transição demográfica e epidemiológica da população, a universalização da cobertura dos serviços de saúde, o surgimento de novas tecnologias em saúde e os fatores socioeconômicos e culturais” (Pereira *et al*, 2015, p. 3.069).

²⁷ “Há posturas decorrentes do registro de grandes distorções que são categóricas: as decisões do Judiciário não contribuem com as políticas públicas de medicamentos, prejudicando a tomada de decisões políticas, sobrepondo as necessidades dos autores dos processos às necessidades coletivas (Marques, 2005). Por outro lado, solicitações judiciais de medicamentos que constam das listas dos programas de assistência farmacêutica indicam problemas de gerenciamento ou omissão dos gestores” (Santos, 2010, p. 279/280).

²⁸ “Alguns estudos mostram que há uma porcentagem da judicialização que se refere a tecnologias que constam na RENAME e na RENASES, mas que o/a demandante não tem consigo acessar nos serviços de saúde, incluindo vagas em unidades de cuidado intensivo e cirurgias (Pepe *et al*, 2010, Ruas *et al*, 2011); uma realidade que também ocorre em outros países da região (Revez *et al*. 2013), No entanto, uma parte significativa dos processos judiciais demanda ao SUS medicamentos caros que não são cobertos pelo sistema, remédios *off-label* para indicações não prescritas em bula, e drogas com eficácia e segurança ainda não comprovadas; ou seja, tecnologias que não atendem aos critérios de seleção definidos pelos sistema de saúde” (Araújo, Distrutti, Elias, 2017, p.12).

²⁹ “Desse modo, o crescimento desordenado das ações judiciais nos últimos anos, à medida que impõe gastos inesperados aos orçamentos municipais, estaduais e ao federal, causa grande impacto à gestão do SUS, podendo resultar em agravamento das iniquidades. Ao mesmo tempo, passa a ser inevitável considerar a importância da judicialização como sinalizador das necessidades individuais e coletivas de saúde” (Gomes *et al.*, 2014, p. 32).

universalidade enfrentam dificuldades para concretizar-se, ainda que a Lei nº 12.401/2011 seja um avanço na promoção da racionalização do sistema. É constatado que a judicialização é meio importante para o acesso a medicamentos e serviços não incorporados ao SUS (Borchio; Rezende; Zocratto, 2021, p. 184).

E, para o presente trabalho, é o aprofundamento da discussão acerca da atuação judicial em pleitos não contemplados pela política pública de saúde que interessa, pois é aqui que se poderá diferenciar, dentro do controle judicial da política pública, se ocorre judicialização ou ativismo³⁰.

E a própria doutrina sanitária se divide acerca da atuação judicial quanto ao direito fundamental à saúde, como esclarece Rodrigues, dividindo as correntes em grupos:

O primeiro tem por posição defender as decisões judiciais que obrigam o Estado a prestar obrigações específicas de saúde. Nesse grande grupo, no qual se exalta uma espécie de democracia sanitária, alguns argumentam, em suma, que o direito à saúde, aliado à inafastabilidade da jurisdição, pode e deve exigir a intervenção judicial em qualquer hipótese [...]. Outros, apesar de reconhecerem o impacto regressivo de decisões judiciais, especialmente em demandas individuais, entendem que tal litigância possui potencial de transformação institucional de longo prazo. Ou seja, mesmo que em curto prazo haja riscos de regressividade, essas demandas teriam a capacidade de provocar mudanças institucionais positivas nas políticas públicas de saúde. O segundo grupo, que vem ganhando mais força ultimamente é crítico às decisões judiciais, particularmente tomadas em demandas individuais, uma vez que essas decisões ignoram as prescrições legislativas sobre a prestação de políticas públicas, provocando desorganização orçamentária e efeitos regressivos duradouros (Rodrigues, 2021, p. 226).

Outro fator que estimula a crítica doutrinária em matéria de intervenção judicial na política de saúde é, não só o impacto orçamentário, como também o organizacional³¹, visto que interferem diretamente na estrutura do Estado para atender às demandas judiciais por insumos de saúde (Wang, 2021, p. 852) e, claro, inevitável que a referida intervenção judicial

³⁰ “Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção” (Barroso, 2009, p. 43).

³¹ “Se há um problema distributivo relevante no debate sobre judicialização, ele não parece estar na origem de classe dos usuários que recorrem ao Judiciário, mas i) na composição de interesses de laboratórios e empresas distribuidoras de medicamentos de alto custo cuja eficácia clínica ainda está sob avaliação; ii) nas dificuldades do Estado em administrar a política de assistência farmacêutica quanto aos critérios de incorporação tecnológica, transparência e publicidade dos atos; e iii) nas dificuldades do Estado em administrar uma política farmacêutica quando instrumentos típicos de administração – planejamento, compras em escala, controle de estoques, chamadas de preços – não podem ser usados em decorrência de determinações judiciais” (Medeiros *et al.*, 2013, p. 1.097).

gere desalocações – estas sim orçamentárias – que podem prejudicar diretamente a equidade do sistema público de saúde.

A judicialização gera um gasto muito difícil de planejar, com custos de oportunidade enormes e crescentes, suportados por outros usuários do SUS. O orçamento da saúde não consegue acompanhar a expansão dos gastos ordenados pelo Judiciário e o custo da judicialização espreme os recursos para outras ações e serviços de saúde, como assistência farmacêutica, assistência médico-hospitalar, atenção primária, medidas preventivas etc. Essa grande realocação de recursos dentro do orçamento do SUS tem implicações na equidade em saúde (Wang, 2021, p. 853).

Inclusive os números representativos das referidas desalocações despertam atenção pela sua magnitude, até mesmo pelo crescimento do número de ações judiciais que versam sobre direito à saúde que remonta a aproximadamente 130% de 2008 a 2017 (Miranda *et al.*, 2021, p. 200).

Em números financeiros, segundo literatura abalizada, o Ministério da Saúde gastou de 2010 a 2018 a quantia de R\$ 8,5 bilhões de reais com a compra de fármacos por ordem judicial, o que representa 10% do orçamento da pasta para assistência farmacêutica, em geral (Wang, 2021, p. 851).

O governo de São Paulo, a título de exemplo, responde a 50.700 processos judiciais e gasta R\$ 114 milhões de reais ao mês no cumprimento de decisões judiciais em matéria de saúde (Silva; Pimenta, 2017, p. 145).

Um dos grandes motivos que trazem o Judiciário para o centro da referida discussão é exatamente o acentuado progresso tecnológico que apresenta inúmeras alternativas para o prolongamento da vida que não foram objeto de atenção do SUS ou, até mesmo, que o Sistema Público de Saúde decidiu por não incorporar – sendo essa a maioria da demanda apresentada ao Judiciário, a dos insumos não incorporados (Wang, 2021, p. 852) -, demonstrando que o progresso tecnológico desafia a racionalidade³² e a estabilidade do orçamento público.

³² “Esses fatos são particularmente importantes no que diz respeito principalmente aos medicamentos não padronizados de alto custo, para os quais as despesas com o tratamento de um único indivíduo podem ser extremamente elevadas em detrimento dos gastos com a saúde coletiva [...] Nesse aspecto, a judicialização da saúde pode comprometer a execução de políticas de saúde no âmbito do SUS, uma vez que o cumprimento de determinações judiciais para o fornecimento de medicamentos, insumos e serviços de saúde acarreta gastos elevados e não programados” (Silva; Pimenta., 2017, p. 117).

O Poder Executivo, ao elaborar uma política pública em matéria de medicamentos, analisa o orçamento, seu plano é submetido à autorização do Poder Legislativo. Essas ações devem estar de acordo com a necessidade de toda a população, vinculando o administrador às exigências de licitação e transparência durante o processo de escolha dos medicamentos necessários à sua aquisição. Contudo, quando uma tutela judicial é dada em um caso particular esta ordem é quebrada, uma vez que este medicamento é adquirido em caráter de urgência, não sendo sua decisão objeto das exigências citadas, sendo esta uma despesa inesperada, gerando prejuízo a coletividade (Almeida; Acioli, 2012, p. 16).

Aqui se nota uma real desalocação orçamentária no sentido de que os atendimentos básicos no âmbito do SUS passam a não ser oferecidos de modo suficiente, exatamente pela exacerbação do limite orçamentário do sistema público de saúde, pressionado a oferecer novas e eficientes tecnologias aos cidadãos pela via judicial (Tessler, 2010, p. 8), o que demonstra um aumento da desigualdade³³.

Desse modo, o crescimento desordenado das ações judiciais nos últimos anos, à medida que impõe gastos inesperados aos orçamentos municipais, estaduais e ao federal, causa grande impacto à gestão do SUS, podendo resultar em agravamento das iniquidades. Ao mesmo tempo, passa a ser inevitável considerar a importância da judicialização como sinalizador das necessidades individuais e coletivas de saúde (Gomes *et al.*, 2014, p. 32).

É pelo excesso desmedido que Luís Roberto Barroso (2009, p. 35) destaca que o sistema pode morrer da cura, até mesmo por uma exacerbação de voluntarismo e falta de critérios na concessão de novas tecnologias, sem a consciência de que é impossível atender a todas as demandas.

Não estamos afirmando que já existem recursos suficientes no SUS. O que defendemos é simplesmente o seguinte: por mais recursos que sejam destinados à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma população, esteja ela em um país economicamente desenvolvido ou em um país em desenvolvimento, como o Brasil. Sempre haverá a necessidade de se fazer escolhas, e estas são muitas vezes difíceis na área da saúde (Maynard; Bloor, 1998) (Ferraz; Vieira, 2009, p. 231).

³³ “É equivocado dizer que o argumento da desigualdade não tem respaldo em dados. Ferraz e outros pesquisadores sustentam esse argumento em análises que usam diversos dados relativos à condição socioeconômica de litigantes: renda, índice de vulnerabilidade social e de necessidade em saúde do local de domicílio, representação por advogados privados e a origem da prescrição (se de serviço público ou privado de saúde) (Chieffi; Barata, 2009; Chieffi; Barata; Golbaum, 2011; Ferraz, 2011; Silva, V.; Terrazas, 2011; Wang; Ferraz, 2013). Isso lhes permite concluir que, em diversos lugares, o perfil de quem judicializa é diferente dos pacientes usuais do SUS, que têm acesso muito mais limitado a serviços de saúde e arcarão com os custos de oportunidade da concessão judicial de tratamentos. Ferraz, em seu livro mais recente, mostra dados de que a correlação entre nível socioeconômico elevado e judicialização existe em âmbito nacional, estadual e municipal (Ferraz, 2020). Pode-se, claro, discordar dessas análises e da generalidade das conclusões, mas é errado dizer que não há dados” (Wang, 2021, p. 854).

Inclusive, é certo que a resposta dada pelo Poder Judiciário, a partir da concessão mal refletida de fármacos – como que em um ato quase que homologatório – auxilia ao incremento da litigância em matéria de saúde pública, visto que os números demonstram que as possibilidades de ordens concessivas de tecnologias em saúde, ainda que em matéria de novas tecnologias, são altas.

E, em meio a este problema complexo, interessa a este trabalho exatamente a análise dos insumos de saúde que mais são pleiteados pela via judicial: Dos medicamentos (Machado, 2008, p. 88).

1.4 Os efeitos da judicialização da saúde pública na dispensação de medicamentos

A busca por medicamentos é, segundo a literatura especializada, representativa da maior quantidade de ações judiciais que versam acerca do direito fundamental à saúde pública em sua natureza prestacional (Medeiros; Diniz; Schwartz, 2013, p. 1.090), representando um relevante aumento nos gastos totais em saúde no país (Soares, 2013, p. 106).

A literatura chama atenção para a realidade de que a maioria das ações que pleiteiam medicamentos via Judiciário buscam fármacos que não estão contemplados na política pública de saúde, ou seja, não estão incorporados ao SUS³⁴ e, vez ou outra, nem sequer tem registro na ANVISA³⁵ o que demonstra uma busca do Judiciário para conseguir insumo que não é previsto de ser entregue pelo Poder Público³⁶.

³⁴“A representatividade desse volume de recursos pode ser mensurada a partir de outros relatos na literatura, como no estado de São Paulo, onde foi levantado que, em 2006, 77% dos medicamentos solicitados por via judicial não pertenciam ao elenco de medicamentos fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde ou pelo Ministério da Saúde [...]. No estado de Minas Gerais também foi possível observar que em 75,5% dos casos avaliados os medicamentos solicitados por processos judiciais durante o período de 2005 à 2006, não pertenciam ao elenco padronizado da Rename e 56,7% não estavam contemplados em programas da SES/MG” (Silva; Pimenta, 2017, p. 116-117).

³⁵ “De modo geral, as ações na justiça pleiteiam medicamentos. Entretanto, muitos desses medicamentos não compõem a lista fornecida pelo SUS e outros não têm autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para circular em no Brasil. Autorizar a aquisição de um medicamento que conste na lista da ANVISA, mesmo com valor elevado, leva o Judiciário a aproximar os direitos do cidadão de sua realidade concreta; por outro lado, autorizar a compra pelo poder público de um medicamento ou de qualquer insumo da saúde não regulamentado no Brasil, transforma o Judiciário muito mais num vocalizador de minorias privilegiadas do que num parceiro dos “grupos marginais” (Machado, 2008, p. 88).

³⁶ “Esse fenômeno acontece no Brasil e em países da América Latina, nos quais a figura do direito à saúde é base legal de seus sistemas públicos de saúde. Como os julgamentos dessas ações se baseiam no direito individual à saúde, e não no direito de uma população, não levam em conta critérios de priorização, de

Juntando medicamentos não incorporados e uso de medicamentos fora do protocolo, fica muito claro que a maior parte do gasto com judicialização é com demandas que buscam ir além da política de saúde, daquilo que deve ser de acesso universal e regular no SUS. Cabe lembrar que a Lei 8.080/90 (conforme alterações da Lei 12.401/11) determina que a assistência terapêutica integral consiste na dispensação de medicamentos e produtos conforme as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico e as listas e as relações de medicamentos do SUS (Wang, 2021, p. 852).

Outrossim, a procura por fármacos inovadores, ainda não incorporados ao SUS, representa a influência das novas tecnologias na discussão acerca do que deve ou não o Estado conceder aos indivíduos.

Outro fator que afeta a coerência da priorização é a judicialização para obter novas tecnologias, que vem sendo considerada por muitos atores como um mecanismo de priorização compulsória. Esse fenômeno acarreta diversas inconsistências ao sistema, entre os quais se pode mencionar: (i) a aquisição de tecnologias que não integram a RENAME e a RENASES; (ii) a aquisição de medicamentos não registrados pela ANVISA; (iii) a aquisição de medicamentos para os quais há insuficiente evidência de segurança e eficácia; (iv) a aquisição de medicamentos prescritos por profissionais do setor privado, o que afeta as diretrizes da política nacional de assistência farmacêutica; (v) a aquisição de medicamentos sem considerar as regras de financiamento do SUS (por exemplo, medicamentos de responsabilidade estadual sendo financiados com recursos municipais); (vi) a aquisição de medicamentos para doenças e agravos à saúde que não estão alinhados às prioridades sanitárias; e (vii) o fato de o direito à saúde ser implementado por uma instância que não se encontra aparelhada, *per si*, para definir os rumos da política sanitária no país (Vieira e Zucchi 2007, pág.221, Cruz, 2014, pág.230) (Araújo; Distrutti; Elias, 2017, p. 28).

É sabido que a integralidade³⁷ prevista pela Constituição Federal quanto aos serviços públicos de saúde não significa conceder ao indivíduo todo e qualquer insumo³⁸ (Tessler,

oportunidade, de adequação ou racionalidade. Assim, a judicialização da saúde desafia o princípio da equidade, ameaça a sustentabilidade dos sistemas, desloca prioridades e gera riscos à saúde. Porém, tem o mérito de mobilizar as atenções para o setor Saúde, sinalizando o que a sociedade espera do SUS” (DECIT, 2011, p. 3).

³⁷ “Desde que vigem as leis que complementam o texto constitucional sobre o SUS, um dos temas que mais despertam polêmica é a materialização do conceito de integralidade. As diversas opiniões variam em extremos; por um lado o SUS deve oferecer à população aquilo que os gestores do sistema (secretários municipais, estaduais, distrital e ministro da saúde) julgarem adequado, a partir de suas referências técnicas, políticas e financeiras. No outro extremo, o SUS deve fornecer toda e qualquer tecnologia que for demandada, desde que devidamente indicada por profissionais de saúde” (DECIT, 2011, p. 3).

³⁸ “Portanto, o legislador não definiu que todos os medicamentos comercializados devem ser fornecidos pelo Estado brasileiro. Seu intento foi o de assegurar a integralidade do atendimento a todos os cidadãos em território nacional, mas de forma racional, considerando os diversos aspectos técnico-científicos e visando a garantir a segurança do usuário do serviço” (Beutel, 2022, p. 15).

2010, p. 19), ocorre que parece ser esta a concepção aplicada pelo Poder Judiciário quando do controle judicial da política pública de saúde³⁹.

Passados mais de 20 anos das primeiras incursões no Judiciário que visavam a garantir aos portadores de HIV o acesso aos medicamentos e demais insumos necessários, o que se pode observar hoje, a partir de uma análise da jurisprudência dos tribunais de todo o país, é que o direito à saúde tem sido encarado como um direito ilimitado, que implica o fornecimento de todo e qualquer medicamento (Verbicaro; Santos, 2017, p. 189).

Até porque, cabe destacar, que a Constituição Federal dispõe que o direito fundamental à saúde será efetivado a partir de políticas sociais e econômicas e, certamente a definição de quais fármacos serão concedidos via Sistema Único de Saúde é, por certo, parte da referida política pública que, via de regra, deve ser prevista e executada, respectivamente, por Legislativo e Executivo.

Inclusive, a elaboração das listas de medicamentos a serem disponibilizados pelo SUS, a partir de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) é, em verdade, medida que busca racionalizar a gestão do sistema público de saúde e nortear a assistência médica, com base em evidência científica.

Os PCDT são oficializados por meio da edição de Portarias pelo Ministério da Saúde, após serem submetidos à consulta pública antes de serem publicados oficialmente [...] São desenvolvidos com base em evidência científica; estabelecem critérios de diagnóstico, tratamento e monitoramento clínico de agravos à saúde com a finalidade de nortear uma assistência médica e farmacêutica efetiva e de qualidade. Isso permite que os PCDT sejam um instrumento na gestão pública para a aquisição e dispensação de medicamentos em todos os níveis de assistência farmacêutica (Cardoso, 2017, p. 234-235).

³⁹ “A maioria dos estudos sobre judicialização da saúde apresentam informações sobre as divergências das decisões judiciais em relação aos custos, considerando o acesso a medicamentos de doenças prevalentes. Como resultado, observa-se uma predominância de determinações judiciais para o fornecimento de medicamentos sem recomendação sustentada por evidência científica e que não constavam nas listas do SUS, ou seja, que não estão incluídos no financiamento da assistência farmacêutica. Diversos estudos têm demonstrado que o judiciário tem considerado de forma limitada as evidências científicas na tomada de decisão, visto que, na sua maioria, a prescrição médica foi o critério mais utilizado para o deferimento do pedido liminar. Além disso, muitas ações judiciais poderiam ter sido evitadas se as alternativas terapêuticas contempladas nas listas do SUS (Rename) fossem levadas em conta pelos prescritores. (Beutel, 2022, p. 17).

A busca por racionalização é fundamental até pela impossibilidade fática do sistema público de saúde acompanhar o progresso tecnológico⁴⁰ que é, por certo, infinito⁴¹, em contraposição aos recursos públicos que tem o esgotamento como uma de suas principais características⁴², de modo que a definição da política pública de saúde implica, necessariamente, em escolhas que envolvem decisões alocativas que não podem privilegiar os interesses dos oligopólios farmacêuticos em detrimento ao interesse coletivo.

A modernização do SUS é objeto do desejo da sociedade, embora frequentemente ela pouco se preocupe com o provimento para que o processo de inovação em saúde se dê com racionalidade e segurança. A propaganda, como a divulgação dos milagres da tecnologia pelos meios de comunicação, tem um papel muito importante em forjar a ideia de que, quanto mais novos, mais sofisticados, mais tecnológicos forem os métodos de diagnose e terapia, melhores serão os resultados. Ao assistir o desfile dessas maravilhas chega-se a pensar que a técnica venceu definitivamente a dor e a morte, o que obviamente é uma falácia (DECIT, 2011, p. 2).

Outrossim, a elaboração das listas não ocorre ao acaso, mas se baseia em critérios técnico-científicos, com destaque ao custo-efetividade das novas tecnologias (Soares, 2013, p. 130). Além disso, além da lista nacional, há listas complementares dos entes federativos – Estados, DF e Municípios – e, também, aquelas relativas aos medicamentos de dispensação excepcional ou de alto custo (Santos, 2010, p. 279). Neste sentido, havendo política pública em andamento que estipule – a partir de critérios pré-estabelecidos – quais serão os fármacos fornecidos e em qual situação, é certo que decisão judicial que a subverta é, em verdade, atribuir ao Judiciário a decisão final acerca do que deve ou não ser concedido em matéria de saúde. “A decisão judicial que manda fornecer tratamento não incorporado é uma escolha

⁴⁰ “Segundo Rocha e colaboradores (2019), por meio de um estudo técnico realizado pelo Instituto de Estudos para Políticas de Saúde, estima-se que haverá um crescimento das necessidades de financiamento em saúde no Brasil para 11% do PIB em 2030, 12.2% em 2045, chegando a 12,8% em 2060, o que, em outros termos, alavancaria 3,67 pontos do PIB. Isso posto, reconhecendo o alto custo com a saúde, pode-se inferir que a intervenção judicial nessa seara faz emergir um aumento da despesa orçamentária que repercute no âmbito da atenção coletiva pública” (Amorim; Leite, 2021, p. 273).

⁴¹ “As tecnologias em saúde devem ser destacadas como particularmente relevantes na medida em que são cumulativas e não substitutas, ou seja, não se substitui necessariamente um medicamento porque um novo produto foi lançado no mercado. Ao contrário, esse último se soma ao arsenal já existente, ampliando-se cada vez mais a oferta e, por consequência, os custos (Castro, 2007)” (Ferraz; Vieira, 2009, p. 234).

⁴² “Ainda que soubéssemos exatamente quais políticas são eficazes para garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas. Isso porque, enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir (Newdick, 2005)” (Ferraz; Vieira, 2009, p. 226).

institucional do Judiciário de atribuir a si a decisão final sobre o que o sistema de saúde deve ou não custear” (Wang, 2021, p. 858).

Neste diapasão, a literatura sanitária chama atenção não só para o desrespeito à política pública previamente estabelecida quanto à dispensação de medicamentos, mas também quanto à forma com que as decisões são proferidas e, claro, aos interesses que aparentemente atendem.

Como destaca Maria Paula Dallari Bucci (2017), os processos judiciais que versam acerca de medicamentos não incorporados ao SUS, geralmente, recebem prolação de liminar em caráter satisfativo, esvaziando a discussão acerca da existência de lista prévia que não inclua o medicamento para dispensação, o que torna inócua a existência de política pública estabelecida.

Não se trata, portanto, de uma decisão baseada na inexistência ou deficiência da política pública, que caracterizariam a omissão do Poder Executivo. A massificação do tipo de resposta judicial, medida liminar, aponta que o conteúdo da política (as listas) deixa de ter alcance para o regramento de grande parte dos casos concretos postos em exame (Bucci, 2017, p. 72).

Pela conduta judicial é possível observar uma alteração no planejamento da política pública de saúde⁴³ e, por certo, um aumento da inequidade da oferta dos serviços de saúde, visto que – na maioria das vezes em ações individuais⁴⁴ – os cidadãos que batem às portas do Judiciário são contemplados com intervenções ultramodernas na área da saúde que não

⁴³ “A judicialização para exigir novas tecnologias que não estão incorporadas à RENAME e à RENASES, igualmente, compromete a eficácia de priorização em saúde. Enquanto para o SUS, a oferta de medicamentos e outras tecnologias para a população deve levar em consideração as evidências científicas, as prioridades do sistema e os princípios da universalidade e da equidade, que incentivam o poder público a considerar as restrições orçamentárias existentes, para o Judiciário o conceito da integralidade está associado à noção do consumo: o paciente deve ter acesso aos medicamentos e às tecnologias disponíveis no mercado (Vieira 2009). Desse ponto de vista, a judicialização não contribui para que os objetivos do sistema de priorização sejam cumpridos e alcancem os resultados esperados” (Araújo; Distrutti; Elias, 2017, p. 28).

⁴⁴ “Com isso surge um cenário um tanto quanto contraditório, pois, ao mesmo tempo que o atual contexto faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos, em contrapartida, a busca por sua efetivação predominantemente se dá pela via do litígio individual” (Tassinari, 2013, p. 47).

foram devidamente incorporadas ao SUS e que resultam em grandes desalocações orçamentárias⁴⁵, em prejuízo à execução da política de saúde originalmente prevista⁴⁶.

Com efeito, proliferam-se ações buscando a tutela de um direito individual ao fornecimento de medicamento. Em muitos desses casos de tutela individual, trata-se de medicamento não previsto em lista, gerando uma despesa excessiva ao Poder Executivo, além de burlar o planejamento, colocando em risco uma política pública que poderia ser voltada para a coletividade. Em um país que, como visto, possui escassos recursos para a saúde, o deferimento de uma ação individual pode significar o conflito entre a vida de um indivíduo e a vida da coletividade. Além disso, o avanço das tecnologias permitiu o surgimento de formas caríssimas de assistência médica, sendo absurdo tornar a saúde um bem fornecido a qualquer custo (Soares, 2013, p. 123).

Neste mesmo sentido, há de se destacar que a referida desalocação orçamentária com tecnologias não incorporadas ao SUS e em desrespeito à política pública previamente estabelecida privilegia um perfil de cidadão diferente do tradicional usuário do SUS (Wang, 2021, p. 854), sendo notório que há uma relação direta entre nível socioeconômico elevado e a busca ao Judiciário⁴⁷, com conseqüente aprofundamento das desigualdades.

A possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão desses se aprofundaria pela circunstância de o governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (Barroso, 2009, p. 46).

⁴⁵ “No Estado de São Paulo, esse número também há muito está na casa das várias centenas de milhões de reais, e sua maior parte é utilizada para comprar medicamentos não incorporados ao SUS, ou seja, que não passaram pelo processo de avaliação de tecnologia em saúde e para os quais não necessariamente existe previsão orçamentária” (Wang, 2021, p. 858).

⁴⁶ “A judicialização gera um gasto muito difícil de planejar, com custos de oportunidade enormes e crescentes, suportados por outros usuários do SUS. O orçamento da saúde não consegue acompanhar a expansão dos gastos ordenados pelo Judiciário e o custo da judicialização espreme os recursos para outras ações e serviços de saúde, como assistência farmacêutica, assistência médico-hospitalar, atenção primária, medidas preventivas etc. Essa grande realocação de recursos dentro do orçamento do SUS tem implicações na equidade em saúde” (Wang, 2021, p. 853).

⁴⁷ “Observação empírica em considerável quantidade de ações judiciais conduz a conclusão de que não se tratava de postulante pobre, e não se tratava de tradicional usuário do SUS. As ações da espécie são movidas em especial por pessoas que não querem e nem precisam, via de regra, utilizar todos os serviços do SUS, mas apenas alcançar o medicamento principalmente ou alguma terapia dispendiosa. Apresenta-se com prescrição de médico particular e buscam um medicamento não disponibilizado pelo SUS. Tem, pois, informação e relações privilegiadas, muitas vezes um plano de saúde” (Tessler, 2010, p. 99).

Inclusive, em estudo profundo, Silva e Pimenta demonstraram que há relação direta entre advogados, oligopólios farmacêuticos, médicos e associações sem fins lucrativos, com fins de estimular a busca de medicamentos não incorporados via Judiciário.

Os resultados evidenciaram também a existência de relações entre os advogados e diversos tipos de organizações, incluindo empresas da indústria farmacêutica, clínicas, médicos e associações sem fins lucrativos. Destaque-se que as clínicas e as empresas farmacêuticas podem desenvolver mecanismos para estimular a orientação dos advogados para a litigância, bem como a divulgação de informações que lhes é mais favorável por meio, inclusive, das próprias associações sem fins lucrativos. Cabe lembrar que essas relações podem estar envolvidas em um processo bastante lucrativo para o setor privado (Silva; Pimenta, 2017, p. 220-221).

Deste modo, a atuação do Judiciário no tocante aos medicamentos não incorporados pode resultar em notória instabilidade ao sistema público de saúde, até em decorrência do alto custo de tais insumos⁴⁸, na maioria das vezes em prol de uma necessidade individual⁴⁹, representando a escolha judicial por relativizar a política pública estabelecida pelos poderes competentes em ato que pode contrapor o direito de uns ao direito de muitos⁵⁰.

Banalizaram-se problemas e respostas. Diante da rotina de liminares garantindo a entrega de praticamente todo e qualquer medicamento e providência requerido, qualquer medida oferecida no âmbito do sistema de saúde, ainda que célere e razoável, tende a ser vista como emulação acanhada do verdadeiro direito subjetivo do interessado. Nada menos que a providência máxima será tido como aceitável. Seria como parafrasear o antigo ditado: aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo; à coletividade, a lei. O direito à saúde de uns oposto ao direito à saúde de muitos (Bucci, 2017, p. 34).

Com melhor conhecimento acerca da realidade do controle judicial de dispensação de medicamentos e, também, quanto à postura do Poder Judiciário frente aos fármacos não

⁴⁸ “A judicialização de medicamentos para doença rara, de alto custo e não abarcada pela política de assistência farmacêutica foi realizado por Diniz et al [...] Os resultados demonstraram a sujeição do governo brasileiro a monopólios de distribuição de medicamentos, perda na capacidade de administrar compras e falha ao administrar o consumo e o estoque” (Borchio; Rezende; Zocratto, 2021, p.181).

⁴⁹ “Em uma análise dos medicamentos que mais contribuíram nesse montante, foi realizada uma curva ABC (tabela 1), onde foi verificado que trinta medicamentos foram responsáveis pelo gasto de R\$ 39.121.099,74 pelo SUS-DF, representando 89,52% do total gasto com os duzentos e quarenta e quatro itens judicializados com pelo SUS-DF no período de 24 meses” (Silva; Pimenta, 2017, p. 117).

⁵⁰ “Esse fenômeno acontece no Brasil e em países da América Latina, nos quais a figura do direito à saúde é base legal de seus sistemas públicos de saúde. Como os julgamentos dessas ações se baseiam no direito individual à saúde, e não no direito de uma população, não levam em conta critérios de priorização, de oportunidade, de adequação ou racionalidade. Assim, a judicialização da saúde desafia o princípio da equidade, ameaça a sustentabilidade dos sistemas, desloca prioridades e gera riscos à saúde. Porém, tem o mérito de mobilizar as atenções para o setor Saúde, sinalizando o que a sociedade espera do SUS” (DECIT, 2011, p. 3).

incorporados ao SUS é que se entende possível a análise no tocante à forma de incorporação de tecnologias no referido Sistema, até para que se possa responder, pormenorizadamente, se a atuação judicial está ou não dentro dos limites de seu múnus constitucional⁵¹ - caracterizando fenômeno exógeno ao sistema - ou se, ao invés disso, deságua em ativismo, demonstrando prática patológica e exógena ao corpo constitucional.

⁵¹ “Portanto, é preciso repensar não somente o grau de intervenção do Judiciário, mas os instrumentos utilizados por ele para o controle de políticas públicas sociais. Ao tratar desse tema, é preciso ter em vista a realização da justiça geral, para que então possam ser revistas as políticas públicas sociais adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Do contrário, a atuação do Judiciário pode acarretar prejuízos em termos de justiça geral” (Soares, 2013, p. 132).

CAPÍTULO 2 A LEI FEDERAL 12.401/11: O ADVENTO DA CONITEC E SEUS DESAFIOS

A Lei Federal 12.401/11, promulgada em 28 de abril de 2011, alterou a Lei Federal 8.080/1990 – a Lei do SUS – e trouxe diretrizes acerca da dispensação de medicamentos e, também, no tocante à incorporação de novas tecnologias ao Sistema Único de Saúde.

É de se destacar que a referida legislação prevê como serão dispensados medicamentos para a população via SUS, trazendo destaque tanto aos protocolos clínicos quanto às listas oficiais de dispensação de medicamentos, deixando claro o que significa – segundo o legislador – a chamada integralidade do direito fundamental à saúde⁵².

Art. 19-M. A **assistência terapêutica integral** a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º **consiste em:**

I - **dispensação de medicamentos** e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja **em conformidade com as diretrizes terapêuticas** definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado **ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P⁵³**;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (grifos nossos) (Brasil, 2011).

A própria legislação chama atenção para a mutabilidade do protocolo clínico do SUS e das próprias listas ao estabelecer como serão incorporadas novas tecnologias ao Sistema de Saúde, oportunidade em que não só institui como também estabelece a forma de funcionamento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC).

⁵² “Tal escolha é plenamente justificável, pois, ao alterar a Lei nº 8.080, a Lei nº 12.401/2011 pretendeu estabelecer requisitos juridicamente aceitáveis para a integralidade. Ou seja, esse atributo será plenamente atendido quando o medicamento previsto estiver em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou ainda, de forma Suplementar, Com Respaldo Nas Listas De Medicamentos Dos Gestores Estaduais Ou Municipais Do Sistema” (Ciarlini, 2016, p. 208).

⁵³ Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde (Brasil, 2011).

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (Brasil, 2011).

No presente capítulo buscar-se-á analisar a forma de funcionamento da CONITEC, assim como a regularidade de seu funcionamento, ou seja, quanto já se produziu a título de relatórios de incorporação, não incorporação e alteração de protocolo desde sua instituição, assim como a composição da Comissão e os critérios técnicos utilizados para suas deliberações.

Além disso, se analisará como a instituição da CONITEC se relaciona com a dispensação judicial de medicamentos buscando entender como a intervenção judicial interage com a análise técnica.

Deve-se chamar atenção para o fato de que, como se nota, há legislação que estabelece os contornos da integralidade do SUS – principalmente quanto à dispensação de medicamentos – e também que fixa a forma de incorporação de novos fármacos ao sistema. Neste sentido, o afastamento de tal legislação – pelo Judiciário – por certo há de ser justificado – com a devida declaração de inconstitucionalidade⁵⁴ -, sob pena de configurar malfadado ativismo, como já destacou Georges Abboud:

Em um Estado Constitucional, não se pode perder de vista que a legislação vincula a atuação dos juízes e, por consequência, a eles só é permitido desaplicar a legislação quando reconhecem, mediante o controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da referida lei (2014, p. 434).

⁵⁴ “Não que o texto tenha valor em si, mas ele deve ter algum valor, pois não? A menos que se lhe decrete a inconstitucionalidade” (Streck, 2019, p. 40).

Neste diapasão, se iniciará o desenvolvimento do presente capítulo explicitando o contexto em que se exerceu a atividade legiferante para criação da CONITEC, passando a discorrer acerca da razão de sua existência em uma sociedade tecnológica, seguido de sua composição e funcionamento. Ato contínuo, será possível analisar – em números – os relatórios de não incorporação de medicamentos e como estes se relacionam com o controle judicial de dispensação de medicamentos.

2.1 A alteração do sistema SUS via Lei Federal 12.401/11: dos objetivos da atividade legiferante quanto à dispensação de medicamentos

A modernização da oferta de serviços públicos em saúde é, por certo, esperada – inclusive – pelo próprio desenvolvimento tecnológico⁵⁵, não só em matéria de saúde, como em inúmeros campos da vida social. Neste sentido, no Brasil – que possui um sistema público de saúde universal que disponibiliza seus serviços a mais de 200 milhões de brasileiros – é certo que há grande pressão para a incorporação de novas tecnologias, que se manifesta por inúmeras vias, inclusive pela via judicial.

A pressão por incorporação de novas tecnologias no SUS se manifesta por meios diretos e indiretos, e envolve a ação de produtores, pacientes, prescritores, sociedades médicas, associações de portadores de patologias e o próprio sistema judiciário. Este vem acionando a União, estados e municípios a prover insumos de saúde os mais diversos, com base no direito genérico à saúde (DECIT, 2011, p. 994).

Ocorre que a inserção de novas tecnologias no SUS precisa se ater aos cânones de racionalidade e segurança, com fins de propiciar a modernização de forma racional e sem prejudicar a natureza equânime⁵⁶ do sistema de saúde que deve, por certo, ser universal (DECIT, 2011, p. 994), exatamente por isso que muito se popularizou a ideia de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS).

⁵⁵ “O complexo produtivo e industrial da saúde tem se constituído como uma das áreas de negócio que mais cresce no mundo. Com o envelhecimento das populações, a necessidade de tratamentos especializados aumenta exponencialmente, criando novas oportunidades para a inovação em saúde.” (DECIT, 2011, p.2)

⁵⁶ “Alguns estudiosos afirmam que leis devem ser criadas com a segurança de que a sociedade tenha condições de custeá-las e que a atendam de forma digna, se não na totalidade, à maior parte que necessite dos serviços públicos de saúde. Ademais, é importante considerar no acesso integral às tecnologias critérios de priorização, de oportunidade, de adequação ou racionalidade, a fim de beneficiar a sociedade” (Capucho *et al.*, 2012, p. 217).

A avaliação de tecnologias em saúde (ATS) é um processo científico e sistemático que estuda as implicações clínicas, sociais, éticas e econômicas do uso das tecnologias com o objetivo de subsidiar as decisões dos gestores dos sistemas de saúde. A transparência e a comunicação dos seus métodos, processos e resultados são essenciais para a credibilidade do processo (Alegre Petramale, 2022, p. 4).

Cabe destacar que a ideia de ATS é medida fundamental, também adotada em países que possuem sistema de saúde pública, para organização do sistema e definição, dentro do escopo da política pública, acerca dos gastos públicos a serem realizados em prol do interesse comum, isto porque o lançamento de novas tecnologias não necessariamente representa a utilidade dos novos tratamentos para o sistema público de saúde.

Inovadoras, porém dispendiosas, apenas parte das tecnologias lançadas a cada ano no mercado é útil, ou tem interesse para a saúde pública. Tampouco a organização do sistema e os recursos disponíveis no orçamento da saúde permitem que toda a inovação seja imediatamente incorporada. Para solucionar esse impasse é que foi criada a CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde – que avalia e recomenda as opções tecnológicas mais pertinentes às políticas públicas de saúde a serem incorporadas pelo SUS (Alegre Petramale, 2022, p. 4).

A evolução tecnológica é, por certo, instrumento de pressão para a oferta da esmagadora maioria dos serviços públicos, entretanto, em matéria de saúde a problemática se destaca em virtude da cumulatividade de tratamentos, ou seja, os novos tratamentos adotados não substituem os antigos, necessariamente, razão pela qual não há troca de custo, mas aumento de custo.

Apesar de não ser o único fator responsável pela elevação nos gastos em saúde, a incorporação de novas tecnologias tem sido identificada como um fator importante de pressão orçamentária. Na maioria dos setores da Economia, as novas tecnologias que surgem substituem as antigas e obsoletas. Na área da saúde, frequentemente, os novos procedimentos e tratamentos não substituem os antigos, mas são cumulativos, o que dificulta a sustentabilidade da adoção dessas tecnologias (Pereira, Salomon, De Souza, 2015, p. 3.069).

Além disso, a ideia de um progresso regulado para a incorporação de novas tecnologias passa a ser fundamental não só pela perspectiva do custo, mas também para que sejam observados aspectos éticos, sociais e econômicos que envolvem a inclusão de novos produtos no sistema de saúde (Souza; Souza, 2018, p.50).

A modernização do sistema, portanto, passa a ser preocupação real e constante do gestor, o que resulta no desenvolvimento das práticas de ATS para que haja a modernização,

mas de forma racionalizada e equilibrada, em prol daquilo que realmente interessa ao cuidado do paciente e ao interesse coletivo (DECIT, 2011, p. 2), sendo a ATS um processo disciplinar e objetivo no desenvolvimento e aprimoramento da política pública de saúde.

A ATS é a avaliação sistemática das propriedades e efeitos de uma tecnologia em saúde e sintetiza informações sobre aspectos clínicos, sociais, econômicos, organizacionais e éticos relacionados ao seu desenvolvimento, uso e difusão. É um processo multidisciplinar, embasado em metodologia e pesquisa científica, e deve ser conduzido de modo transparente, imparcial e robusto, com o objetivo de auxiliar a formulação de políticas de saúde seguras e efetivas, focadas no paciente e que atinjam o maior ganho em saúde com os recursos disponíveis (Pereira, Salomon, De Souza, 2015, p. 3.069).

No caso do Brasil, a necessidade de desenvolvimento de um processo de ATS eficiente se faz ainda mais imprescindível pela forma com que previsto o direito fundamental à saúde no contexto constitucional, sendo a Lei Federal 12.401/11 mais um passo na complementação da conceituação de direito à saúde, o que envolve, claro, a delimitação, a partir da racionalização, do conteúdo da integralidade.

O Brasil talvez seja um dos únicos países do mundo a trazer em sua constituição a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Agora, com sua publicação, a Lei 12.401 complementa o texto constitucional, estabelecendo a forma de análise das novas tecnologias em saúde, no sentido de garantir que só serão incorporadas as tecnologias e os tratamentos que comprovaram ser efetivos e seguros. Ainda, o processo deverá ser compartilhado com todas as instâncias que constituem o SUS e será amplamente divulgado à sociedade (DECIT, 2011, p. 6).

A conceituação de integralidade no SUS muito se confunde com a noção de acesso irrestrito a novas tecnologias, ainda que o cuidado na seara da saúde não se resuma, única e exclusivamente, ao acesso aos insumos de saúde, afinal os insumos nada mais são do que o meio para o cuidado com a saúde e não necessariamente seu fim.

Ainda hoje o conceito de integralidade é muito discutido e, por vezes, há uma visão equivocada de que o acesso integral à saúde trata-se exclusivamente de acesso às tecnologias em saúde. Tais tecnologias devem ser apenas o meio pelo qual a atenção e os cuidados com a saúde são prestados à população (Capucho *et al.*, 2012, p. 216).

Devido à necessidade de estabelecer critérios para a incorporação de novas tecnologias que o Brasil, desde o ano de 2008, criou a Comissão de Incorporação Tecnológica

em Saúde (CITEC), a partir da Portaria GM/MS nº 2.587/08, que foi importante ensaio para o advento da CONITEC (Guimarães, 2014, p. 4.899).

A CONITEC, ao contrário da CITEC, passou a ser respaldada por lei federal, ao invés de portaria interministerial, representando uma política de Estado, que permite o melhor desenvolvimento da política pública de incorporação de tecnologias em saúde (Romero, 2018, p. 44) e, inclusive, representou, em verdade, uma evolução do próprio modelo de incorporação de tecnologias em saúde, seja pela composição, seja pela forma de análise dos pedidos.

A CITEC era composta por representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A submissão de propostas de incorporação de tecnologias só poderia ocorrer em dois bimestres por ano. As propostas recebidas eram analisadas de acordo com as prioridades do MS, sem prazo definido, mas pautadas nos princípios da avaliação de tecnologias em saúde. A experiência com a CITEC contribuiu para o avanço das discussões acerca da necessidade de institucionalizar um modelo de processo de incorporação de tecnologias em saúde que fosse amparado legalmente (Capucho *et al.*, 2012, p. 217).

E não se pode negar que a intervenção do Judiciário em matéria de saúde foi elemento fundamental para o aprimoramento do processo de incorporação de tecnologias no sistema de saúde pública, inclusive estimulando o advento do marco legal ora analisado (Romero, 2018, p. 47) (Capucho *et al.*, 2012, p. 217), que se baseou no modelo britânico⁵⁷.

A escalada do interesse sobre o assunto culminou, em 2009, com a realização de Audiência Pública sobre Saúde, promovida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso foi um marco para a aprovação da Lei 12.401, de abril de 2011, cujos desdobramentos contribuíram para aumentar a visibilidade sobre o assunto (DECIT, 2011, p. 994).

Ocorre que, mesmo com o advento da CONITEC e com seu adequado funcionamento⁵⁸, a incorporação de tecnologias no SUS permanece sendo desafiada,

⁵⁷ “A idealização da CONITEC baseou-se no modelo britânico do *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE), instituído em 1999, com o objetivo de avaliar tecnologias a serem incorporadas pelo *National Health System* (NHS), por meio de protocolos assistenciais levando em consideração a opinião dos pacientes e dos profissionais de saúde” (Aith *et al.*, 2014, p. 16).

⁵⁸ “A CONITEC é, sem dúvida, um caso de sucesso que, no nosso ponto de vista, decorre de boas governanças e *accountability* (Palavra sem correspondente tradução em português. Capacidade de prestar contas, de se responsabilizar seriam equivalentes em português). A governança é dada pelo atendimento ao disposto em seu regimento, instituído por portaria ministerial e a *accountability* se expressa na publicização de cada passo de seu trabalho. De acordo com o sítio, em dois anos de trabalho, a CONITEC promoveu 85 consultas públicas,

exatamente pela permanência de decisões judiciais que obrigam o fornecimento de fármacos não incorporados ao sistema, como já versamos no capítulo anterior. “Por que, na vigência de norma legal que especifica quais e em que condições produtos e serviços podem ser fornecidos pelo SUS aos cidadãos brasileiros, magistrados continuam prolatando sentenças obrigando o sistema público de saúde a fornecê-los?” (Guimarães, 2014, p. 4.903).

A problemática se dá, exatamente, pela dificuldade em compatibilizar a universalidade do sistema com a integralidade da oferta de serviços e, assim, responder acerca do que deve o Poder Público fornecer aos indivíduos em matéria de saúde.

Portanto, mais uma vez, o tema da tomada de decisão sobre quais tecnologias devem ser incorporadas ao sistema de saúde representa uma discussão sobre a própria viabilidade do sistema, bem como sobre a viabilidade de direitos universais. O ponto central da tomada de decisão passou a ser a definição sobre que tecnologias em saúde se constituem em direitos cujo acesso deve ser assegurado. Por acaso, toda e qualquer promessa de solução de um grave problema de saúde deve ser entendido como um direito? Qual o exato limite da ideia de integralidade constante da Constituição Federal? (Aith *et al.*, 2014, p. 32).

E, claro, há de se entender neste trabalho se o papel de responder o que deve ser oferecido é do próprio Poder Legislativo em conjunto com o Executivo ou se podem estes serem substituídos pelo Judiciário em sede de um processo individual.

Enfim, para o aprimoramento da discussão, necessário entender qual a importância da análise de tecnologias em saúde, como se dá o procedimento de ATS no âmbito da CONITEC e quais foram os resultados encontrados, principalmente, quanto às decisões de não incorporação e exclusão de tecnologias.

2.2 Da sua justificativa na sociedade tecnológica e dos critérios de análise

A evolução tecnológica tem se demonstrado como uma das relevantes inquietações em matéria de gestão pública de saúde, como já dito, isto porque traz à tona discussões importantes acerca do uso ilimitado da medicina e da dificuldade sociocultural de lidar com

tomou 84 decisões sobre as demandas a ela destinadas e decidiu por 40 incorporações de produtos e serviços.” (Guimarães, 2014, p. 4.903).

a finitude da existência, em uma das demonstrações da iatrogênese cultural⁵⁹ de Ivan Illich, em contraponto à sustentabilidade⁶⁰ do sistema público de saúde.

De todo modo, diante dos altos custos de muitas das novas tecnologias, tornou-se imperativo para os gestores públicos e privados, com vistas a subsidiar a tomada de decisões sobre a incorporação dessas tecnologias, conhecer a dimensão dos benefícios das mesmas, assim como os impactos sobre o financiamento de serviços e ações de saúde (Souza; Souza, 2018, p. 49).

Isto se dá, não só pelo aspecto iatrogênico, mas também pela característica de ambivalência da técnica, como destaca Jacques Ellul (1960), sob o prisma de que não se pode separar a técnica⁶¹ do uso que dela se faz, ou seja, não aparenta ser mais possível separar a ideia de saúde do progresso técnico, melhor dizendo, saudável passa a ser o uso do meio mais inovador para a garantia da saúde e – pela característica de ambivalência – não se faz possível distinguir facilmente o progresso tecnológico da ideia que lhe acompanha, ainda que esta ideia seja falsa.

Além de tudo isso, a técnica é ambivalente, ela libera, porém ela também aliena (TROUDE-CHASTENET, 2005, p. 130), isto é, os efeitos nefastos são inseparáveis dos efeitos positivos; o progresso técnico tem seus custos, acarreta problemas novos e tem efeitos imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 89-200). (Barrientos-Parra, 2011, p. 59).

A demonstração desta dificuldade de distinção se demonstra, por exemplo, nos casos da prescrição de medicamentos que nem sequer são seguros para a ingestão humana – seja por serem danosos ou por não haver comprovação e eficácia, como no célebre caso da fosfoetilonamina – demonstrando-se, assim, uma séria dificuldade de lidar com o progresso técnico na perspectiva da tutela da saúde.

⁵⁹ “O autor divide a iatrogênese em categorias: 1. Clínica, causada pelos cuidados de saúde (o ato médico e sua técnica); 2. Social, que retrata a medicalização da vida e seu efeito social; 3. Cultural/Estrutural, que abrange o uso ilimitado da medicina e a perda do potencial cultural das pessoas para lidar de forma autônoma com a doença, a dor e a morte. Em conjunto, os três níveis de iatrogênese comprometem a autonomia dos indivíduos, que se tornam dependentes do saber de especialistas para o cuidado de sua saúde.” (TABET 2017 p. 1.188)

⁶⁰ “A ATS tem como principal objetivo auxiliar os gestores em saúde na tomada de decisões coerentes e racionais quanto à incorporação de novas tecnologias, evitando a introdução de tecnologias cujo valor é incerto para os sistemas de saúde e optando por uma abordagem política responsável (*accountable*) pelas decisões para a população.” (Lima; Brito; Andrade, 2019, p. 1.710).

⁶¹ “[...] totalidade dos métodos pelos quais se chega racionalmente e que têm uma eficácia absoluta para um tempo de uma forma de desenvolvimento determinado, em qualquer das áreas da atividade comunitária (Ellul, 1960, p.25) (tradução livre)

E, em matéria de saúde – principalmente tratando-se de fármacos inovadores ainda sem registro – é que se observa o privilégio do império da técnica em detrimento à racionalidade do sistema de saúde, principalmente pela realidade da prática médica privilegiar as alternativas mais inovadoras e, supostamente, mais eficazes para a resolução de certas moléstias, ainda que tais alternativas não tenham a eficácia comprovada com base em dados firmes e que representem alto custo ao orçamento público (Faria; Marchetto, 2021, p.185)

A necessidade de um robusto sistema de ATS se dá, exatamente, para superar essa dificuldade de distinção, de modo a racionalizar a dispensação de produtos e serviços do sistema público de saúde, inclusive porque a tecnificação da medicina não parece colaborar para a referida racionalidade, ao pressupor que a eficiência do sistema ocorreria, apenas e tão somente, na oferta de tecnologias em saúde, em desacordo com o próprio conceito constitucional de saúde preceituado pelo Art. 196, que envolve não só a recuperação, como também a promoção e proteção, em notória abordagem preventiva.

Embora fundamentais para o apoio à assistência, essas tecnologias não substituem o diagnóstico clínico, a indicação do esquema terapêutico apropriado, o acolhimento e os cuidados nas dimensões física, psíquicas e sociais que fazem a diferença na atenção à saúde das pessoas. Assim, oferecer atenção integral e universal à saúde, como é a missão do SUS, é muito mais do que simplesmente oferecer acesso a tecnologias em saúde (DECIT, 2011, p. 1-2),

Entretanto, exatamente pela necessidade de racionalização que a prática de ATS deve ocorrer pela aplicação de critérios transparentes e objetivos que busquem avaliar, seriamente, as tecnologias em questão com fito de proporcionar, se o caso, uma incorporação segura, eficiente e sustentável com o sistema público de saúde.

A Lei Federal 12.401/11 trouxe, no Art. 19-Q, §2º, alguns critérios para guiar a avaliação das tecnologias a serem incorporadas no SUS:

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as **evidências** científicas sobre a **eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança** do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a **avaliação econômica comparativa** dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (grifos nossos) (Brasil, 2011).

Os critérios em questão são definidos não só pela lei como também pelo Decreto Federal 7.646/2011⁶² e são fundamentais para a sustentabilidade do SUS, visto que tem o objetivo de evitar a incorporação de novas tecnologias que – em que pese pressionem o financiamento do SUS – não trazem benefício suficiente se comparadas com outras já oferecidas.

O processo de avaliação desenvolvido pela Conitec considera a eficácia e a segurança das novas tecnologias comparadas às das tecnologias já incorporadas, para a mesma finalidade terapêutica. **Para que os recursos sejam usados racionalmente ampliando o acesso da população aos programas de saúde, a Conitec só recomenda que se pague mais por um novo tratamento se ele demonstrar ser superior aos já em uso no SUS.** No Brasil, um país que envelhece aceleradamente e que enfrenta o desafio das doenças crônicas e do aumento da demanda por Saúde; a atuação da Conitec é vital para a sustentabilidade do SUS (grifos nossos) (Alegre Petramale, 2022, p. 4).

O processo de ATS no Brasil, segundo Souza e Souza, envolve três espécies de racionalidades que, juntas, compõem a avaliação das tecnologias em saúde, como destacam:

No campo das políticas de saúde, é reconhecida a presença concomitante de distintas racionalidades, ao mesmo tempo complementares e conflitantes, influenciando o processo de tomada de decisões. Inspirado no reconhecimento dessas racionalidades e considerando as teorias da decisão, o presente estudo adota a seguinte tipologia para analisar o processo de decisão relativo à incorporação de tecnologias da saúde: racionalidade técnico-sanitária, racionalidade econômica e racionalidade política (2018, p.50-51).

A racionalidade técnico-sanitária envolve, por sua vez, a utilização de critérios eminentemente técnicos da seara da saúde e que, nos exatos termos da Lei Federal 12.401/11, envolve a compreensão da eficácia, acurácia, efetividade e segurança dos medicamentos, elementos estes que devem ser aferidos de forma objetiva pelos profissionais de ATS.

No caso concreto da Conitec, a racionalidade técnico-sanitária diz respeito à utilização dos conhecimentos da clínica, da epidemiologia, do planejamento e da gestão em saúde e, em particular, da ATS como fio condutor do processo de decisão referente à recomendação de incorporação ou não de tecnologias em saúde ao SUS. Mais especificamente, a decisão deve se sustentar na análise das evidências

⁶²“A Lei define ainda, juntamente com o Decreto 7.646 de 2011, os critérios essenciais que devem ser considerados na avaliação da incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, sendo estes: as evidências científicas sobre eficácia, acurácia, efetividade e segurança da tecnologia solicitada em comparação às disponíveis no SUS para a mesma indicação terapêutica; a avaliação econômica comparativa dos benefícios e custos em relação às tecnologias já incorporadas; e o impacto da incorporação da tecnologia no SUS” (Pereira; Salomon; De Souza, 2015, p. 3.070).

científicas relativas à eficácia, acurácia, efetividade e segurança da tecnologia em avaliação (Souza; Souza, 2018, p. 51).

A análise dos critérios de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, por certo, se dá a partir de um cotejo interdisciplinar das áreas do conhecimento em saúde⁶³, e é fundamental, tendo em vista que a vastidão interminável de insumos tecnológicos e inovadores pode gerar a falsa ideia de que sua eficácia e segurança é presumida – em reflexo da iatrogênese estrutural já mencionada - o que não encontra sustentáculo na realidade.

Além da racionalidade técnico-sanitária, a própria legislação⁶⁴ traz o critério de custo-efetividade, junto a uma avaliação econômica comparativa o que, por si só, introduz na ATS uma racionalidade econômica.

A racionalidade econômica envolve a percepção do impacto econômico da incorporação de certo insumo tecnológico sobre o sistema de saúde (Souza; Souza, 2018, p.51), e se dá a partir de uma análise comparativa o que, inclusive, constrói a percepção de custo-efetividade.

Ademais, a avaliação da viabilidade econômica, realizada pela Conitec, para a oferta da tecnologia pelo SUS é baseada em estudos de avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos da tecnologia demandada em relação às tecnologias já incorporadas ao sistema (Beutel, 2020, p. 21).

A consideração dos critérios que constroem a racionalidade econômica – inclusive pelo legislador – reforçam a ideia de que não basta que exista um insumo tecnológico mais eficiente para o tratamento de uma doença, sendo fundamental – também – que o sistema de saúde tenha condições orçamentárias – fáticas – de oferecer o referido insumo⁶⁵, de forma

⁶³ “[...] toda a tecnologia tem, além dos benefícios, riscos e custos. Logo, para disponibilização de uma tecnologia em um sistema de saúde ou mesmo em um serviço minimamente esses três aspectos devem ser analisados. O processo de escolha para fins de incorporação surge como área do conhecimento interdisciplinar, contemplando o funcionamento e impacto dos produtos e serviços, programas ou políticas de saúde na promoção, manutenção e produção dos serviços de saúde.” (Capucho *et al.*, 2012, p. 216)

⁶⁴ “No Brasil, a Lei 12.401 de 2011 e o Decreto 7.646 de 2011 conferem obrigatoriedade de contemplar os critérios de eficácia, efetividade, segurança, impacto orçamentário e custo-efetividade nas avaliações de incorporação de tecnologias no SUS. Além desses, outros quesitos também são considerados, entretanto não de forma sistemática” (Pereira; Salomon; De Souza, 2015, p. 3.085).

⁶⁵ “Além disso, a tomada de decisão é necessariamente influenciada pela racionalidade econômica, visto que a decisão deve levar em consideração a sustentabilidade do sistema público de saúde. Assim, além de seguras e eficazes, as tecnologias em saúde precisam ter uma relação custo-efetividade superior às alternativas já disponibilizadas pelo SUS” (Souza; Souza, 2018, p. 56).

igualitária, a todos que dele necessitem, sendo esta nuance um dos contornos à integralidade que buscou conferir a legislação ao direito fundamental à saúde.

Entretanto, ainda que exista a racionalidade econômica, esta não tem natureza determinante na análise das recomendações sendo, apenas, mais uma das racionalidades que permeiam o processo de ATS. Inclusive, Souza e Souza – em interessante estudo em que foram entrevistados agentes envolvidos no processo de ATS da CONITEC – constataram que o impacto orçamentário não é, por certo, fator determinante para fins de incorporação, como destacaram os entrevistados:

Sem dúvida alguma, a questão do impacto orçamentário e a possibilidade de financiamento pelo SUS têm que ser levadas em consideração, mas isso não é decisivo para uma recomendação. A gente nunca deixou de incorporar alguma coisa pensando que seria só uma questão de orçamento, o limite nunca foi esse (Ent. 13). A análise da Conitec não é a análise do orçamento disponível. Em princípio, não cabe à Conitec, em sua análise, incorporar ou deixar de incorporar pela existência ou não de disponibilidade orçamentária. Isso caberia ao gestor federal do SUS. (Ent.2) (2018, p. 56).

Um exemplo disso é a recente incorporação, realizada com parecer favorável da CONITEC⁶⁶, do fármaco Zolgensma (onasemnogeno abeparveque), para tratamento de atrofia muscular espinhal (AME), com custo aproximado de R\$ 5,7 milhões (Ministério da Saúde, 2022).

Outra racionalidade presente no processo de ATS e que, certamente, interage com as duas anteriores é a racionalidade política.

⁶⁶ “Diante do exposto, os membros do Plenário, presentes na 115ª Reunião Ordinária da Conitec, no dia 01 de dezembro de 2022, deliberaram, por maioria simples, recomendar a incorporação ao SUS do onasemnogeno abeparveque para o tratamento de pacientes pediátricos com até 6 meses de idade com AME tipo I em que estejam fora de ventilação mecânica invasiva acima de 16 horas por dia, conforme protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde e Acordo de Compartilhamento de Risco. Foi assinado o registro de deliberação nº 790/2022. Os membros do Plenário consideraram para esta recomendação que, apesar de a proposta de incorporação e a bula da terapia gênica indicarem o uso do onasemnogeno abeparveque em pacientes de até 2 anos de idade, a evidência clínica disponível sobre eficácia e segurança sugere sucesso do tratamento apenas para uma população de até 6 meses de idade, não submetidas ao uso de ventilação mecânica invasiva permanente. Majoritariamente, os membros concordaram que os questionamentos feitos à empresa demandante foram esclarecidos satisfatoriamente. Consideraram adequada a análise de custo-efetividade apresentada pela empresa, onde a terapia gênica resulta em menor custo por QALY ganho em relação aos seus comparadores, terapia de suporte, nusinersena e risdiplam, ao longo do tempo. Nesta estratégia, foram equalizadas as sobrevidas das coortes entre as três tecnologias ativas, o que resultou em economia para o SUS, no uso de onasemnogeno abeparveque em 8 anos. Para os membros do Plenário, os itens sugeridos pelo Ministério da Saúde e incorporados à atualização da proposta do Acordo de Compartilhamento de Risco, apresentado pela empresa, também foram satisfatoriamente atendidos” (Ministério da Saúde, 2022).

[...] a racionalidade política se refere ao reconhecimento da existência de interesses diversos e, eventualmente, conflitantes em cada processo de decisão sobre a recomendação de incorporação ou não de uma determinada tecnologia de saúde. Refere-se também às estratégias adotadas pelo plenário e pela direção da comissão para lidar com as divergências e os conflitos (Souza; Souza, 2018, p. 51).

A racionalidade política, como destacam os autores, consiste em reconhecer que o processo de ATS é permeado por um conflito pujante de interesses, sendo um dos grandes atores de tal processo a própria indústria farmacêutica⁶⁷ que goza, inclusive, de mais capacidade técnica e recursos para influir nos estudos necessários à análise da CONITEC (Araújo; Distrutti; Elias, 2017, p. 21) e, ainda, influenciar os outros atores envolvidos.

Vale destacar que os atores interessados na incorporação de novas tecnologias, as empresas fabricantes, importadoras ou distribuidoras mantêm estratégias agressivas de marketing/lobbies junto aos médicos e/ou ao público para a promoção do uso e a disseminação de novas tecnologias (Souza; Souza, 2018, p.57)

Entretanto, em que pese a existência de inúmeras racionalidades, a diversidade de composição da CONITEC busca proporcionar um equilíbrio e segurança para a tomada de decisão dos membros e, ainda que seja notório que as três espécies de racionalidade coexistem durante o procedimento de ATS, a legislação que estrutura o processo busca que predomine a racionalidade técnico-sanitária para a análise de incorporação de tecnologias no SUS (Souza; Souza, 2018, p. 58).

2.3 Da composição e funcionamento da CONITEC

A Lei Federal 12.401/11 ao instituir a CONITEC estipulou que sua composição, assim como seu funcionamento, seria definida em regulamento, entretanto dois dos membros da Comissão, segundo a própria lei instituidora, seriam, respectivamente, indicados pelo Conselho Nacional de Saúde e pelo Conselho Federal de Medicina, desde que especialista na área.

O Decreto Federal 7.646/11 faz as vezes de regulamentar o funcionamento e composição da CONITEC estabelecendo que a comissão terá a seguinte composição:

⁶⁷ “O complexo produtivo e industrial da saúde tem se constituído como uma das áreas de negócio que mais cresce no mundo. Com o envelhecimento das populações, a necessidade de tratamentos especializados aumenta exponencialmente, criando novas oportunidades para a inovação em saúde.” (DECIT, 2011, P.2)

Art. 7º. Cada Comitê da CONITEC será composto por quinze membros, com direito a voto, dos seguintes órgãos e entidades:

I - do Ministério da Saúde:

a) Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, que o presidirá;

b) Secretaria-Executiva;

c) Secretaria Especial de Saúde Indígena;;

d) Secretaria de Atenção Especializada à Saúde;

e) Secretaria de Vigilância em Saúde;

f) Secretaria de Atenção Primária à Saúde; e

g) Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde;

II - da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS;

III - da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

IV - do Conselho Nacional de Saúde - CNS;

V - do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONASS;

VI - do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS; e

VI - do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS;

VII - do Conselho Federal de Medicina - CFM, especialista na área nos termos do § 1º do art. 19-Q da Lei nº 8.080, de 1990.

VII - do Conselho Federal de Medicina - CFM, especialista na área nos termos do disposto no § 1º do art. 19-Q da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

VIII - da Associação Médica Brasileira - AMB; e

IX - do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde.

[...]

§ 9º Os indicados para compor os Comitês deverão:

I - ter experiência profissional e capacitação no campo de avaliação de tecnologias em saúde; ou

II - ter mestrado ou doutorado em áreas relacionadas à avaliação de tecnologias em saúde (Brasil, 2011).

Observa-se que a composição da CONITEC contempla inúmeras secretarias do Ministério da Saúde – que atuam em diferentes frentes do sistema – assim como conselhos nacionais de saúde que representam as três esferas federativas, além de agências reguladoras do ramo sanitário e, entidades que representam a classe médica.

Há de se destacar que os indicados para compor os comitês, além de serem chancelados pelos órgãos e entidades que detêm as cadeiras, também devem ter qualificação acadêmica ou experiência profissional destacada em ATS o que, por si só, demonstra a intenção legislativa de que a CONITEC não seja apenas representativa, mas também que tenha condições de empregar a racionalidade técnica de forma adequada.

A lei e o decreto regulamentador estipulam as fases do processo de incorporação tecnológica pela CONITEC, como destaca Lima *et al.*:

O processo de incorporação tecnológica pela Conitec passa pelas seguintes etapas: (1) instauração de processo administrativo contendo a demanda de incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde no SUS; (2) análise da conformidade documental; (3) emissão de relatório pelo Plenário da Comissão; (4)

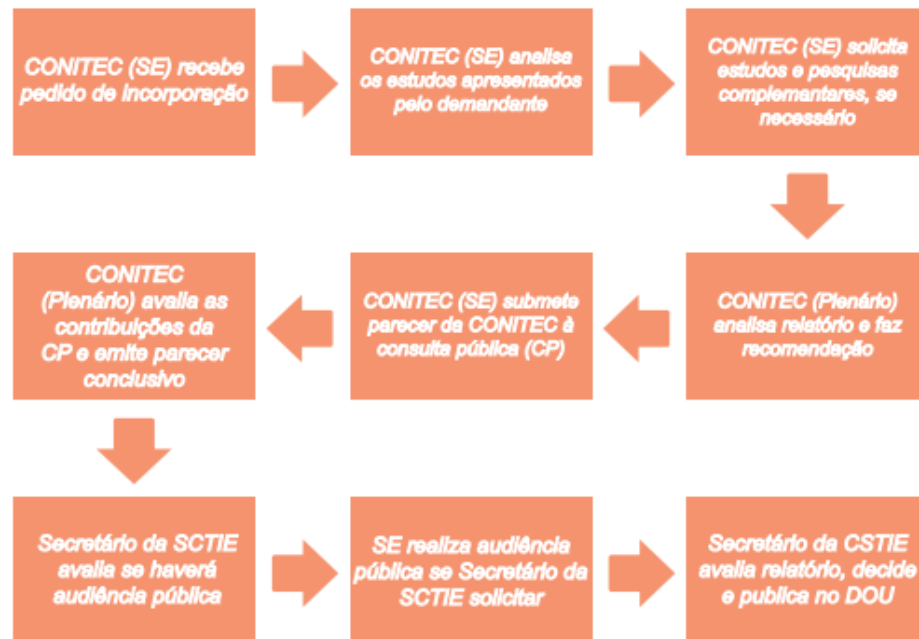
consulta pública; (5) decisão final pelo Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do MS, que poderá ser precedida por audiência pública; (6) publicação da decisão em Diário Oficial da União (DOU). A oferta ao SUS é efetivada, pelas áreas técnicas, no prazo máximo de 180 dias, a partir da publicação da decisão de incorporação da tecnologia em saúde ou da publicação do protocolo clínico e diretriz terapêutica (2019, p. 1.719).

O processo de incorporação, a partir da legislação vigente, passou a ter prazo certo de análise, qual seja, o prazo máximo de 180 dias, e – ainda – deixou de ter a limitação temporal para recebimento de propostas, como era na época da CITEC, adotando – atualmente – o fluxo contínuo para recebimento.

A descrição do processo de incorporação é melhor entendida a partir do organograma abaixo que demonstra, fase a fase, o percurso de ATS no Brasil, muito bem destacado por Capucho *et al.* (2012, p. 218).

Figura 1 - Fluxo simplificado de incorporação de tecnologias no SUS

Figura 1 – Fluxo simplificado de incorporação de tecnologias no SUS



Legenda: SE, Secretaria Executiva; SCTIE, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; DOU, Diário Oficial da União; CP, Consulta Pública

Fonte: Capucho *et al.*, 2012

Há de se destacar, claro, que aqui está se falando do método reativo de ATS, que não é o único utilizado para incorporação de tecnologias no sistema de saúde, visto que o SUS também se utiliza de um método ativo, como esclarece Araújo *et al.*:

A seleção das tecnologias que serão avaliadas ocorre mediante dois métodos: (i) um *reativo*, quando o Ministério da Saúde, por meio da CONITEC, recebe as solicitações de incorporação de novas tecnologias ao SUS diretamente do proponente; e (ii) um *ativo*, quando o DECIT organiza reuniões com diversos atores ou busca evidências para definir prioridades de avaliação que sejam condizentes com a carga de doença e as ações programáticas da política de saúde (Brasil 2011) (2017, p. 19).

O presente trabalho se restringirá à análise do método reativo, entretanto é importante destacar que a incorporação de tecnologias também se dá a partir da proatividade dos agentes do sistema público de saúde, de modo que mesmo que não haja interesse dos agentes privados em provocar o Estado para a análise de ATS, esta não deixará de acontecer a partir do método ativo.

Segundo a dinâmica normativa de funcionamento da CONITEC não há escolha das solicitações que são avaliadas⁶⁸, sendo que todas devem ser analisadas em até 180 dias, prorrogável por mais 90, ou seja, não há análise seletiva de tecnologias, já que todas as solicitações devem fazer parte da análise. Segundo Araújo *et al.* (2017, p. 19), quase metade das solicitações advém da indústria farmacêutica, de sociedades médicas e de organizações de pacientes, além do próprio Judiciário, pelo menos foi o demonstrado em levantamento das demandas entre 2012 e 2015.

O método reativo faz com que a responsabilidade acerca da demonstração técnica da necessidade de incorporação do insumo analisado seja do solicitante, devendo este instruir o pedido com documentos pré-estabelecidos quando do protocolo.

No método *reativo*, a produção e a apresentação da evidência sobre a tecnologia proposta são uma responsabilidade da instituição solicitante, que deve apresentar, no momento em que protocoliza a solicitação: (i) uma revisão sistemática da literatura ou um parecer técnico-científico sobre a eficácia e a segurança da tecnologia; (ii) um estudo de avaliação econômica comparando a tecnologia em questão com a(s) disponibilizada(s) no SUS; (iii) uma análise do potencial impacto orçamentário da incorporação da tecnologia ao sistema; e (iv) uma cópia da bula ou instrução de uso aprovada pela ANVISA (Araújo *et al.*, 2017, p. 21).

A CONITEC analisará os estudos solicitando estudos complementares a cargo do requerente, se necessário, emitindo parecer preliminar que indicará – em uma espécie de

⁶⁸ “Todas as solicitações de incorporação devem ser apreciadas: primeiro com base na conformidade de documentação e, depois, com base na avaliação crítica das informações científicas e econômicas apresentadas pelos interessados.” (Araújo *et al.*, 2017, p. 19).

análise perfunctória – se o insumo é passível ou não de incorporação. Após, se iniciará o prazo de consulta pública.

A consulta pública é uma parte do processo que envolve todos os processos de incorporação, sendo que logo após a recomendação da CONITEC, a partir de parecer preliminar, a consulta é aberta, possibilitando que outros segmentos da sociedade, que não faziam parte do processo, possam nele interferir⁶⁹.

A importância da consulta pública encontra-se exatamente na possibilidade de dar voz àqueles que não estão incluídos diretamente no processo de tomada de decisão, sejam eles usuários do sistema público de saúde e seus familiares, profissionais de saúde, instituições de saúde, instituições de ensino, empresas, sociedades médicas, além de organizações não governamentais. Com efeito, existem pontos de vistas sobre determinadas tecnologias que são inerentes aos usuários que as utilizam, aos profissionais de saúde que as prescrevem e que as administram, por exemplo, e que podem não constar nos relatórios apresentados à Conitec (Souza; Souza, 2018, p. 55).

Após a fase de consulta pública, inicia-se a última etapa do processo decisório da CONITEC que envolve a construção e apresentação do relatório de recomendação de incorporação ou não incorporação do insumo analisado. O relatório deverá trazer a análise de todos os dados recolhidos com base nos critérios estipulados pela lei e que, por certo, sofrerá influência das três racionalidades já mencionadas, com destaque à racionalidade técnica.

A deliberação final da CONITEC será encaminhada ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde que encaminhará a decisão de incorporação ou não incorporação ao Diário Oficial da União para publicação, sendo que – publicada a decisão de incorporação – o sistema de saúde terá 180 (cento e oitenta) dias para efetivar a oferta pelo SUS, não se olvidando que da decisão caberá recurso em até 30 (trinta) dias sendo que, em todo o processo, constitui obrigação legal a utilização de linguagem clara e acessível para otimização da comunicação com a sociedade.

⁶⁹ “Embora existam críticas ao processo de deliberação conduzido pela CONITEC, incluindo temas relacionados à independência das recomendações, é importante reconhecer que os grupos de interesse têm voz e direito a voto. O quórum mínimo para a realização das reuniões são sete membros e as deliberações são aprovadas, preferencialmente, por consenso; do contrário, por maioria simples (Decreto 7.646/2011). Os membros do Plenário não são remunerados e devem se declarar impedidos de participar em uma votação caso exista um possível conflito de interesse em relação à matéria que será votada (Decreto 7.646/2011)” (Araújo *et al.*, 2017, p. 25).

O processo de ATS no Brasil, segundo Araújo *et al.* (2017, p. 5) muito se assemelha ao Comitê de Avaliação de Tecnologias no *National Institute for Clinical Excellence* (NICE) do Reino Unido e, há de se reconhecer, que o marco legal de sua instituição trouxe, por certo, importantes mudanças em prol da qualidade da avaliação de tecnologias em saúde, melhor resumidas por Alegre Petramale:

Mudanças importantes foram incorporadas pela Conitec em consonância com seu marco legal: 1) nova composição do Plenário, com ampla representação de gestores do SUS, das agências reguladoras de saúde (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS), do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da população usuária, por meio do Conselho Nacional de Saúde (CNS); 2) instituição de um canal aberto para a sociedade para recebimento de demandas para avaliação; 3) definição de documentação mínima necessária e de orientações básicas para o requerimento de análise de tecnologia; 4) estabelecimento do prazo de 180 dias para o Plenário concluir a análise solicitada e emitir sua recomendação; 5) obrigatoriedade de expor as propostas em consulta pública, para receber contribuições da sociedade; 6) distinção de competência entre quem recomenda (Conitec), quem decide (Secretário da SCTIE/MS) e quem implementa as decisões (as áreas técnicas responsáveis pela oferta da nova tecnologia no âmbito do SUS). E finalmente, 7) a obrigatoriedade de comunicar-se em linguagem clara e acessível com a sociedade, ampliando a participação social e a transparência dos processos submetidos, suas análises, resultados e recomendações (2022, p. 5).

Em continuidade, e já com o melhor entendimento acerca do procedimento utilizado, há de se analisar os números de funcionamento da CONITEC desde sua instituição, com destaque aos casos de não incorporação.

2.4 Os números da CONITEC: os relatórios de não incorporação

A CONITEC disponibiliza o painel de acompanhamento Conitec em Números (CONITEC, [s.d.]) que traz números amplos acerca da atuação da Comissão e esclarecem a espécie de insumos analisados, os resultados das análises, assim como a origem das solicitações, por exemplo.

Desde sua instituição, a CONITEC analisou 1.098 demandas até maio de 2023, sendo que 779 já foram decididas, 51 permanecem em análise, 150 foram consideradas não conformes – provavelmente por falha na instrução de documentos – e 118 foram encerradas a pedido do demandante ou estavam fora do escopo de análise da CONITEC.

De todas as solicitações, 73% versavam sobre medicamentos, enquanto 16,1% tratavam de procedimentos e 10,9% sobre outros produtos.

No que se refere às recomendações em si, a CONITEC expediu 747 recomendações desde sua instituição, sendo que 407 foram pela incorporação da tecnologia, 252 pela não incorporação, 84 pela exclusão de tecnologia que já estava incorporada no SUS e 04 pela não exclusão de tecnologia já incorporada.

Nota-se que 54,5% de todas as recomendações expedidas, desde a instituição da CONITEC, foram pela incorporação da tecnologia analisada o que demonstra a predominância de juízo positivo da Comissão quando da análise de tecnologias e reforça, até mesmo, a demonstração de que a atuação da Comissão está em consonância com os anseios de modernização da atenção à saúde pública.

Destaque-se, ainda, que as demandas analisadas pela CONITEC 54,7% tiveram origem interna – ou seja, do próprio SUS – enquanto 45,2% tiveram origem externa.

Quanto à participação popular, a CONITEC realizou 712 consultas públicas e recebeu, desde o início de sua atuação, 382.814 contribuições nas demandas por ela analisadas, o que demonstra a existência de real participação externa nas análises.

O presente trabalho se fixará nos casos em que há decisões de não incorporação de tecnologia pela CONITEC, ou seja, nos casos em que a Comissão decidiu por não incorporar a tecnologia avaliada, mas que – ainda sim – o Judiciário decidiu obrigar o Estado a concedê-la individualmente a um cidadão.

Entretanto, não são todas as recomendações de não incorporação que serão incluídas na análise, visto que a presente investigação se restringe aos casos de dispensação de medicamentos de modo que as recomendações de não incorporação podem envolver medicamentos, procedimentos, ou outros produtos em saúde. Além disso, apenas serão consideradas recomendações de não incorporação emitidas até o ano de 2022, isto porque não serão consideradas as recomendações que foram emitidas após a distribuição das ações judiciais que serão analisadas, para que se evite que haja casos em que foram prolatadas decisões em que ainda não havia decisão de não incorporação quando da decisão judicial.

2.5 Da Lei Federal 12.401/11 como limitadora da atividade judicial na dispensação de medicamentos

Com a ciência acerca dos números relativos aos relatórios de não incorporação proferidos pela CONITEC desde sua instituição, há de se entender como tais relatórios se relacionam com o percurso da investigação aqui proposta, partindo-se de maior explanação acerca de como a Lei Federal 12.401/11 se relaciona com a dispensação de medicamentos.

Desde a discussão do Projeto de Lei 7445/10 no Congresso Nacional – que resultou na Lei Federal 12.401/11 – já havia a convicção de que um dos objetivos da medida legislativa em questão era, exatamente, limitar a intervenção judicial em matéria de judicialização da saúde a partir do estabelecimento dos contornos da integralidade.

A Comissão de Constituição e Justiça, por exemplo, aprovou parecer pela constitucionalidade da medida, da lavra do relator Deputado Sandro Mabel (MDB) com a seguinte fundamentação:

A situação é caótica e decorre da ausência de regulamentação sobre a incorporação de novas tecnologias e procedimentos terapêuticos. A proposta em análise, na medida em que regulamenta a assistência e introdução de tecnologia no âmbito do SUS, vai significar impacto positivo sobre o orçamento público com a redução de despesas desnecessárias, ao mesmo tempo em que garante aos usuários do SUS o acesso às terapias com eficácia comprovada (BRASIL, 2010).

Adotando sentido semelhante, depreende-se o voto do Deputado Darcísio Perondi (MDB), relator do projeto na Comissão de Seguridade Social e Família, leia-se: “Precisamos acabar com a epidemia de ações judiciais do setor de saúde, mas acabar com responsabilidade sem diminuir o acesso à novas tecnologias ou medicamentos. É isto que este projeto faz.” (Miranda, 2010).

A formulação do projeto de lei buscava, notadamente, não só a racionalização do procedimento de ATS no sistema público de saúde, como também – em decorrência desta racionalização – frear a intervenção judicial em matéria de saúde, com fito de garantir a saúde orçamentária do sistema de saúde.

Neste ponto a investigação se relaciona, diretamente, com a Teoria do Direito e com o referencial teórico adotado.

Isto porque, como já mencionado, a legislação é uma das amarras na discricionariade judicial, de modo que – ainda que possa o juiz deixar de aplicá-la – este não pode fazê-lo em qualquer hipótese e, para fazê-lo, há de satisfazer ônus argumentativo robusto e, indubitavelmente, afastar a aplicação da lei a partir da declaração de sua inconstitucionalidade, como destaca a Teoria da Decisão Judicial de Lenio Streck.

Como já mencionado, a presente análise busca investigar os casos em que o Judiciário Paulista, em pleitos liminares, optou por obrigar o Estado a conferir medicamentos não incorporados ao SUS após recomendação da CONITEC, ou seja, casos em que havia decisão administrativa pautada em análise técnica para a não concessão do fármaco.

A análise se fará a partir do filtro dos relatórios de não recomendação da CONITEC, levando em conta o princípio ativo analisado e, também, para qual moléstia específica foi analisada a proposta de incorporação – conforme ANEXO I⁷⁰ – exatamente para que a referência de custo-efetividade seja adequadamente utilizada.

Ocorre que, para a completude da análise há de se investigar, de forma mais pormenorizada, os casos em que poderia se admitir que o juiz afastasse a aplicação da lei e, trazendo para os casos aqui analisados, poderia ignorar o comando da Lei Federal 12.401/11 e, assim, ordenar que o Estado dispense ao cidadão medicamento que decidiu, fundamentadamente, não incorporar ao Sistema de Saúde, razão pela qual necessário o entendimento da Teoria da Decisão Judicial, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, o próximo passo deste percurso investigativo.

⁷⁰ Disponível para acesso pelo link:
https://docs.google.com/spreadsheets/d/15wW3ind_WTnfF8dFUmp5FOgXzLIXD9da/edit?usp=sharing&ouid=106965236430652909861&rtpof=true&sd=true

CAPÍTULO 3 DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: DAS HIPÓTESES EM QUE O JUDICIÁRIO PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI

O presente capítulo tem por objetivo expor, pormenorizadamente, a Teoria da Decisão Judicial de Lenio Luiz Streck, advinda da abordagem da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), buscando – a partir de sua elucidação – justificar sua adequação ao presente trabalho, estabelecendo, por certo, os compromissos teóricos⁷¹ adotados por esta investigação científica, a partir da filiação ao referido paradigma.

Neste sentido, o percurso adotado será, primeiro, expor os referenciais teóricos utilizados para construir a própria Crítica Hermenêutica do Direito para, posteriormente, elucidar a razão de sua adoção e, por fim, se debruçar na Teoria da Decisão Judicial desenvolvida a partir da CHD, com destaque ao estabelecimento das balizas autorizadas para o Poder Judiciário afastar a aplicação da lei, assim como das três perguntas autorizadas à intervenção judicial em matéria de direitos fundamentais sociais.

Antes de maior aprofundamento acerca da CHD e a Teoria da Decisão Judicial desenvolvida por Streck, é de se destacar que a análise do presente trabalho se dá a partir de uma preocupação com os contornos e objetivos que deve ter a atuação judicial em tempos de constitucionalismo democrático, sendo o caso da dispensação de medicamentos não incorporados ao SUS via Poder Judiciário encarado como um problema de interpretação jurídica.

Isto porque há inúmeras teorias que acabam por hipertrofiar o papel do Poder Judiciário – com destaque às teorias da argumentação – e reduzir o papel do Legislativo o que é, lamentavelmente, muitas vezes analisado sem a devida criticidade, como destaca Lenio Streck:

De outro, nota-se que a operacionalidade do direito especialmente em países como Brasil aposta, cada vez mais, em teses empiristas ou voluntaristas que transformam juízes em legisladores. E, pior, a doutrina apoia esse tipo de avanço empirista (realismo jurídico). No fundo, a luta da CHD tem como inimigo o subjetivismo, porque é dele que decorre o discricionarismo e os diversos voluntarismos judiciais (2016, p. 2.210).

⁷¹ “[...] é preciso ter claro que a “opção” por um paradigma implica uma série de compromissos teóricos, com os quais não se pode transigir” (Streck, 2017, p. 450).

A dificuldade de adequar os limites da atuação judicial e, ainda, entender o espaço e respeito que deve ter a atividade legiferante é compreensível, isto porque o advento da Constituição trouxe questões para o âmbito do Direito que, outrora, não eram por ele tratadas. Entretanto, referida hipertrofia constitucional não deve, por certo, estimular discricionariedades, isto porque a história do constitucionalismo democrático⁷² é a história da luta contra decisionismos, de modo que a necessidade de uma Teoria da Decisão Judicial comprometida com a democracia constitucional se dá, exatamente, para evitar que, nesta quadra da história, haja apenas alteração do polo de poder promotor da discricionariedade.

[...] com o advento da nova Constituição, questões historicamente relegadas ao campo da política foram incorporadas pelo Direito, fazendo com que as crescentes demandas sociais passassem a buscar a sua realização no Poder Judiciário. Esta redefinição colocou os magistrados em uma posição proeminente para a concretização dos direitos sociais, o que, todavia, não deve(ria) levar ao decisionismo ou ao ativismo judicial, já que em nenhum momento o novo paradigma constitucional deu margem para posições discricionárias, mas, pelo contrário, passou a exigir do Poder Judiciário decisões mais bem fundamentadas, não com base em política, mas com base em toda principiologia constitucional (Lima, 2014, p. 127).

Neste sentido, a busca de uma abordagem hermenêutica, a partir da CHD, se dá pela certeza de que uma análise crítica das decisões judiciais, exatamente pela indeterminação que é intrínseca ao direito, é fundamental para evitar a malversação do compromisso constitucional assumido pela sociedade brasileira desde 1988, estabelecendo pressupostos adequados para a análise das decisões, como destaca Alexandre Courea:

Assim sendo, como a ‘indeterminação do Direito’ não pode ser simplesmente eliminada, a abertura hermenêutica da atividade jurisdicional há de ser enfrentada, a partir de uma análise crítica da fundamentação das decisões judiciais. Tais decisões são, muitas vezes, condicionadas por pressupostos inadequados ao atual paradigma constitucional, que devem, portanto, ser superados – como é o caso das escolas do Positivismo, da Hermenêutica Jurídica e do Realismo (2009, p. 69).

⁷² “[...] é possível afirmar que a história do constitucionalismo democrático está marcada profundamente pela luta contra qualquer tipo de manifestação autoritária do poder estatal, o que torna o ativismo judicial, a partir da chamada discricionariedade das decisões judiciais, um problema extremamente relevante para o Constitucionalismo Contemporâneo, pois, em tempos de Estado Democrático de Direito, permitir que a decisão judicial seja transformada em um simples ato de escolha política, é, no mínimo, colocar o regime democrático em risco, principalmente em *terrae brasiliis*, onde uma tradição política autoritária perdurou por tanto tempo” (Lima, 2014, p. 127).

A ideia, portanto, de adoção do método hermenêutico fenomenológico⁷³ se dá, exatamente por ser esta fundamental para entender, inclusive, o sentido de Constituição apto a guiar o processo interpretativo, como destaca Lenio Streck:

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema (2003, p. 215).

Por certo, portanto, que o enfoque nos problemas relacionados à decisão jurídica e a preocupação não está em quem decide, mas em como se decide, é que a CHD se apresenta como importante instrumento para a inadmissão de discricionariedades, partindo do pressuposto já fixado no primeiro capítulo desta investigação, qual seja, a ideia de que ativismo judicial e judicialização não são a mesma coisa, sendo o estabelecimento de constrangimentos epistemológicos⁷⁴ fundamental para a concretização da Constituição, sob pena de privilegiar o autoritarismo.

O enfraquecimento da lei (principalmente da Constituição) é próprio dos regimes autoritários e avesso a qualquer tipo de democracia, em razão do que não se pode conformar teorias da decisão que o impliquem ao Estado Social Democrático de Direito Brasileiro (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 22).

Dito isto, passemos a análise mais aprofundada de como se constrói a Crítica Hermenêutica do Direito e, claro, a Teoria da Decisão Judicial de Lenio Streck.

⁷³ “Por tais razões é que o método hermenêutico-fenomenológico adaptado e adotado pela CHD parece ter os elementos necessários para se chegar à compreensão de um fenômeno. Revolve-se o chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição; reconstrói-se-lhe a histórica institucional, fazendo com que o fenômeno se desvele, como em um palimpsesto. Método fenomenológico-hermenêutico também quer dizer “elaborar desleitura” (Streck, 2020, p. 241).

⁷⁴ “Por isso, elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido – democrático – de se poder distinguir, por meio da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas)” (Streck, 2020, p. 62.).

3.1 O que é isto, a Crítica Hermenêutica do Direito?

A Crítica Hermenêutica do Direito é, por certo, uma importante matriz teórica⁷⁵ para a análise do fenômeno jurídico e se concentra, antes de tudo, na análise de como se decide e o que se decide, sendo – em verdade – uma teoria que impõe ao intérprete relevante ônus argumentativo para justificar a tomada de decisão.

Neste sentido, pode-se dizer que a CHD é instrumento para construção de uma Teoria da Decisão Judicial, como também capaz de estabelecer os contornos do que se entende por Constituição – quanto ao seu sentido –, no caso, o chamado constitucionalismo contemporâneo. Isto porque a necessidade de uma teoria capaz de controlar e ser termômetro de crítica do ato de decidir é fundamental para classificar, exatamente, o que constitui o próprio constitucionalismo que, na contemporaneidade, é também um contraponto ao positivismo como método. “O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, ao passo que o constitucionalismo atual tem se transformado em uma Teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico como método” (Streck, 2020, p. 59).

Isto porque o positivismo, com destaque ao positivismo normativista pós-kelseniano, admite a discricionariedade na construção da decisão, afinal – desde Kelsen – já havia sido superada a ideia de que o juiz seria apenas *la bouche de la loi*⁷⁷, entretanto o próprio Kelsen não se preocupava, em sua teoria, com o ato de decidir, exatamente em razão do corte metodológico que fazia entre ciência do direito e Direito, sendo o ato de decidir um produto da interpretação como ato de vontade.

De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação

⁷⁵ “Aos poucos, a CHD se consolida com suas teses fundamentais, tornando-se matriz teórica para pensar o fenômeno jurídico – influenciando pesquisas em diversos PPGD’s e, até mesmo, processos legislativos, como é o caso da recente modificação legislativa que o Brasil vivenciou no processo civil. Contudo, este até parece ser, mas não é o fim da história. A solidez da proposta não simboliza um fechamento – mas abertura para novas reflexões” (Abboud; Tassinari; Lopes, 2017).

⁷⁶ “*Crítica Hermeneutica do Direito*, que assume, nos últimos anos, o *status* científico de verdadeira *matriz teórica* – na medida em que reúne *pressupostos epistemológicos*, que aliam a hermenêutica filosófica de Gadamer à teoria interpretativista de Dworkin; *aparato conceitual*, composto por categorias e definições próprias; *método determinado*, no caso o “método” fenomenológico-hermenêutico –, servindo de referencial para a construção de inúmeras teses e dissertações em programas de pós graduação em todo país” (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 325).

⁷⁷ A boca da lei, no francês.

como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurtem de um *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete (Streck, 2017, p. 38).

Ocorre que o direito, por certo, não se resume a aplicação da lei, sendo – antes de tudo – meio de promoção de direitos e de consagração do ideal democrático instituído pelo marco constitucional⁷⁸, até porque a própria ideia de literalidade – como já dito acima – já foi superada desde o paradigma kelseniano, entretanto o compromisso de uma Teoria da Decisão se dá, exatamente, em encarar a impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto.

É necessário compreender que nos movemos em uma impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), ou seja, nos movemos em uma impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação. É neste ponto que se dá o debate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas. Objetivamente, não conseguimos alcançar um saber que pode abarcar todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez. Em outras palavras, a objetividade conteria as hipóteses aplicativas, em que o texto conteria a norma, ou melhor ainda, o texto (a regra) conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis. Se trabalharmos, no interior de um paradigma no qual o direito assumiu um caráter hermenêutico que resulta da própria característica que marcou o direito a partir do segundo pós-guerra, em que visivelmente a tradição nos mostra o papel intervencionista da jurisdição constitucional, então a preocupação de qualquer teoria jurídica deve estar direcionada ao enfrentamento das consequências desse fenômeno. Em poucas palavras: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: 1 – a concretização de direitos – afinal, a Constituição (todavia) constitui – e, 2 – ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas (Streck, 2016, p. 2212).

Entretanto, o paradigma pós-positivista traz, exatamente, inúmeros conceitos que devem ser levados em conta para que se entenda o problema da discricionariedade judicial, como esclarece Queiroz:

O paradigma pós-positivista traz conceitos fundamentais para entender o problema da discricionariedade judicial, tais como: a distinção necessária entre texto e norma; a superação do silogismo como mecanismo de solução de questões jurídicas; crítica da equiparação da interpretação jurídica com a vontade da lei ou do legislador; inexistência da cisão entre direito e realidade ou de questão de direito e questão de fato (2016, p. 73).

⁷⁸ “[...] deixa o direito de ser pura e simplesmente a aplicação da lei, vindo a ser tido como meio de promoção dos direitos e da consagração da democracia” (Moreira; Tovar, 2015, p. 6).

Todavia, ainda que os escancare, tais paradigmas não são devidamente enfrentados pelas teorias ditas pós-positivistas, visto que estas – em que pese busquem se posicionar já na quadra do constitucionalismo democrático – não resolvem o problema da discricionariedade, que é intrínseco ao próprio positivismo, admitindo – ainda – a discricionariedade judicial.

Para o Constitucionalismo Contemporâneo, o neoconstitucionalismo consegue tão somente superar o paleojuspositivismo (exegetismo). Ao apostar na discricionariedade e na tese de “princípios são valores”, cai nos braços do positivismo pós-exegético, denunciado pro Dworkin em seu debate com Herbert Hart. Como bem diz Ferrajoli – ele próprio assumido como positivista pós-exegético -, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial (Streck, 2020, p. 59).

A CHD, por sua vez, busca enfrentar diretamente a questão da discricionariedade judicial a partir da ruptura paradigmática da fenomenologia de Heidegger, com a ruptura hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e, por fim, com a teoria interpretativa de Ronald Dworkin, sendo a teoria de Lenio Streck um “verdadeiro *abrasileiramento-hermenêutico* dessas teorias para conformá-las à realidade brasileira” (Abboud; Tassinari; Lopes, 2017).

Com tais aportes teóricos, a CHD constrói uma estrutura que busca lidar com a ideia de que não se deve, necessariamente, diminuir o papel do Poder Judiciário na quadra atual, mas obrigá-lo a atribuir o melhor sentido possível ao Direito, enfrentando os problemas da interpretação que redundam na discricionariedade.

Uma teoria da decisão judicial, necessária em um Estado Democrático de Direito, não é o mesmo que diminuir o papel da atividade jurisdicional, mas, ao contrário, deve ser construído no sentido de fazer com que os juízes atribuam o melhor sentido possível para o Direito, fugindo do velho problema engendrado pela filosofia da consciência: a discricionariedade.[...] para construir uma teoria da decisão judicial, compatível com a nova realidade constitucional, faz-se necessário superar o pensamento positivista (normativista), enfrentando alguns problemas ocultados por esta corrente: como a interpretação e a discricionariedade judicial (Lima, 2014, p. 130/131).

Neste sentido, os aportes teóricos são fundamentais para se entender que a compreensão de um texto jurídico e, portanto, a construção da norma apenas se dá a partir da linguística e deve respeitar os limites sintáticos, semânticos e paradigmáticos que estabelece

o texto (Ferraz *et al.*, 2021, p. 138), sendo a CHD um modo de se levar a sério o dever de fundamentação das decisões judiciais em tempos de constitucionalismo democrático.

[...] a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria jusfilosófica que procura fazer valer o texto constitucional e leva à fundamentação das decisões judiciais a sério (Art. 93, inciso IX da CF). Postulando que as manifestações jurisdicionais não podem se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (“julgo conforme minha consciência” e afins), defende que a autenticidade da prestação jurisdicional se realiza quando as compreensões do julgador filtram-se, explicam-se e explicitam-se em acordo com os termos da Constituição (Ferraz *et al.*, 2021, p. 147).

E tal filtro existe, exatamente, como parâmetro para que se considere que a decisão não é mero produto da vontade do intérprete, mas deve corresponder, segundo Streck, a resposta correta ou adequada à Constituição,⁷⁹ que – na quadra do constitucionalismo contemporâneo – “derruba a ideia de uma confiança absoluta em algo como um legislador racional e, ao mesmo tempo, oferece freios ao voluntarismo judicial” (Streck, 2013, p. 205) e tais freios são ônus ao próprio intérprete.

Streck dedica-se a uma *teoria da decisão de modelo construtivista*, vale dizer, uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento, exigindo a construção de uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do Direito da comunidade política (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 323).

Neste sentido, passa-se aos referenciais teóricos adotados por Streck para a construção da CHD, destacando-se que esta se concentra em “discutir a validade dos discursos jurídicos e as condições de possibilidade de uma teoria da decisão” (Streck, 2017, p. 511), a partir do “compromisso de evitar o arbítrio. Não há *ab libitum* em uma democracia” (Streck, 2017, p. 636), levando-se em conta a existência de um “direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada” (Streck, 2017, p. 688), já que “decidir não é o mesmo que escolher” (Streck, 2019, p. 27).

⁷⁹ “[...] existem teorias da decisão que relegam o texto normativo jurídico a segundo plano, e permitem que fatores externos (*e.g.* consequências econômicas, políticas, sociais da decisão) se sobreponham, Outros creditam ao juiz, diante da vagueza do texto, um pretenso poder de escolha entre diversas “soluções possíveis”. Teorias desse tipo são um risco ao Estado Democrático de Direito, posto que o atingem num de seus pilares mais importantes: a segurança jurídica. O texto jurídico suporta significados diversos (alguns melhores, outros piores) a depender do caso concreto, entretanto possui limites semânticos insuperáveis. Por outro lado, muito embora seja verdade que, dado texto, a priori, sugere mais de uma interpretação, diante do caso concreto, sempre existe aquela que é constitucionalmente mais adequada, não cabendo ao juiz poder de “livre” escolha” (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017. p. 22).

3.1.1 A fenomenologia de Martin Heidegger

Um dos referenciais teóricos indispensáveis à construção da Crítica Hermenêutica do Direito, por certo, é a fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, visto que a CHD se desenvolve a partir do estudo do fenômeno jurídico no interior do paradigma da fenomenologia hermenêutica, posteriormente aprimorado pela hermenêutica filosófica gamaderiana.

A fenomenologia hermenêutica heideggeriana, por certo, encontra-se marcada por dois teoremas fundamentais formulados pelo dito filósofo, quais sejam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico.

A diferença ontológica – fruto do *linguistic turn*⁸⁰ - deriva da compreensão de que não é possível ao homem acessar os objetos de conhecimento de forma direta, visto que a linguagem é – **sempre** – a mediadora do conhecimento humano⁸¹. Neste sentido, se o acesso ao mundo depende da linguagem, a própria compreensão humana se baseia na compreensão que o ser tem de si mesmo, sendo esta a grande revolução heideggeriana para a filosofia.

O giro ontológico-linguístico consiste, assim, na grande revolução que Martin Heidegger legou para a filosofia. Segundo Heidegger, a filosofia relegou a um plano ôntico um problema que é necessariamente ontológico, ou seja, investigou objetivando o ente algo que pertence à esfera do ser. Toda a tradição anterior pensou a ontologia fora do homem. Era uma ontologia da coisa, de essências, de objetos e se dirigia paradoxalmente ao ente, e não ao ser. Foi Heidegger quem deslocou o homem para dentro da ontologia, incluindo o seu modo de ser na problemática ontológica e transformando a reflexão filosófica em uma ontologia da compreensão (Queiroz, 2016, p. 76).

Com o estabelecimento da diferença ontológica, há radicalização do problema hermenêutico, já que as estruturas passam a ser analisadas a partir da dimensão humana que fundamenta essa existência, demonstrada pela ideia de pré-compreensão, pois só compreendemos as coisas a partir da compreensão que temos de nós mesmos.

⁸⁰ Giro linguístico, do inglês.

⁸¹ “Atualmente, vivemos momento filosófico em que se estriba no giro linguístico (*linguistic turn*) fenômeno datado do século XX, que modificou profundamente o direito. A partir do giro linguístico, exsurge a compreensão de que o homem é incapaz de acessar os objetos de conhecimento diretamente: a linguagem é sempre mediadora do conhecimento humano. O acesso ao mundo cultural, portanto, depende, inarredavelmente, da linguagem” (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017. p. 19).

Com efeito, Heidegger radicaliza o problema hermenêutico de modo a introduzir nele algo que poderíamos chamar de elemento antropológico. Por meio de suas intuições fundamentais, o filósofo pode perceber que toda compreensão – seja ela compreensão de um texto ou da própria história – se encontra já fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência. Desse modo, todas as estruturas fundamentais da existência humana passam a ser pensadas e analisadas a partir dessa dimensão hermenêutica que fundamenta a própria existência: compreender a nós mesmos e a nossa histórica é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, históricas etc (Streck, 2013, p. 210-211).

A referida conclusão é fundamental para o diálogo acerca da decisão judicial, isto porque a existência de uma antecipação de sentido faz com que não seja possível desdobrar os atos de interpretação e de aplicação em dois, tendo em vista que ambos acontecem, por certo, juntos.

Na verdade, o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. A decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. E a resposta está em Heidegger: quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso, a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como (als) fuzil. O que quero referir é que não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicitada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico (Streck, 2017, p. 479).

O exemplo do fuzil dado por Streck é bastante interessante e pode ser acompanhado – também a título de exemplificação – pela afirmação de que os índios, quando da colonização, não viram as caravelas⁸². Não necessariamente porque não as enxergaram, mas porque não tinham o repertório suficiente para reconhecer o que elas eram, exatamente porque não havia repertório de construção da pré-compreensão daquilo que elas constituíam. Esta explanação, inclusive, é feita por Otavio Paz em “O Labirinto da Solidão” ao justificar porque a civilização asteca cede aos colonizadores espanhóis⁸³.

⁸² “Sem conceitos mentais os estímulos que resultam na percepção não seriam organizados. A experiência seria caótica sem percepção e sem emoção. [...] É por isso que os índios não viram as primeiras caravelas no horizonte e é por isso que algumas características acabam nos escapando quando estamos analisando um perfil estratigráfico” (Pellini, 2009, p. 28).

⁸³ “Por que Moctezuma cede? Por que se sente estranhamente fascinado pelos espanhóis e experimenta diante deles uma vertigem que não é exagero chamar de sagrada - a vertigem lúcida do suicida diante do abismo? Os deuses o abandonaram. A grande traição que inicia a história do México não é a dos tlaxcaltecas, nem a de Moctezuma e seu grupo, mas sim a dos deuses. Nenhum outro povo se sentiu tão totalmente desamparado quanto se sentiu a nação asteca em face dos avisos, das profecias e dos signos que anunciaram sua queda. Corremos o risco de não compreender o sentido que tinham estes signos e profecias para os índios, se esquecermos sua concepção cíclica do tempo. Conforme acontece com muitos outros povos e civilizações, para os astecas o tempo não era uma medida abstrata e vazia de conteúdo, mas sim algo de concreto, uma força,

O exemplo em questão foi utilizado pelo Professor Dr. José Geraldo Júnior em participação na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que investiga o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST), veja-se:

Em respeito à deputada, porque na verdade ela não me fez pergunta nenhuma, né? Eu só queria dizer assim... Octavio Paz, em 'O Labirinto da Solidão', diz que quando (Cristóvão) Colombo chegou, (os indígenas) não viram as caravelas... Elas estavam ali fundeadas, mas não havia cognição para poder representar cerebralmente uma imagem que era absolutamente incompatível com o quadro mental de uma cultura que não tinha elementos para visualizar... Por isso que os gregos diziam que 'teoria' significa 'aquele que vê', o 'teores', é 'aquele que vê'... A gente só vê o que tem cognição pra ver... Eu não tenho como discutir com a deputada porque a sua visão de mundo, a sua percepção como cosmovisão, só lhe permite enxergar o que a senhora já tem escrito na sua cognição... Então a senhora vai ver não é o que existe, mas é o que a senhora recorta da realidade... A realidade é recortada por um processo de cognitivo de historicização... Então, eu não posso discutir um tema que contrapõe visão de mundo, concepção de mundo, entendeu? (Uol, 2023).

A referida exemplificação se relaciona perfeitamente ao pugnado por Heidegger, e – ainda – demonstra a importância de sua teoria para a interpretação jurídica, visto que a percepção fenomenológica da interpretação jurídica afasta o relativismo e reforça a diferença entre texto e norma.

Acredito que a diferença entre texto e norma só tem sentido se olhada a partir da redução fenomenológica proposta por Heidegger. Ou seja, é preciso compreendê-la a partir da diferença ontológica. Com isso, tem-se por afastado o fantasma do relativismo, porque nunca haverá normas sem textos (Streck, 2017, p. 543).

A consideração da diferença entre texto e norma, a partir do paradigma heideggeriano, é diferente daquela adotada pelas teorias pós-positivistas que buscam o desenvolvimento de um método interpretativo ignorando o giro ontológico. Isto porque a Crítica Hermenêutica do Direito vai adotar uma ideia intersubjetiva de interpretação, com a quebra do paradigma sujeito-objeto.

substância ou fluido que se gasta e consome. Daí a necessidade dos ritos e sacrifícios destinados a revigorar o ano ou o século. Mas o tempo - ou mais exatamente: os tempos -, além de constituir algo de vivo que nasce, cresce, decai, renasce, era uma sucessão que regressa. Um tempo acaba; outro volta. **A chegada dos espanhóis foi interpretada por Moctezuma - pelo menos no princípio - não tanto como um perigo "externo", mas sim como o acabar interno de uma era cósmica e o princípio de outra. Os deuses vão embora porque seu tempo acabou; mas volta outro tempo e com ele outros deuses, outra era"** (grifos nossos). (Paz, 1984, p. 87).

[...] a partir do giro ontológico, mostra-se como que a interpretação de um texto jurídico traz consigo todas as implicações da faticidade e da historicidade daquele que interpreta tais textos [...] o homem é um animal formador de mundo, sendo desnecessário procurar uma ponte entre sujeito e objetos. Assim, sua existência o atrai, desde sempre, para dentro de um mundo, no interior do qual ele lida com objetos, os compreendendo e os interpretando a partir de uma estrutura – compartilhada por todos de um modo apriorístico – chamada pré-compreensão (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 323).

Isto porque as tentativas de estabelecer métodos interpretativos fechados, que partem da ideia de que o sujeito é neutro e, portanto, o objeto não se faria a partir do sujeito, são superadas pela viragem ontológica que passa a reforçar a ideia de intersubjetividade, representada pelo círculo hermenêutico, com a conclusão de que pela existência da pré-compreensão o método sempre chega tarde.

Definitivamente, uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o *Dasein* já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções (Streck, 2017, p. 325).

O círculo hermenêutico passa a ser considerado, portanto, como um ato de “integração” da interpretação do direito, não sendo a ideia de impossibilidade de um método interpretativo a chancela para que o intérprete possa exercer a interpretação como melhor lhe aprouver, muito pelo contrário, é o entendimento de que há uma pré-compreensão e a impossibilidade de se evitar os pré-juízos do sujeito quando de sua relação com o objeto que fazem com que existam condições de possibilidade à construção de uma resposta correta.

A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do Direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete (Streck, 2017, p. 387).

Até porque a ideia de círculo hermenêutico é, exatamente, a percepção de que a compreensão é atravessada antes mesmo que o sujeito pense que se assenhora da

interpretação e dos sentidos, daí a ideia de intersubjetividade. Não há como o indivíduo se assenhorar do objeto.

[...] o círculo hermenêutico “atravessa” a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete como sujeito do “esquema sujeito-objeto”, mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá. (Streck, 2017, p. 417).

O círculo hermenêutico, portanto, é mais uma das demonstrações de que a abordagem hermenêutica – ainda mais da crítica hermenêutica – é uma abordagem que leva em conta a decisão como uma questão de fundamentação, de “como” se decide.

E é daí que surge a complementação, de suma importância, feita por Gadamer, como esclarece Streck:

Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isso – essa circunstância ficará bem explicitada na hermenêutica gadameriana desenvolvida em *Wahrheit und Methode* – compreender e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método, saltando-se, assim, da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão. Quando Heidegger identifica um duplo nível na fenomenologia [hermenêutico e apofântico], abre as possibilidades para a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de cariz procedimental. Na verdade, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento, questão que se torna absolutamente relevante para aquilo que tem dominado o pensamento dos juristas: o problema do método, considerado como supremo momento da subjetividade e garantia da correção dos processos interpretativos. Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o Dasein já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do Dasein, e não uma propriedade colada sobre o ente, colocado atrás desde ou que para não se sabe onde, em uma espécie de reino intermediário (2006, p. 429-430).

Neste diapasão, a título de conclusão, a filosofia heideggeriana é fundamental para dar devida atenção ao ser do ente, superando o equívoco do pensamento metafísico, como esclarece Lima:

[...] a filosofia heideggeriana buscou compreender o ser do ente na sua historicidade, no seu acontecer concreto, na sua faticidade, indo além das dissimulações da vida, para superar o grande equívoco cometido pelo pensamento metafísico, que chamou de ser, o que não era o ser, mas sim o ente. Portanto, foi

necessário deslocar o olhar do ente em direção ao ser, de forma que o oculto pudesse se manifestar conforme afirmou Gadamer (2014, p. 130).

E a busca da identificação do modo-de-ser-no-mundo do sujeito se dá, exatamente, a partir da linguagem, visto que a pré-compreensão se constrói a partir da comunicação, já que a realidade apenas existe linguisticamente e, sempre, haverá algo que escapa, que foge, pela impossibilidade de alcançar a coisa em sua completude.

A realidade só existe para o homem linguisticamente. Antes do filtro da linguagem, o mundo é apenas um dado bruto inalcançado. Cumpre ao sujeito atribuir-lhe significado, num processo em que sempre algo é perdido, porque o homem é incapaz de alcançar a coisa na sua totalidade e expressá-la de maneira fiel: inarredavelmente, é refém dos seus próprios prejuízos, construídos pelos elementos situacionais que o circundam (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 19).

Portanto, Heidegger acaba por posicionar a linguagem em importante patamar, a demonstrar – exatamente pelo giro ontológico e pelo círculo hermenêutico – que a linguagem é condição de possibilidade para a compreensão.

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa (Streck, 2003, p. 254-255).

E, por certo, só a partir desta condição de possibilidade é que será possível uma resposta correta, no ato de interpretação, pois “a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar” (Streck, 2017, p. 480), o que não significa que se faz necessário – ou possível – o estabelecimento de um método fechado para este percurso, como veremos, mais adiante, pelas conclusões de Hans-Georg Gadamer.

3.1.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer

Enquanto em Heidegger desvelava-se a filosofia hermenêutica, com Gadamer se revela a hermenêutica filosófica, que desloca o problema da compreensão voltado

exclusivamente à questão do ser em Heidegger, e traz a compreensão atrelada à história e, também, à cultura (Jung, 2021, p. 1).

Neste sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito vale-se da hermenêutica filosófica gadameriana a partir da ideia de pré-compreensão que, por si só, afasta a cisão entre interpretação e aplicação, instituindo a ideia de *applicatio* e, por fim, se funda na autoridade da tradição, com fins de blindar decisionismos.

Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (pensemos nas três *subtilitates*) e a autoridade da tradição são os componentes que “blindam” a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama de hermenêutica da faticidade (Streck, 2017, p. 526).

A partir de sua obra *Verdade e Método*, Gadamer traz, com sua hermenêutica filosófica, a ideia de que não é possível – e nem mesmo desejável – que sejam fixadas regras metódicas para a interpretação nas ciências humanas⁸⁴, devendo – ao invés de uma práxis interpretativa – haver uma interpretação contextual, que leve em consideração a ideia de tradição do ser, como destaca o filósofo Ernildo Stein:

[...] uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa, bem diferente, é inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com características do acontecer da tradição na história do ser, onde interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta [...] o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo, assim haver uma pretensão de totalidade da interpretação (Stein, 2002, p. 101).

Isto não significa, todavia, que – pela inexistência do método – estaria o intérprete autorizado a interpretar de forma solipsista, dando às palavras o sentido que bem desejasse, isto porque a convicção da impossibilidade de cindir os atos de conhecimento, interpretação e aplicação, por si só, já impede que o intérprete possa – ao seu bel prazer – moldar os sentidos do texto.

⁸⁴ “[...] o título poderia ser lido como “*Verdade contra o Método*”, posto que o autor busca demonstrar que existem diferentes níveis de experiência (arte, conhecimento histórico e linguagem), nos quais não se têm a verdade por meio lógico-analítico, mas sim, “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas da linguagem e do discurso”. É ponto nodal da teoria a questão da *pré-compreensão (Vorvenstandinis)* do intérprete. O sujeito cognoscente conhece o objeto embebido numa série de prejuízos, de modo que a neutralidade é uma utopia” (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 19).

Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, como também confere a essa matriz a dimensão problemática tão enaltecida pelo próprio Castanheira Neves. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjuminam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação) (Streck, 2017, p. 518).

Inclusive porque, a ideia de uma interpretação construtiva do Direito passa, necessariamente, pela existência de blindagens ao próprio intérprete, sendo estas – por exemplo – a autoridade da tradição e a ideia de um círculo hermenêutico que é ínsito ao processo interpretativo.

A compreensão que se quer deixar clara com isto é a de que o intérprete construtivo do Direito terá, necessariamente, “amarras” com o passado, já que deve *aderir* a uma tradição, e não instaurar uma nova. A influência efetiva da história e do “estar situado” do intérprete, que acabam conformando as suas possibilidades de compreensão, faz com que se reconheça uma certa *autoridade* à tradição. Assim, tornar a tradição questionável será tarefa de uma “consciência hermenêutica”, apta a colocar em suspensão os pré-conceitos do intérprete (Motta, 2012, p. 189).

Como dito antes, em uma abordagem verdadeiramente hermenêutica, o método não é possível. Sua impossibilidade decorre, exatamente, do fato de que não interpretamos para compreender, mas sim compreendemos para poder interpretar, sendo – na concepção hermenêutica – o ato interpretativo consistente na explicitação do que foi compreendido, a partir da pré-compreensão (Streck, 2017, p. 327).

Neste paradigma, a interpretação de um texto legal não corresponde, simplesmente, a descobrir a vontade da lei ou do legislador – como advogam os voluntaristas – isto porque a partir do momento em que um texto legal passa a existir ele deixa de ser de quem o concebeu e passa a ser o produto de sua aplicação, desde que em consonância com o ordenamento constitucional, adaptando-se a partir dos fluxos da história. O texto é linguagem e, portanto, é vivo e só compreendemos a partir da linguagem.

A interpretação, portanto, é aplicação, um momento único que se dá em um processo de circularidade com a tradição do texto e a partir da pré-compreensão do intérprete, processo este que será comprovado, revisado e até mesmo corrigido a partir do caso concreto como parâmetro, mas – é certo – sempre haverá uma antecipação de sentido, devendo o intérprete

se permitir ouvir o que o texto tem a dizer e com ele dialogar, no que se chama de alteridade hermenêutica (Moreira; Tovar, 2015, p. 14/15), sendo isto responsabilidade do aplicador.

No direito o que se pretende é decidir. Decidir é comprometer-se com algo que se antecipa. É estar vinculado aos critérios consagrados em determinada tradição (comunidade política que constrói o direito), exigindo ao juiz, no caso, a sua responsabilidade de engajamento (Morais; Redin, 2012, p. 281).

Os ensinamentos de Gadamer, portanto, reforçam o conceito de que não há neutralidade no ato interpretativo, já que não há grau zero de sentido na compreensão, exatamente pela existência de uma pré-compreensão, permeada de pré-juízos que são frutos de uma dada tradição, mas que são condição de possibilidade para compreender.

Portanto, o indivíduo que se dispõe a conhecer o objeto exerce uma interpretação situacional, influenciada pelos elementos culturais que o cercam. É justamente por isso que jamais acessa a verdade de maneira direta e absoluta. Sua experiência de conhecimento é sempre relativa, porquanto determinada historicamente. Os preconceitos são condição da compreensão, “os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser” (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 20).

Ocorre que a Crítica Hermenêutica do Direito busca trazer à baila a existência da pré-compreensão, já exposta por Gadamer, para que se leve em conta a impossibilidade de fazer coincidir texto e norma, isto porque o intérprete é responsável por atribuir sentido ao texto, o que não significa que o texto não seja, por certo, alguma coisa. Assim bem destaca Georges Abboud:

[...] não pode de antemão abandonar-se cegamente à causalidade das próprias opiniões, para em consequência e de maneira cada vez mais obstinada não dar ouvidos à opinião do texto, até que esta opinião não se deixa mais ouvir, impedindo a compreensão presumida. Quem quiser compreender um texto está, ao contrário disposto, a deixar que ele diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve ser de antemão receptiva a alteridade do texto. Essa receptividade não pressupõe, no entanto, uma “neutralidade” quanto à coisa, nem um anulamento de si mesmo, incluindo a apropriação seletiva de opiniões e preconceitos (2014, p. 97).

A consideração da pré-compreensão, inclusive, quanto à ideia de desvencilhamento de texto e norma é fundamental para que se possa encarar a inexistência de neutralidade do intérprete de forma séria, com fito de garantir o controle das decisões judiciais, o que –

inclusive – também afasta as correntes que adotam a ideia procedural⁸⁵ das teorias da argumentação.

O ideal iluminista da neutralidade – que prega superação dos preconceitos por meio do uso metodológico e disciplinado da razão (ideia cartesiana do método) -, mostra-se absolutamente inadequado, pois os preconceitos não devem ser vistos de forma negativa, já que em verdade são eles que possibilitam a compreensão, por formarem o horizonte que a possibilita (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 19).

A ideia de atribuir sentido ao texto é fundamental, inclusive, para que se entenda a também impossibilidade de cindir o fato e o direito, isto porque o intérprete não retira do texto o seu significado, mas atribui significado ao texto a partir da concretude do caso, como bem ensina Lenio Streck:

Assim, a lei é um texto, ao qual atribuiremos um sentido, que somente se dará na sua concretude. Existem milhares de modos de cometer um furto. Mas a lei fala apenas em “subtrair coisa alheia móvel”. A lei somente se concretizará no momento em que alguém, efetivamente, furtar. E por mais que, por exemplo, queiramos conceitualizar o que seja “pequeno valor” ou “insignificância” ou “rompimento de obstáculo”, somente diante de cada caso é que construiremos o sentido da “coisa concreta”. É neste ponto que entram os princípios, densificadores das regras. Do mesmo modo, quando uma decisão é produzida, ela também será um texto, que, para ser aplicado na sequência, também necessitará do contexto (outro caso concreto) (2013, p. 218).

Pelo mesmo motivo é fundamental a consideração da *applicatio* de Gadamer, já que, como não há grau zero de sentido, o intérprete sempre atribui sentido ao texto a partir de uma antecipação, um sentido antecipado constituído pelo conjunto de elementos e categorias que o levam à compreensão (Streck, 2020, p. 21), e isto é, inclusive, uma blindagem à discricionariedade, se devidamente pensado, afinal “*Applicatio* significa impossibilidade de “acoplar” conceitos a coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete, que, posteriormente, venham a ser “encaixados” às “coisas-ainda-sem-sentido”. É isso que significa *applicatio*” (Streck, 2017, p. 159).

⁸⁵ Enfim, hermenêutica não é método por uma razão singela: é impossível responder a pergunta acerca de qual é o método que existe para dizer o método adequado para interpretar...Isso está muito claro desde há muito, tanto em Gadamer como no pai do pós-positivismo, Friedrich Muller. [...] Portanto, a hermenêutica da qual falo não tem relação com o seu sentido tradicional (teórico-descritivo). Tem ela uma dimensão prescritiva, na medida em que, neste processo de revolvimento do chão linguístico, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de lei, decreto, jurisprudência etc.) (Streck, 2013, p. 208-209).

O ato do intérprete – a partir da *applicatio* – passa a ser encarado como uma integração entre conhecer, interpretar e aplicar, razão pela qual o sentido correto decorrente dessa integração, ao funcionar como condição de possibilidade, funciona como condição de possibilidade para o exercício do ato de atribuir sentido ao texto, sendo a tradição fundamental neste processo, já que está para além do intérprete.

A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a *cisão* – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do Direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete (Streck, 2017, p. 387).

Observe-se que, seja pela concepção de que há uma tradição que independe do intérprete, como também a conclusão de que há uma pré-compreensão que não pode por ele ser controlado, seja pela ideia de que a existência dessa pré-compreensão, *de per si*, faz com que seja impossível cindir a interpretação da aplicação é que a Crítica Hermenêutica do Direito vai construindo blindagens fundamentais para que o direito não seja, apenas, uma ferramenta de justificação das decisões. Os significados não estão à disposição do intérprete, ao seu bel prazer.

Explico. É uma ilusão pensar que primeiro se tem a solução para depois buscar a justificação para isso. Isso é transformar a interpretação em um ato de vontade. Com isso, o direito vira apenas um cosmético”, um adereço que só serve para “maquiar” decisões produto da vontade do intérprete. Ora, o fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Embora, a partir da hermenêutica, sempre haja um sentido antecipado, isso não significa “tomada de uma decisão antecipada sobre algo”. Isso porque a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento.(...) Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Estamos, assim, condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a “norma” produto da “síntese hermenêutica”, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete (Streck, 2013, p. 217-218).

Aqui, se reforça a importância da linguagem, afinal, conforme destaca Gadamer, a linguagem não é um simples aparato para comunicar e distinguir coisas, a linguagem é, na verdade, constituidora do mundo e do próprio homem (Queiroz, 2016, p. 76), de modo que o ser, desde que compreendido, já é linguagem (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 321).

Ora, neste sentido esclarece Gadamer que devemos, se quisermos compreender um texto, deixar que este nos diga algo, pois se o texto não tem nada a dizer, não podemos compreender nada sobre ele, afinal só há compreensão a partir de linguagem, o que não significa – por certo – que o intérprete não se relacione com a coisa para compreendê-la.

Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias (Gadamer, 2012, p. 358).

A linguagem possibilita a compreensão, sendo que a antecipação de sentido se dá a partir da linguagem, e não se pode olvidar que a antecipação de sentido é representada, também, pelo sentido que o intérprete tem da própria Constituição (Streck, 2013, p. 2.017) e é por isso que é fundamental que não exista uma baixa compreensão acerca do sentido da própria Constituição, sendo esta um dos guias fundamentais – e também antidiscrecional – da interpretação.

Isso significa dizer que uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático do Direito – inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, *com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais*. As condições de possibilidades para que o intérprete compreenda um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social (Streck, 2017, p. 375).

Por fim, as contribuições de Heidegger são fundidas, na CHD, com os pensamentos de Gadamer, sendo que de Heidegger se retira “o modo absolutamente novo de lidar com o problema da história graças à sua operação de “desespistemologização da filosofia”, com a superação da relação sujeito-objeto a partir da descobertas do caráter autointerpretativo do Dasein;” (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 315), já quanto à Gadamer adota-se “a afirmação do caráter metateórico ou transdisciplinar de sua hermenêutica filosófica. Sem ter o caráter de fundamento e tampouco de método para as ciências do espírito.” (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 315), não se olvidando da importância da tradição. “A Crítica Hermenêutica do Direito está preocupada com o que vem antes [...] A tradição (Gadamer), os efeitos que o peso da história

tem sobre nós, é algo que se torna a condição de possibilidade no processo de compreensão” (Streck, 2016, p. 2.212-2.213).

Ocorre que, além de Gadamer, a CHD ainda traz consigo os ensinamentos de Ronald Dworkin, já que a autoridade da tradição gadameriana é combinada com o modo de reconstrução do Direito a partir da integridade e coerência dworkniana, outra das amarras à discricionariedade, que adiante veremos.

3.1.3 A teoria interpretativa de Ronald Dworkin

A Crítica Hermenêutica do Direito busca, sem dúvida, defender a necessidade de existência de criteriologia para a concepção das decisões judiciais, ou seja, desvendar as condições pelas quais se é possível dizer que algo é o que é – o que também redundaria na existência de condições para dizer que algo não é – e, com isso, entender que, se é possível dizer que algo é, é possível identificar uma decisão correta.

Neste sentido, a CHD utiliza-se dos pressupostos de Heidegger e Gadamer – acima expostos – e ainda faz um *mix* com as noções trazidas por Ronald Dworkin em sua teoria interpretativa com a hermenêutica filosófica (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 325).

A resposta correta proposta nesta obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), guardadas, a toda evidência, as especificidades/particularidades dos modelos de Direito da *common law e civil law*, deve ser entendida como uma metáfora (Streck, 2017, p. 480).

A teoria dworkniana – muito bem aprofundada em *O Império do Direito* (2014) – concebida no contexto do direito norte-americano, tem importantes elementos adotados pela Crítica Hermenêutica do Direito, dentre eles a noção de direito como integridade, para compor os padrões mínimos de uma decisão judicial (Moreira; Tovar, 2015, p. 25).

A noção de direito como integridade de Dworkin parte do pressuposto de que a história institucional do Direito deve ser reconstruída a partir da análise do caso julgado (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 324) e, assim, se aproxima um pouco da ideia de autoridade da tradição trazida por Gadamer, como destaca Streck:

Também é possível apontar para a força (e autoridade) da tradição (Gadamer) como o modo de reconstrução do Direito a partir da integridade e da coerência (Dworkin), que pressupõe a *Wirkungsgeschichte* (história efetual) e provoca uma *Horizontverschmelzung* (fusão de horizontes). É certo que Dworkin não se refere à história efetual (ou a consciência dos efeitos da história sobre o intérprete) e nem à fusão de horizontes assim como é tratado por Gadamer. Entretanto, é possível encontrar essa similitude entre ambos (2017, p. 156).

Neste sentido, a atividade do intérprete deveria respeitar as imposições da tradição, ainda que o próprio intérprete fosse a ela contrário, como destaca o jusfilósofo: “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (Dworkin, 2014, p. 74/75).

Neste diapasão, Dworkin destaca que – quando da interpretação – estará o intérprete desenvolvendo um processo construtivo em que tem a missão de compreender o objeto da melhor maneira possível ao seu propósito.

Em “O império do Direito”, Dworkin sustenta que a interpretação é um processo construtivo. Isso significa, para o autor, que interpretar é mostrar o objeto interpretado em sua melhor forma. Ou seja, ao interpretar, deve-se conceber o objeto interpretado como compreendendo da melhor maneira possível ao propósito ou valor ao qual se imagina previamente que ele atenda (Jung, 2021, p. 3).

Assim sendo, é desmistificada a ideia subjetivista da interpretação, e também justificada a impossibilidade de um paradigma eminentemente objetivo do ato interpretativo, mas adotada a ideia intersubjetiva para a interpretação – afastando o sistema sujeito-objeto – não sendo o sentido do objeto aquele pretendido pelo autor, mas o sentido capaz de dar maior valor ao objeto (Coelho, 2014, p. 24).

Neste sentido, a ideia de integridade de Dworkin é um dos pilares para o estabelecimento de criteriologia para o interpretar, e bem definida por Streck:

integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la (2020, p. 44).

A coerência, por sua vez, traz a ideia mais objetiva de igualdade, qual seja, a de que casos semelhantes devem guardar entre si uma consistência lógica em seu julgamento

(Streck, 2020, p. 44), a de que deve haver uma noção coerente acerca da visão de justiça, como destaca Francisco Borges Motta:

Dworkin defende o ponto de que, além de uma “coerência de estratégia”, os juízes devem observar uma “coerência de princípio”, que exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça (2012, p. 189).

Com a noção de integridade, aliada à coerência, Dworkin defende a existência de certa objetividade no Direito, ou seja, defende a possibilidade de haver uma resposta correta aos problemas jurídicos apresentados ao julgador, quando do ato decisório, não sendo o ato de julgar uma escolha do julgador, mas uma questão de julgamento⁸⁶, devendo o julgador buscar a melhor interpretação.

Dworkin fala em objetividade do Direito porque, para ele, se o Direito não tivesse uma carga de objetividade, tudo seria uma questão de gosto (não de julgamento), e, se fosse assim, não haveria sentido a existência de debates, discussões. Esta distinção entre questão de gosto e de julgamento é importante para firmar as bases da possibilidade de existência de uma melhor interpretação. Isso porque, quando alguém faz um julgamento, não o faz pensando estar errado, mas pensando em acertar, o que não acontece na questão de gosto. Assim, para Dworkin, a objetividade do direito nada mais é do que o reconhecimento da possibilidade de buscar respostas melhores (ou corretas). E isso é possível porque entendemos o que sejam interpretações ruins (Tassinari, 2013, p. 101/102).

E aqui se observa, também, a relação entre o defendido por Dworkin e os escritos de Gadamer e Heidegger, isto porque a ideia da resposta correta corresponde, por certo, na concepção de que o intérprete deve se abrir ao fenômeno interpretativo – de viés intersubjetivo – e que isso se dá, exatamente, por sua condição humana e – claro – a partir da linguagem.

a resposta correta de Dworkin jamais poderia representar, por exemplo, uma proibição interpretativa, uma antecipação de respostas aos problemas jurídicos ou, então, a existência de uma fórmula infalível para certas controvérsias (pretensões que, sob certa perspectiva, aparecem na construção de súmulas vinculantes brasileiras, por exemplo); ao contrário, a tese da resposta correta dworkniana está centrada numa abertura do jurista para o fenômeno interpretativo, o que faz parte da condição humana (Streck, 2020, p. 43).

⁸⁶ “Decisão não pode ser invenção. Decisão não pode ser escolha discricionária. Nem arbitrária. Aliás, decidir não é o mesmo que escolher” (Streck, 2019, p. 27).

No desenvolvimento de sua teoria – baseada na ideia principal do direito como integridade – Dworkin ainda traz importantes elementos, como já dito, que são caros à Crítica Hermenêutica do Direito, elementos estes que reforçam a ideia não relativista que deve estar presente em uma Teoria da Decisão Judicial de viés democrático, como bem elenca Streck:

tudo isso demonstra o esforço de Dworkin em defender que existe certa objetividade no Direito, o que aparece em suas obras a partir da defesa de certos elementos, tais como: moralidade da política (construção de uma moral não relativista); responsabilidade política do julgador (para promover a igualdade); interpretação jurídica como romance em cadeia (vinculação do julgador a casos passados e comprometimento com as especificidades da controvérsia) (Streck, 2020, p. 44).

Há de se destacar, aqui, a ideia do romance em cadeia que, por sua vez, reforça o conceito de tradição – e da noção de integridade – como explica o próprio Dworkin:

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio de que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. (2005, p. 238).

A ideia do romance em cadeia⁸⁷ elucidada o direito como uma prática interpretativa e argumentativa, capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional. Este pressuposto, *de per se*, afasta a possibilidade de assujeitamento do objeto interpretado, coroando, assim, certa objetividade ao ato de julgar e, além disso, afasta o intérprete do realismo jurídico, já que o vincula, também, ao passado⁸⁸.

A teoria dworkiniana apresenta, assim, uma perspectiva pragmática sobre a atividade jurisdicional, partindo da premissa de que o direito é uma prática interpretativa. Dworkin procura superar o paradigma do positivista jurídico, de acordo com o qual o juiz poderia decidir casos difíceis discricionariamente. Além

⁸⁷ “O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de “um romancista na corrente” deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então; nestes termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora” (Motta, 2012, p. 189).

⁸⁸ “A determinação da decisão em um caso já traz consigo um problema imediato: o que deverá ser feito no próximo caso” (Streck, 2017, p. 587).

disso, o autor se contrapõe ao realismo jurídico, que lida com uma teoria do direito em que as decisões não têm ligação com a história jurídica de uma comunidade, mas apenas com o futuro projetado politicamente em cada nova decisão, cuja legitimação apenas era verificada posteriormente (Fiirst, 2018, p. 115).

Isto porque, como destaca Dworkin, os julgadores têm, para com a comunidade, um dever moral, nominado de responsabilidade política, segundo a qual “o poder político exercido nos casos concretos somente pode ser legitimado se encontrar justificativa na teoria política que fundamenta todas as demais decisões dos juízes” (Marin; Ramos Neto, 2019, p. 90), o que retira a possibilidade de sustentar decisões judiciais discricionárias.

Afinal, a responsabilidade política faz com que, ainda que o julgador tenha subjetividades, não poderá julgar com base, exclusivamente, nelas, isto porque as respostas do direito devem se dar a partir do próprio direito (Streck, 2020, p. 34-35), e não de elementos externos, sendo papel de uma Teoria da Decisão Judicial promover, por certo, *accountability*⁸⁹. “Com certeza, não é por implicância. É por um dever cívico-epistêmico. Juízes têm responsabilidade política, não no sentido vulgar, mas no sentido de *accountability*. Juízes devem julgar por princípio e não por moral ou política ou por análise econômica” (STRECK, 2020, p. 75).

Com pequenas pinceladas acerca das raízes teóricas que formam e conformam a Crítica Hermenêutica do Direito, faz-se possível esclarecer a razão de ser de adoção – e correção – de tal referencial teórico para o presente trabalho e porque se faz necessário em tempos de Constitucionalismo Democrático.

3.2 Por que a crítica hermenêutica do direito?

Após a breve explanação acerca das balizas que constroem a Crítica Hermenêutica do Direito, faz-se possível, a partir de então, a explicitação acerca das razões de sua adoção no presente trabalho, com destaque à sua adequação para tratar da atuação do Poder Judiciário em matéria de incorporação de tecnologias em saúde, matéria esta devidamente disciplinada pela Lei Federal 12.401/11.

⁸⁹ “Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades” (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 30).

Neste diapasão, é certo dizer que a busca de uma Teoria da Decisão Judicial, a partir do compromisso da Crítica Hermenêutica do Direito, se dá – exatamente – para que seja possível a concepção de decisões judiciais que não sejam reduzidas ao mero decisionismo, ou seja, que não se decida a partir do desejo discricionário do julgador. Isto porque, em tempos de constitucionalismo democrático, não é admissível que o ato de julgar seja passível de discricionariedade, posto que uma das razões de ser do constitucionalismo é, exatamente, garantir a limitação do poder.

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(ria)mos continuar a *delegar ao juiz a apreciação do “Direito material em conflito”, atribuindo às partes um papel secundário na dinâmica processual, como se o juiz fosse o “dono” do processo?* Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder.* Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado (Streck, 2017, p. 33).

Neste sentido, como bem destaca Roger Moreira de Queiroz (2016, p. 73), a “decisão judicial não é escolha do magistrado. O juiz possui responsabilidade política. Essa responsabilidade não pode ficar à mercê da opinião pessoal ou da consciência de ninguém [...]”, neste ponto a Teoria da Decisão Judicial de Streck surge, de forma inovadora, como uma blindagem aos decisionismos, em confrontação aos paradigmas positivistas e também aos chamados de neopositivistas, como aqueles que se valem da ponderação alexyana, por exemplo.

Por tanto, em seguida, buscar-se-á expor três pontos específicos da teoria de Lenio Streck que a fazem adequada para a construção de solidez desta investigação científica.

3.2.1 Da necessidade de superação das discricionariedades

A Crítica Hermenêutica do Direito destaca-se por, no desenvolvimento de uma Teoria da Decisão Judicial, partir do pressuposto de que não é admissível, na atual quadra do constitucionalismo, admitir que a aplicação do direito se dê a partir da discricionariedade do julgador, ainda que se faça por voluntarismos com a pretensão de efetivar direitos fundamentais.

Inclusive, neste aspecto, a CHD se contrapõe radicalmente a algumas correntes teóricas que defendem que a atual quadra constitucional autoriza o Poder Judiciário a trazer para si o monopólio da vontade majoritária⁹⁰, ainda que seja uma corte que não seja, pelo modelo constitucional adotado, reflexo da representação popular.

Isto porque a admissão de discricionariedades no ato de decidir é, por certo, característica fulcral do positivismo jurídico que o constitucionalismo buscou superar, como esclarece Streck:

Entretanto, a discricionariedade é a característica do positivismo. Por que a discricionariedade (e suas derivações morais) é a característica que não pode ser abandonada pelo positivismo, qualquer que seja ele? Porque se o positivismo descreve no plano da teoria sua prescrição, se não contiver discricionariedade (ou não a admitir), “prejudica” ou anula o ato prescritivo do plano da teoria do Direito, que deve descrever externamente o Direito, sem incorporar a moral. Esse é o ponto (Streck, 2017, p. 65).

O positivismo, como teoria descritiva, admitia a discricionariedade, pois entendia que o papel do jurista era descrever o direito externamente, sem incorporar fatores externos, sendo este o destaque da abordagem pura de Kelsen. Ocorre que o próprio Kelsen fazia importante cisão em sua análise ao dividir a ciência do direito – que seria dotada de pureza – do Direito em si, produto da aplicação.

[...] em Kelsen, há uma cisão entre Direito e ciência do Direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições* (Streck, 2017, p. 38).

Ou seja, Kelsen não se preocupava com os problemas atinentes à aplicação do direito, tanto que admitia que, quando da aplicação, a interpretação do direito decorria de um ato de vontade do julgador. Neste ponto, o próprio Kelsen já havia percebido que a lei não dá conta

⁹⁰ “cabe enfrentar uma questão complexa e delicada em todo mundo, materializada na seguinte indagação: até que ponto é possível afirmar, sem apegar-se a uma ficção ou a uma idealização desconectada dos fatos, que os atos legislativos correspondem, efetivamente, à vontade majoritária? [...] Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais d que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares.” (Barroso, 2015, p. 38/39)

de tudo, entretanto não buscava enfrentar o problema do direito no nível pragmático da aplicação.

Ocorre que há uma grande problemática em, ao admitir que a lei não dá conta de tudo e que o juiz não mais se porta como *bouche de la loi*⁹¹, admitir também que possa o julgador definir, a partir de suas convicções pessoais, o que é o direito, o que é a norma. Ainda mais porque tal problemática não é enfrentada pelas teorias analíticas⁹², ao acreditar no método para que o juiz preencha as “incertezas” da aplicação, ignorando a condição de sujeito do julgador ou aceitando que a decisão poderá estar de acordo com suas convicções pessoais e, nisto, não haverá problema, reforçando a mesma falha positivista.

A discricionariedade judicial está relacionada à possibilidade de o julgador, ante situação de suposto “vácuo” ou “incerteza” normativa, legitimamente criar uma solução para determinado caso concreto. A respeito do tema, Lenio Streck nos elucida que “É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do ‘preenchimento’ da ‘zona de incerteza’ é uma institucionalização do positivismo jurídico, que funciona como poder *arbitrário* no interior de uma *pretensa* discricionariedade (Curtolo; Santos; Fernandes, 2017, p. 17).

Não se pode olvidar que há certa incompatibilidade entre o constitucionalismo, na atual quadra da história, e o positivismo, sendo um dos intentos do constitucionalismo, inclusive, superar o positivismo normativista, isto porque o Constitucionalismo Contemporâneo, como promotor da democracia e limitador do poder na busca de garantia dos direitos fundamentais, não admite discricionariedades.

Isto não significa, por certo, que a CHD advogue uma espécie de proibição interpretativa do julgador – até porque isto confrontaria os próprios pressupostos da hermenêutica filosófica – afinal é sabido que o intérprete atribui sentido ao interpretar, mas isso não significa que esta atribuição de sentido possa ocorrer de forma arbitrária (Streck, 2017, p. 75), pois o texto tem, por certo, um papel no ato interpretativo.

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada

⁹¹ Boca da lei, em francês.

⁹² E de que modo as teorias analíticas pretendem controlar a “expansão linguística” provocada pela descoberta da cisão da norma com relação ao texto? A resposta é simples: pela metodologia (ou pela argumentação, mais contemporaneamente). Algo como “racionalizar” o subjetivismo (enfim, a razão prática). No fundo, um retorno à velha jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*), problemática na qual se encaixa o projeto alexyano de construir uma Teoria da Argumentação Jurídica com o objetivo de racionalizar a irracional *Wertungsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Valores) (Streck, 2013, p. 204).

e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão (Gadamer, 2012, p. 358).

Noutro giro, não se pode cair na falácia – muito admitida pela doutrina brasileira – que a discricionariedade judicial funcione da mesma forma que a discricionariedade presente na seara administrativa, fruto da dicotomia entre ato administrativo e ato vinculado, isto porque o ato administrativo discricionário, nem de longe, se reveste de arbitrariedade, sendo ato autorizado por lei – e cujo fundamento decorre, exatamente, da legitimidade popular, princípio basilar do Estado Constitucional - e, claro, sempre sujeita ao controle jurisdicional.

Foi para superar a arbitrariedade da Administração Pública, presente no antigo regime, que surgiu o ato discricionário do administrativo, buscando dar maior legitimidade a nova estrutura burocrática que emergia do Estado Liberal de Direito. Assim, este ato discricionário, presente no direito administrativo, é o ato autorizado pela lei e, por isso, deve ficar totalmente adstrito ao princípio da legalidade. Por meio desta discricionariedade, o agente da Administração Pública está autorizado por lei, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, a escolher os meios necessários para alcançar os fins estabelecidos por ela. É preciso frisar que o administrador público possui legitimidade constitucional para realizar escolhas políticas, ao contrário do Poder Judiciário que, além de não ser um órgão político, não tem seus membros escolhidos pelo eleitor. Assim, fica demonstrado que a discricionariedade, do direito administrativo, não pode(ria) ser vista como sinônimo de arbitrariedade, já que, além de estar adstrito ao princípio da legalidade, também sempre estará sujeito ao controle jurisdicional (Lima, 2014, p. 127-128).

Outrossim, a busca da corrente neoconstitucionalista por autorizar e justificar voluntarismos sob o pretexto de fazer cumprir a Constituição é problemática, visto que não observa que isto ofende um dos princípios basilares do próprio constitucionalismo que está em controlar a vontade do poder, ou seja, não se preocupa a teoria com a criteriologia para o exercício da atividade do julgador.

Com isso, quem defende – consciente ou inconscientemente – o poder discricionário (e suas variantes) não se dá conta do grande dilema contemporâneo: quando superamos o formalismo racionalista, colocamos no seu lugar o voluntarismo. Só que nos esquecemos de explicar o modo pelo qual esse voluntarismo será contido ou controlado... Quem controla a vontade de poder? Quem nós colocamos no lugar do juiz-boca-da-lei?

Pois é essa a tarefa a hermenêutica jurídica nesta quadra da história. Parar de dizer obviedades, parar de descobrir “a pólvora” e enfrentar de frente o problema representado pelo “triunfo da vontade” (Streck, 2013, p. 206).

E neste sentido, tais teorias reforçam sua vinculação com o positivismo, por isso acabam sendo denominadas também de neopositivistas, já que não se desvinculam da ideia de interpretação – no exercício do ato de julgar – como um ato de vontade.

O chamado neoconstitucionalismo – uma das variantes do consequencialismo -, lastreado filosoficamente em correntes neopositivistas, pós-positivistas e outras afins, apresenta-se como uma versão atualizada do velho positivismo kelseniano, com alguns toques de modernidade [...]. Assim, desde que lastreada em argumentação lógica e coerente com os resultados práticos que pretende alcançar, com lastro em princípios constitucionais abstratos e indeterminados, portanto subjetivos, as decisões judiciais poderão alcançar resultados que, na prática, atribuam capacidade legiferante ao julgador ou apoderem-se da competência do gestor público. Nessa perspectiva pragmática, viabiliza-se o recurso a uma moral individualista, materialista, relativista, formalista e utilitária. O postulado kelseniano afirmando que interpretar é um “ato de vontade” e não um “ato de conhecimento” encontra plena fruição também no neoconstitucionalismo e nas correntes consequencialistas em geral, embora seus agentes se apresentem como eminentemente racionais, lógicos e científicos (Rodrigues Do Amaral, 2019, p. 160-161).

A CHD, por sua vez, busca se apresentar como uma teoria “não positivista”, por romper drasticamente com a discricionariedade, ao entender que a interpretação é um ato de conhecimento, que se dá a partir da *applicatio*, não podendo ser ignorada a existência de uma pré-compreensão ínsita ao próprio ser⁹³ e, portanto, a insuficiência do método, e que, ao interpretar, estará o ser necessariamente se relacionando com o objeto, já que não haverá concepção do objeto que não a partir de quem o compreende e, não ignorando tudo isso – mas levando essas condições de possibilidade da compreensão a sério – busca estabelecer balizas para que seja possível o adequado diálogo do intérprete, a partir da alteridade, com o texto, com respeito à tradição, à integridade e a coerência, em prol da autonomia do direito na busca da resposta adequada à Constituição.

Isto porque, após o transcurso de muitas lutas políticas e sociais, vive-se sob a regência de um marco constitucional que se propõe democrático, compromissório e dirigente, razão pela qual o *modus* compreensivo-interpretativo dos juristas – e a autonomia do direito – não podem ser diminuídos a partir de voluntarismos, exatamente porque não há mais espaço

⁹³ Não se interpreta, sob hipótese nenhuma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro compreende, depois interpreta, para, finalmente, aplicar. Pelo contrário. No plano da leitura hermenêutica que proponho para a elaboração de uma (nova) crítica do direito, calcada na ontologia da compreensão, esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica (Streck, 2013, p. 230).

para tal na atual quadra constitucional, já que qualquer teoria do direito deve, necessariamente, estar preocupada com a democracia e os direitos fundamentais que a Constituição busca concretizar, sendo a CHD – ao menos – a teoria que busca enfrentar, verdadeiramente, as dificuldades interpretativas existentes na Teoria do Direito para que a Constituição efetivamente constitua a partir da Democracia que lhe é inerente.

3.2.2 Da abordagem intersubjetiva

Outro ponto deveras relevante da CHD, que a faz marco teórico de grande relevo para a presente investigação, é sua abordagem intersubjetiva da compreensão que funciona, também, como importante crítica às teorias da argumentação que se valem da ponderação para resolver os dilemas da interpretação jurídica.

O entendimento de que a abordagem intersubjetiva é traço distintivo da hermenêutica é bastante importante para auxiliar na compreensão de que isto representa um ponto de distinção entre a hermenêutica e as teorias analíticas, como a teoria da argumentação. Isto porque as balizas que constroem a Crítica Hermenêutica do Direito obrigam o afastamento de qualquer método procedural para a interpretação, enquanto as teorias da argumentação – ao apostarem no método – terminam por admitir a discricionariedade, já que o método não é controlável, pois aposta no sistema – já superado – da dicotomia entre sujeito e objeto.

Esse é o ponto que liga a teoria da argumentação jurídica ao protagonismo judicial, isto é, nela, o *sub-jectum* da interpretação termina sendo o *juiz e suas escolhas*. É também nesse sentido que concordo com Arthur Kaufmann, ao negar qualquer interligação entre hermenêutica e teoria da argumentação jurídica. Agregue-se, ademais, diz Kaufmann, que a teoria da argumentação não acompanha a hermenêutica na abolição do esquema sujeito-objeto, prevalecendo-se da objetividade (Streck, 2020, p. 233).

Deste modo, as teorias da argumentação – ao se apoiarem na ideia da proporcionalidade – utilizam-na apenas como argumento retórico, tendo em vista que, ao fim e ao cabo, esta apenas é utilizada como floreio para justificar a escolha do julgador – inclusive porque, como já destacado por Fausto Morais (2016), nem mesmo o Supremo Tribunal Federal fez recepção e aplicação adequada da ponderação alexyana – já que não há criteriologia suficiente para demonstrar que tal escolha não é, eminentemente, subjetiva. O

que se quer dizer é que é o intérprete, a partir de sua subjetividade, que diz o objeto, como em *As Ideias de Canário*⁹⁴, valendo-se da proporcionalidade.

Nesse sentido, Streck vai falar que a proporcionalidade pode servir como uma metáfora, ou melhor, um modo de explicitar que a interpretação de determinado caso cumpriu com a necessária tarefa de reconstrução integrativa do direito, contribuindo para enfrentar a questão da discricionariedade judicial oculta nas entranhas pragmáticas da aplicação da proporcionalidade (Morais; Redin, 2012, p. 279).

Neste ponto, a premissa da CHD – fruto da influência gadameriana – de que não há cisão entre interpretar e aplicar, assim como a autoridade da tradição – e inclusive a noção de coerência e integridade dworkinianas – possibilitam blindagens contra as arbitrariedades que, por certo, não existem na abordagem das teorias analíticas da argumentação.

Por certo, se olharmos com cuidado, veremos que relativistas são as teses que sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento, como ocorre com a teoria da argumentação. Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (pensemos nos três *subtilitates*) e a autoridade da tradição são os componentes que “blindam” a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama hermenêutica da faticidade (Streck, 2013, p. 233).

Isto porque a abordagem intersubjetiva – exatamente por pressupor a *applicatio* – impede que o sujeito escolha os sentidos que deseja atribuir as coisas, exatamente porque há uma pré-compreensão anterior a própria vontade do intérprete, de modo que os sentidos se dão intersubjetivamente.

[...] o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. *Ele também não escolhe o que seja um caso fácil e um caso difícil.* O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não

⁹⁴ “No conto *Ideias de canário*, Machado de Assis oferece uma notável ideia do sujeito da modernidade, o qual é personificado na figura de um Canário, com quem Macedo, um estudioso de pássaros, trava diversos diálogos em diferentes momentos e lugares. Em cada um desses momentos e lugares o “mundo” do canário é aquilo que ele vê como mundo. Os limites do mundo do pássaro e a percepção que ele tem do mundo estão na sua consciência de mundo. Assim, quando o Canário, no início do conto, é encontrado por Macedo em uma gaiola dentro de um brechó e é indagado a respeito de quem seria o seu dono, o Canário redargua Macedo, afirmando que o homem na loja é o seu criado, que lhe dá água e comida com tanta regularidade que, se devesse pagar-lhe os serviços, não seria com pouco. Nesse primeiro momento, o mundo é, para ele, a loja (o brechó), da qual os canários seriam donos, de modo que seria extravagante que eles pagassem o que está no mundo. [...] O mundo, para o canário do conto de Machado de Assis, é, exatamente, aquilo que ele diz que é o mundo. Ele, o canário, é o senhor do mundo. O sentido das coisas, do mundo, está no próprio sujeito. O canário é exemplo típico do sujeito da modernidade [...] O objeto passa a ser aquilo que a consciência do sujeito deseja, sendo esse o motivo de tal paradigma ser denominado de filosofia da consciência” (Streck; Raatz, 2016, p. 379).

se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não! Os sentidos não estão “nas coisas” e, tampouco, na “consciência de si e do pensamento pensante”. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Como consequência, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados* (Streck, 2017, p. 335).

A abordagem intersubjetiva adotada pela CHD é, inclusive, elemento diferenciador que a faz compromissada com um rompimento drástico com qualquer justificativa de existência de discricionariedade no exercício do decidir, como esclarece Vieira Luiz:

A Nova Crítica do Direito, de Lenio Streck, visa justamente superar tanto a metafísica clássica quanto a filosofia da consciência, utilizando-se da ontologia fundamental de Heidegger, da hermenêutica filosófica de Gadamer e da teoria integrativa de Dworkin, para fundar um paradigma que está baseado na intersubjetividade. Recepcionada no mundo jurídica a *linguistic turn*, não se poderá mais falar em subjetivismos ou objetivismos interpretativos, uma vez que se rompe com o esquema sujeito-objeto e recupera-se o mundo prático no discurso jurídico, com o que se afasta o relativismo e a discricionariedade no Direito (2013, p. 184).

Tais pressupostos, característicos da CHD, não são levados em conta pelas teorias da argumentação, razão pela qual estas – inevitavelmente – caem no erro – antidemocrático, repise-se – da discricionariedade.

[...] ao invés de pensar-se em critérios jurídicos democráticos para aferição das tarefas do Estado, como um imperativo de proteção, o caminho seguido pelo Poder Judiciário tem sido o recurso ao método de ponderação entre princípios jurídicos que, por vezes, descuida-se do arcabouço teórico que lhe deu suporte, bem com deixa de cumprir com o dever de fundamentação das *decisões* judiciais, dando à solução ares de mitologia, redundando, apenas, na substituição da arbitrariedade das *escolhas* do administrador pelas do julgador (Morais. Redin, 2012, p. 282).

Neste ponto, a abordagem intersubjetiva reforça a ideia de que o texto deve ser levado a sério, já que o juiz não decide para depois fundamentar, mas só decide porque possui um fundamento que é prévio – condição de possibilidade da decisão – fruto da antecipação de sentido.

O que as teorias discursivo-argumentativas não levam em conta é que, antes da explicação causal (sequer o raciocínio subsuntivo dedutivo), há algo mais originário, e é condição de possibilidade de qualquer explicação causal. Se trata da pré-compreensão, da antecipação de sentido, onde o horizonte de sentido (prejuízos limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (facticidade) não é um elemento formal, traduzido por regras de argumentação, por exemplo, como se tratasse de um caminho pra algo (Streck, 2016, p. 2215).

Assim sendo, a abordagem intersubjetiva entende que a linguagem não deve estar em plano secundário, já que presume que é a partir da própria linguagem⁹⁵ que ocorre a *applicatio*, o que reforça o compromisso da CHD com a autonomia do direito.

Assim, a interpretação não se revela como a descoberta da intenção do texto (seu significado em si) ou a imposição da visão do intérprete sobre ele. A interpretação passa a ser a base comum de interação entre o texto e o intérprete, na qual cada um estabelece seu ser. O intérprete não está separado do texto necessitando de um método que os uma; ao contrário, ambos estão intrinsecamente ligados como uma forma de ser-no-mundo, na qual a linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre sujeito e o objeto, tornando-se condição de possibilidade para o compreender. O texto faz parte de um contexto que formou o intérprete, e, por outro lado, é o intérprete que torna o texto viável na faticidade (Luiz, 2013, p. 184-185).

Isto não significa, por certo, que a fundamentação não seja importante – em que pese à pré-compreensão – mas, apenas, que esta ocorre em um segundo momento, momento de explicitação do compreendido, não sendo a compreensão substituída por uma racionalidade discursiva, mas explicitada a partir dela.

De tudo que foi dito, levando em conta as diferenças existentes entre o compreender (standard de racionalidade estruturante) e a explicitação do compreendido (que ocorre através de uma racionalidade discursiva-argumentativa), parece claro que “a tarefa (da hermenêutica) não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Mas essas condições não têm todas o modo de ser de um “procedimento” ou de um método de tal modo que quem compreende poderia aplica-los por si mesmo – essas condições têm de estar dadas.

Esse parece ser o ponto em que se desata o nó da controvérsia: não é possível substituir o standard de racionalidade estruturante da compreensão pela (mera) racionalidade discursiva, de cunho argumentativo (nas suas diversas versões e dimensões); fazer hermenêutica é, então, esclarecer as condições nas quais ocorre a compreensão, com a qual sempre já estamos, que nos estrutura, que nos coloca no mundo (Streck, 2013, p. 251).

Tais pressupostos, portanto, fortalecem a concepção da CHD de que não há possibilidade ontológica de decisão que surja antes de sua fundamentação, visto que a fundamentação é condição de possibilidade da concepção do decidido, o que – também –

⁹⁵ Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, se faça o necessário controle hermenêutico (entre outras coisas, *levar-se o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do Direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do Direito) (Streck, 2017, p. 691).

reforça a necessidade e, claro, possibilidade de existência de respostas corretas, como adiante se explicitará.

3.2.3 Do direito fundamental à resposta adequada à Constituição

A CHD ainda se distingue de teorias relativistas ao afirmar, categoricamente, que é possível a existência de respostas corretas na interpretação do Direito, o que redundará na conclusão de que há decisões boas e decisões ruins, deixando claro – obviamente – que respostas corretas só são possíveis se forem adequadas à Constituição.

O que se busca superar é a concepção de que não existem respostas corretas em direito. Toda pessoa correta é necessariamente uma resposta adequada à Constituição. O intérprete deve buscar, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe totalidade eficaz. Para tanto, tem a sua disposição um universo de possibilidades para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme (*Verfassungskonform Auslegung*) até nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), passando pelo apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). Por isso, todo ato de interpretação é ato de jurisdição constitucional. Mesmo quando o problema parece estar resolvido mediante a aplicação de regra o intérprete deve verificar se o princípio que subjaz à regra não aponta em outra direção (Queiroz, 2016, p. 78).

Inclusive, pressupor que existem respostas corretas, é, também, concordar que a definição acerca da correção ou incorreção de uma decisão apenas será possível a partir de sua fundamentação, sendo a fundamentação uma condição de existência da própria decisão e, claro, parâmetro de análise desta no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, sendo esta justificante da legitimidade das decisões judiciais.

[...] inserida no contexto do *constitucionalismo contemporâneo* que redefiniu o Direito Público, a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional [...] a obtenção de respostas adequadas à Constituição manifesta-se como *direito fundamental* do cidadão na medida em que a Constituição estabelece, expressamente, o dever de fundamentação das decisões judiciais (Trindade; De Oliveira, 2017, p. 323).

Como esclarece Tassinari (2013), ao dispor acerca da jurisdição constitucional, mas cujo pensamento também pode ser aplicado a decisões judiciais que não sejam desse jaez – se é que é possível que em tempos atuais as decisões não sejam, todas, sobre controle de constitucionalidade – a concretização da Constituição apenas se dá a partir da concepção de

que existam respostas corretas, visto que são exatamente as respostas corretas aquelas que concretizam o texto constitucional, visto que não há como se falar em concretização em abstrato.

Em face disso, só importa discutir o controle de constitucionalidade se debatido em que termos ele ocorre. Neste sentido, pode-se dizer que alcança sua legitimidade se concretiza a Constituição, atribuindo às demandas respostas constitucionalmente adequadas; em contrapartida, um controle que se faz a partir da vontade ou da consciência do intérprete não representa uma concretização do texto constitucional, mas sim, o seu desvirtuamento (Tassinari, 2013, p. 34).

A CHD, portanto, posiciona a Constituição como condição de possibilidade hermenêutica dos outros textos jurídicos, visto que a interpretação de um texto normativo, para que seja correta, deve estar em conformidade com a Carta Maior.

É preciso ter claro, desde logo, que, diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social (Streck, 2013, p. 229).

Neste mesmo ponto, a Constituição passa a ser, assim como a hermenêutica, encaradas como o *modo de ser-no-mundo*, razão pela qual se posicionam como condição de possibilidade do processo interpretativo.

Direito constitucional, mais do que disciplina autônoma, é modo de ser; é modo de agir; é uma construção, como bem diz Hesse; mais do que isso, é condição de possibilidade do processo interpretativo. Nenhum texto poderá ser sentido válido se esse sentido não estiver de acordo com a Constituição. Do mesmo modo, hermenêutica também não é método; é modo de-ser-no-mundo (Streck, 2013, p. 261).

Isto não significa, por certo, que a existência de respostas adequadas à Constituição resulte na conclusão de que as respostas sejam fáceis de se encontrar e que não enfrentem a ambiguidade do próprio direito, mas – claro – a partir da força normativa da Constituição e das balizas de que as decisões só se fazem a partir de seu fundamento, fruto da *applicatio*, a partir de uma pré-compreensão, mas que não deixam de respeitar a tradição e a historicidade, consubstanciadas nas noções de integridade e coerência, é que se reforça que, em que pese a

dificuldade, há uma responsabilidade política no ato de decidir. “A resposta correta não significa que o direito não seja ambíguo, muito menos que ele seja exaustivo, mas que os juízes e também os participantes têm responsabilidades. E esta afirmação é absolutamente relevante em tempos de defesa do ativismo judicial” (Tassinari, 2013, p. 102).

O pressuposto de que existam respostas adequadas à Constituição também não pode resultar na interpretação de que tais respostas sejam definitivas – o que também impede a existência de um método capaz de elaborá-las previamente – pois isto confrontaria os próprios pressupostos hermenêuticos de temporalidade. Pode-se dizer: a resposta adequada não é única, também não é universal.

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, pois isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a resposta definitivas (ou verdades apodícticas) sequer teria condições de ser garantida (Streck, 2017, p. 689).

A resposta correta, portanto, não é necessariamente a melhor resposta, ou ainda a única resposta possível, mas – por certo – é a resposta que estará de acordo com a Constituição, sendo todo ato interpretativo um ato de filtragem hermenêutico-constitucional (Streck, 2017, p. 447).

Neste ponto, cabe chamar atenção para o papel que a CHD atribui à doutrina e a denúncia que esta não vem cumprimento seu papel precípua nos tempos atuais, devendo se apoderar de seu papel precípua de doutrinaria, o que significa empreender constrangimento epistêmico às decisões judiciais.

A ideia de constrangimento epistêmico se pauta no pressuposto de que as manifestações arbitrárias devem ser devidamente controladas e isto apenas se faz a partir da possibilidade distintivas entre boas e más decisões.

Por isso, elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido – democrático – de se poder distinguir, por meio da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas (...)) O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isso porque o problema central desse sujeito “assujeitador” – e o socorro vem de Mattéi (1999) – reside na indiferença radical

por ele manifestada em relação a qualquer exterioridade, quer seja divina, mundana, quer social. O sujeito torna-se estranho a tudo que não é ele, como se os olhos se tivessem virado nas órbitas para olharem apenas para suas próprias cavidades [...] Na verdade, o dever de constranger quer mostrar que nem o texto jurídico contém todas as respostas de forma antecipada e nem o intérprete-aplicador tem o poder de se tornar proprietários dos sentidos (Streck, 2020, p. 62-65).

Assim sendo, é papel precípua da doutrina – e dos juristas – efetivamente doutrinar, o que significa constranger as decisões judiciais que sejam expressões de arbitrariedades, não se olvidando da necessidade de constranger para que sejam adequadas à Constituição e não meramente reproduzi-las, como já destacado em um dos mantras de Streck: “o direito não é o que os tribunais dizem que é” (Streck, 2018, p. 25).

Esse é meu ponto, e aqui fica muito claro: o *behaviorismo* jurídico e aqueles que parecem endossá-lo aqui no Brasil são céticos. Mesmo que não admitam ou assumam isso. Eu não sou nem relativista, nem cético (e nem não-cognitivista ético, aqui homenageando sempre a bela obra de Artur Ferreira Neto). Acredito em uma resposta correta. Acredito em uma doutrina *que doutrine*, e que não seja mera reprodutora de acórdãos. Que exerça o duro papel de constranger as decisões judiciais, e não meramente prevê-las (sobre isso, sugiro os verbetes Constrangimento epistemológico e Resposta Adequada em meu Dicionário de Hermenêutica) (Streck, 2019, p. 67).

Dito isto, e na busca de demonstrar que existem respostas adequadas à Constituição – e que estas constituem direito fundamental do cidadão em tempos de Constitucionalismo Democrático – é que analisar-se-á os instrumentos oferecidos pela CHD para identificação da resposta constitucionalmente adequada.

3.3 Da construção da resposta adequada

A resposta adequada, defendida por Lenio Streck, deve, como este mesmo destaca, ser entendida como uma metáfora, isto porque se dá a partir da “explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamental, do que significa justificar” (Streck, 2017, p. 480).

Assim sendo, a partir de uma mixagem entre a teoria dworkiniana e a fenomenologia hermenêutica, Streck defende a ideia de uma resposta correta como uma imposição da democracia, a partir da cobrança do dever de responsabilidade política dos juízes (Streck, 2020, p. 402), sendo que – para a verificação deste dever – o teórico estabelece critérios

indagativos a serem observados quando da decisão judicial, critérios estes que agora analisaremos, iniciando – antes – pela forma com que a CHD conceitua os princípios.

3.3.1 Do papel dos princípios e os princípios fundantes da CHD

Os princípios, a partir do segundo pós-guerra, com o advento das Constituições garantidoras – como a brasileira – passaram a apresentar nova roupagem, visto que, principalmente com sua positivação e com a concepção de que também eram dotados de força normativa, tornaram-se cada vez mais relevantes quando do exercício da jurisdição.

Isto porque – conforme advogado pelas teorias da argumentação, cujo grande representante é Robert Alexy – os princípios oferecem espaços argumentativos que seriam, segundo tal paradigma, suficientes para representarem certa abertura ao intérprete, já que trariam consigo conteúdo valorativo⁹⁶, devendo o intérprete aferir como seriam aplicados no caso concreto.

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. [...] Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível (Barroso; Barcellos, 2003, p. 148/149).

A partir do referido paradigma, portanto, surge a ideia de que as regras seriam aplicadas sob o sistema “tudo ou nada”, enquanto os princípios seriam aplicados a partir de ponderação, atribuindo tal pecha à Dworkin. Entretanto não se faz possível – a partir dos pressupostos teóricos instituídos pelo próprio Dworkin – concordar com tal afirmação.

⁹⁶ Por um lado, a leitura moral do Direito passa a ser compreendida sob uma perspectiva de *complementariedade*, tese que tem como principal referência Robert Alexy. Neste sentido, o Direito é concebido como um caso especial do discurso moral, o que significa dizer que somente é necessário recorrer a “valorações adicionais” (isto é, à Moral) quando se estiver diante de um caso difícil, ou seja, quando “lei, dogmática e precedente não terminam a resposta a uma questão jurídica”. Em decorrência disso, os princípios serão vistos como “mandados de otimização”, elementos que o julgador apenas lançará mão em face da insuficiência da regra, que, no sistema alexyano, possui primazia (Tassinari, 2013, p. 139).

No entanto, o que não se diz é que Dworkin, além de estar inserido no sistema da *common law* e tratar da resposta correta (e essa questão não pode ser ignorada, pela sua relevância no contexto da discussão da superação do positivismo), é, fundamentalmente, ferrenho inimigo de discricionariedades, caindo por terra, conseqüentemente, a outra face da distinção, isto é, a aludida “abertura dos princípios”. Mais ainda, Dworkin *não faz a cisão* entre interpretar e aplicar; tampouco admite dedutivismos; conseqüentemente, não se pode coloca-lo na mesma seara, por exemplo, dos adeptos da teoria da argumentação (Streck, 2017, p. 339).

A CHD, por sua vez, encara os princípios de forma diversa, adotando a tese da descontinuidade, defendida por Streck, com fins de que os princípios atuem não como abertura interpretativa, mas como fechamento, para que – assim – sejam auxiliares na construção da decisão hermeneuticamente adequada⁹⁷.

Assim, o posicionamento de Streck concebe os princípios em descontinuidade com os conceitos produzidos pela tradição: a eles é atribuído *status* de norma jurídica, passando a compor o texto constitucional. Através disso, há uma abertura à racionalidade prática (que o positivismo havia sufocado com sua racionalidade teórica), que decorre da normatividade extraída de uma conveniência intersubjetiva emanada da moralidade política. Por isso, os princípios passam a ser vistos como limites à discricionariedade de quaisquer dos Poderes, reforçando a noção de integridade do Direito, preconizada pro Dworkin (Tassinari, 2013, p. 140).

A tese da descontinuidade, portanto, estaria em consonância com o projeto da decisão correta, sendo – no paradigma dworkniano – pensado como ferramenta a garantir a observância da noção de direito como integridade.

[...] o conceito de princípio olhado desta maneira opera um verdadeiro “fechamento” hermenêutico (que de maneira pioneira foi apresentado por Lenio Streck), apto a produzir aquilo que Dworkin chama de *a única resposta correta*. Se Dworkin fala em *única* resposta correta o faz por motivos específicos. Mas é preciso deixar claro que falar em resposta correta nada tem haver com um discurso legalista ou que prescreva que a lei tem sentido unívoco ou coisas do gênero. A resposta correta é uma *metáfora* – como bem ressalta Streck – que apresenta a possibilidade de sua (re)construção em jurisdição que aceitem a integridade do direito (Oliveira, 2008, p. 224).

⁹⁷ Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação e correlatas (mas, sempre ainda atreladas a teses axiológicas-subjetivas), pelo manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no Constitucionalismo Contemporâneo, *passa a ter na aplicação dos princípios* – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do Direito, cindindo o que é incindível: fato e Direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do Direito (Streck, 2017, p. 465).

A colaboração dos princípios se dará exatamente porque a decisão judicial estará submetida a um conjunto coerente de princípios que deverão ser observados⁹⁸, princípios estes que se constroem a partir do sentimento da comunidade, em uma espécie de blindagem à discricionariedade.

Isso quer dizer que a atividade coativa do Estado – realizada sob o signo do direito – exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios. No caso de necessidade de rompimento com essa cadeia de significados, a necessidade de justificação aumenta ainda mais, e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada. Porém, essa modificação adere-se à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo, em um momento subsequente (Abboud, 2014, p. 464).

Neste ponto, observa-se que tal concepção de princípio é congruente com a ideia de que não deve se admitir, na quadra do Constitucionalismo Democrático, que o juiz possa fazer escolhas discricionárias, sob pena de permitir, por certo, o ativismo judicial, tão celebrado pelos adeptos da ponderação.

Neste ponto, a devida compreensão do papel dos princípios, como limitadores de decisão judicial, revela-se um importante avanço na defesa do Estado Democrático de Direito, que, por ser qualificado pela democracia, exige um comprometimento da atuação de todos os seus Poderes e, por consequência, também uma resistência ao perfil ativista do Judiciário. Neste sentido, desvincular a noção de princípio do elemento discricionário, passando a ser concebida à luz do Direito com integridade, é mais um dos caminhos pelo qual torna-se possível colocar em xeque o protagonismo judicial (Tassinari, 2013, p. 141).

Outrossim, no paradigma da Crítica Hermenêutica, é rechaçado o pamprincipiologismo⁹⁹ característico do neoconstitucionalismo, sendo este entendido como a construção de *standards* valorativos aptos a servirem como álibis teóricos que, em verdade, nada mais são do que álibis retóricos.

⁹⁸ Desse modo, uma decisão judicial estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a *coerência dos princípios que compõem a integridade moral da comunidade*. Ou seja, a ideia de princípio em Dworkin não é materializável *a priori* em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos. Tanto é assim que, no *Império do Direito*, o “método” de Hércules e o direito como integridade aparecem nestas três dimensões: nos precedentes (ou no *common law*), nas leis, e na Constituição (Abboud, 2014, p. 463).

⁹⁹ Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional (Streck, 2017, p. 575).

O direito foi inundado por uma produção de *standards* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei. Um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a “força” de derrotar o Direito posto, sem que o intérprete lance mão da jurisdição constitucional. A esse fenômeno dei nome, desde 2004, depois de um debate com o professor Luis Roberto Barroso sobre o princípio da afetividade, de pamprinciologismo (Streck, 2020, p. 253).

Isto porque não é qualquer enunciado que pode ser compreendido como princípio, já que os princípios não são de ocasião¹⁰⁰, não surgem *prêt-à-porter*¹⁰¹, sendo fruto – e é exatamente o que os faz princípios – de uma construção histórico-cultural, no contexto da experiência jurídica, da tradição, da historicidade.

Os princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos – de caráter deontológico – que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões. Isto é, princípios não são escolhas e tampouco construções arbitrárias. Afinal, o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum. Não existe uma “regra de reconhecimento” por meio da qual se possa reconhecer princípios enquanto princípios jurídicos previamente – prévia e arbitrariamente. Princípios não cabem em convenções. (Streck, 2020, p. 373).

Os princípios se posicionam, portanto, como instituidores do mundo prático no direito¹⁰², ao trazerem a necessidade de observância de uma dimensão histórica quando do ato de decidir, excluindo a possibilidade de se conceber um texto a partir de um grau zero de sentido.

Mas há outra questão extremamente importante. Esse mundo prático só é prático porque é histórico. Sendo assim, não é possível falar de um sentido que não seja atravessado pela historicidade do ser-aí. Daí a impossibilidade de se falar em um “grau zero” de sentido (Streck), que desconsidere a dimensão histórica do interior da qual estamos, desde sempre, imersos (Oliveira, 2008, p. 220).

¹⁰⁰ “[...] os princípios não podem ser criados *ad hoc*, sem vínculos históricos, pois não são passíveis de um controle intersubjetivo de seus sentidos juridicamente possíveis” (Streck, 2020, p. 374).

¹⁰¹ Pronto a vestir, do francês.

¹⁰² Como contraponto, proponho a “*tese da descontinuidade*” – que penso ser a mais adequada -, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no Direito (que, como já referi alhures, é distinto da razão prática *stricto sensu*). Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o Direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao Direito fundamental de resposta correta que venho defendendo. (Streck, 2017, p. 576).

Neste diapasão, a distinção estrutural entre regras e princípios¹⁰³ – defendida por Alexy – deve ser deixada de lado, visto que a CHD não faz essa distinção estrutural entre regras e princípios, entendendo que, se a norma é o produto da interpretação e não é possível haver um conceito de norma previamente ao caso objeto de decisão, há de se convir que tanto os princípios como as regras constituem condições de possibilidade da normatividade, não havendo um conceito *a priori* de norma que defina, igualmente *a priori*, o que são regras e o que são princípios (Streck, 2017, p. 586), sendo hermeneuticamente impossível a cisão estrutural defendida por Alexy.

Isto porque a relação entre regras e princípios – no âmbito da CHD – é de co-dependência, já que a regra só existe – sob o ponto de vista da *applicatio* – a partir de um princípio¹⁰⁴, da mesma forma que o princípio só se realiza a partir de uma regra.

O princípio só se "realiza" a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. Se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos. Logo, haveria o como hermenêutico (als) sem o como apofântico (wie); o ontológico sem o ôntico. O princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra (Streck, 2020, p. 375).

Noutro giro, como bem destaca Streck – ao diferenciar os princípios genuínos daqueles decorrentes do pamprincipiologismo – esclarece-o caráter de transcendência que é ínsito àqueles, destacando que o princípio se constitui a partir do que enuncia.

¹⁰³ Praticamente todos estes posicionamentos partem da descrição feita por Robert Alexy em seu *Teoria dos direitos fundamentais*. Neste livro, o jusfilósofo afirma que as normas de direitos fundamentais possuem, em sua estrutura semântica, uma distinção: podem ser regras ou princípios. Ou seja, podem existir regras de direitos fundamentais ou princípios de direitos fundamentais. Ambos são espécies de um gênero: *norma*. Como, para ele, a norma é um conceito semântico, é possível descrever – antecipadamente, e forma analítica – suas características estruturais. Assim, em sua estrutura semântica, há normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser alargado (princípios), ao passo que existem normas de direitos fundamentais que possuem um dever-ser restrito (regras). Daí decorre a conclusão: as normas de dever-ser alargado entram em colisão e, por isso, dependem de um procedimento que resolva este problema antes de determinar a resolução do caso propriamente dito. Este procedimento é a *ponderação*. Por outro lado, as normas que possuem um dever-ser restrito podem ser aplicadas diretamente às situações concretas e, por isso, seu procedimento de aplicação é a subsunção. Isso é, em síntese, o que se chama de distinção estrutural entre regras e princípios, já tratada à saciedade no decorrer desta obra e também em outras oportunidades (Streck, 2017, p. 585).

¹⁰⁴ “Nesta ordem de considerações, a regra (se quisermos manter a distinção regra *versus* princípio) não subsiste sozinha, não retira validade de si própria. Ela deve ter algum “sentido” coerente com a integridade do Direito. A esse “sentido”, que não é prévio, que não é fixo, que não pode ser aferido proceduralmente, chamo *princípio*” (Motta, 2012, p. 192-193).

Outra característica dos princípios é a transcendência. Para que um princípio tenha numa função (ou importância) para além daquilo que representava no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Isto porque um princípio não é um princípio em face de seu enunciado ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia (Streck, 2020, p. 374).

A transcendência é demonstrada a partir do encobrimento do princípio, isto porque este se oculta na própria regra, visto que nela sempre está presente, já que é seu elemento instituidor, entretanto se faz encoberto, sendo necessário que as regras sejam interpretadas a partir de seu princípio, sob pena de não ser possível perceber sua sustentação. Neste ponto, é elucidativo o exemplo de Streck quanto à fila para transplante de órgãos e o princípio da igualdade.

As regras, devido a sua generalidade e abstração, procuram antecipar as ocorrências fáticas num plano ideal que carece, por óbvio, de historicidade. Ao serem interpretadas a luz dos princípios, ocorre um reingresso da faticidade e de uma dimensão justificativa. Veja-se: se há uma regra que explicita a necessidade de ser obedecida a ordem de transplantes de órgãos, por qual razão essa “fila” poderá (ou não) ser desfeita ou rompida, por exemplo, na hipótese do paciente ser o Presidente dos Estados Unidos da América? Esse exemplo é discutido na série televisa *House of Cards*. Vítima de disparo de arma de fogo, o Presidente necessita de transplante de fígado. Por ser doente crônico, já estava na fila de transplantes. No momento do disparo, era o segundo na ordem. Instado e pressionado, o médico respondeu que não era possível realizar o transplante, mesmo havendo, no momento, um órgão. “*It’s the law*”, disse o esculápio. Por que o médico não fez qualquer dilema (qualquer “ponderação *sic*”) e respondeu de forma tão peremptória? Simples: porque a regra está sustentada por um princípio, o de “uma vida é igual a uma vida” (Streck, 2020, p. 376).

Observa-se, portanto, que a concepção dos princípios – não como aberturas voláteis, sujeitas à escolhas ponderativas – mas como razão de fechamento interpretativo, em prol da observância da noção de coerência, fruto da historicidade decorrente dos sentidos da comunidade se faz, por certo, mais condizente com a busca de concretização da Constituição, a partir de uma blindagem contra autoritarismos, sendo os princípios elementos de constrangimento para se buscar a resposta correta¹⁰⁵.

Os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do Direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas). Esse *modus* compreensivo-interpretativo decorre da integridade e

¹⁰⁵ O que é fazer a coisa certa? É fazê-la baseada em princípio (s), e não em consequências (Streck, 2019, p. 119).

da coerência interpretativas, em que, como no círculo hermenêutico, o Direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração (Dworkin) (Streck, 2017, p. 350).

Além da adoção da tese de descontinuidade para encarar os princípios na atual quadra do constitucionalismo, a CHD ainda estabelece importantes indagações que devem ser feitas pelo intérprete de modo a evitar decisionismos, como se demonstrará a seguir.

3.3.2 Das seis hipóteses em que pode o Judiciário afastar a lei

Na busca de construção de uma Teoria da Decisão Judicial, que seja capaz de fornecer a resposta constitucionalmente adequada, Streck estabelece critérios indagativos que devem ser observados pelo intérprete quando do emanar de uma decisão judicial, estabelecendo – dentre tais critérios indagativos – seis hipóteses em que pode o Judiciário afastar a aplicação da lei, sendo que – caso não verificada nenhuma das hipóteses – estará o Judiciário constringido ao dever fundamental de aplicar a lei votada pelo parlamento ou o ato normativo proveniente de outras esferas constitucionalmente competentes.

Cabe chamar atenção aqui para a adequação da utilização das seis hipóteses na presente investigação, visto que – a rigor – a concessão de medicamentos não incorporados ao SUS, ainda mais quando houve decisão de não incorporação a partir de parecer da CONITEC, é, necessariamente, o afastamento da aplicação a Lei Federal 12.401/11, razão pela qual o arcabouço teórico fornecido pela CHD permite com que se analise se há criteriolgia para tal afastamento e, ainda mais, se tal criteriolgia fere os pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito, de modo a representar malfadado ativismo judicial.

Isto porque é importante destacar que o ativismo é aqui caracterizado como o afastamento da legalidade vigente pelo Judiciário sem lastro constitucional que o autorize, não sendo possível ignorar que o Estado Democrático de Direito se constitui a partir do pressuposto da legalidade constitucional, sendo tal pressuposto, em regra, intransponível, inclusive, pelo Judiciário.

Por óbvio que, ao caracterizarmos o ativismo como *afastamento da legalidade vigente*, não estamos afirmando que o jurista esteja vinculado à legalidade estrita. O que asseveramos é que, ao Judiciário não é lícito deixar de aplicar a lei, salvo se

ela for inconstitucional. Por consequência, o *texto constitucional* configura limite intransponível para qualquer decisão judicial, mormente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (Abboud, 2014, p. 422).

Afinal – a partir do pressuposto de que há respostas corretas em direito – deve uma Teoria da Decisão se preocupar com o estabelecimento de critérios exatamente para que não seja possível ideologizar a aplicação da lei no país (Streck, 2019, p. 19), assim sendo a aplicação ou não da lei não deve depender da vontade do intérprete¹⁰⁶, mas sim de um parâmetro que independa dele – qual seja – a Constituição, exatamente por isso que se reforça a ideia de legalidade constitucional¹⁰⁷, o que é bem diferente de estrita legalidade.

Para ilustrar tal diferenciação, cabível valer-se dos ensinamentos de Elías Díaz (2011) que define quatro elementos imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito, quais sejam: i) o império da lei como expressão da vontade geral; ii) a tripartição de poderes; iii) a legalidade administrativa, com a possibilidade de controle judicial de seus atos; iv) direitos e liberdades fundamentais garantidos formalmente e efetivados no mundo prático.

Por tais pressupostos, é clarividente a ideia de que o Estado de Direito, em sua acepção constitucional, ao mesmo tempo em que sustenta a ideia de legalidade, também não coaduna com a ideia de legalidade estrita, entretanto, ao não coadunar com a legalidade estrita também não justifica o afastamento da legalidade a partir da mera vontade do Judiciário.

[...] a invocação de um “Estado de Direito Constitucional” não pode servir como subterfúgio para esvaziar a ideia de legalidade (Estado de Direito legislativo), nem como instrumento para um Estado de Direito resumido ao Poder Judiciário em detrimento da legitimidade democrática e da legalidade, na qual se inclui a legalidade constitucional.

¹⁰⁶ “Como um *behaviorismo* (ou qualquer realismo) pode “adivinhar” o que o juiz vai decidir, se ele decide como quer? Ou seja: ou fazemos cumprir a lei e construímos critérios ou fazemos apostas” (Streck, 2019, p. 69).

¹⁰⁷ “Aqui, uma observação relevante, para evitar mal-entendidos: quando uso a expressão “legalidade constitucional”, com base em Elías Díaz, refiro-me ao fato de que saltamos de um *legalismo rasteiro*, que reduzia o elemento central do Direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de Direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações Do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática” (Streck, 2017, p. 630).

No que o autor chama de “Estado judicial de Direito”, todos os conflitos e lutas políticas se deslocariam para o interior do poder judicial. Apesar de defender uma função criadora do juiz, Elías Díaz adverte que é imprescindível uma magistratura democrática, que precede e também é consequência de um quadro legislativo democrático. Nesse contexto, a defesa de um Estado de Direito pautado pela legalidade também constitucional (Neves, 2022, p. 112).

O que há de comum entre o defendido por Diaz e a Crítica Hermenêutica do Direito é que ambos admitem o afastamento da lei pelo Poder Judiciário – não se filiando aos defensores da extinção do controle de constitucionalidade, como Jeremy Waldron (2003) – mas não em qualquer situação e, claro, não sem a criteriologia. O afastamento da legalidade só é admitido se contingencial, sob pena de configurar ativismo.

A CHD, indo mais longe, ainda busca estabelecer tal criteriologia a partir dos critérios indagativos, como no caso das seis hipóteses, cabendo destacar que tais hipóteses devem ser interpretadas de acordo com os princípios fundantes também estabelecidos pela teoria, princípios estes fundamentais para a busca de resposta constitucionalmente adequada.

Na busca da resposta correta (adequada à Constituição), existem, ainda, os cinco princípios/padrões que são fundantes da decisão jurídica(...)São eles: i. Princípio um: a preservação a autonomia do direito; ii. Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; iii. Princípio três: o respeito à integridade e coerência do Direito (este princípio foi incorporado no artigo 926, no Código de Processo Civil aprovado em 2015); iv. Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões (também incorporado no inciso VI do parágrafo primeiro do artigo 489, do Código de Processo Civil); v. Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada (Streck, 2020, p. 395).

O primeiro dos princípios – preservar a autonomia do direito – busca fincar a impossibilidade de permitir que o Direito seja cooptado por fatores exógenos quando do exercício da jurisdição, como a economia e a moral, sob pena de lhe enfraquecer e, assim, contrariar a força normativa da Constituição que apenas se concretiza a partir de sua aplicação.

Por isso, a validade do Direito perante a política, a economia e a moral não pode depender de uma jurisprudencialização do Direito, isto é, não é a jurisprudência que garante o indispensável grau de autonomia do Direito e, sim, é a autonomia do Direito, sustentada em um denso controle hermenêutico, que assegura as possibilidades de a Constituição ter preservada a sua força normativa. Ou seja, não se pode confundir o Direito (e suas possibilidades autônomas) com a instância judiciária; e tampouco a política com a lei (vontade geral sem controle) (Streck, 2017, p. 633).

Isto porque a autonomia do direito se fundamenta a partir do exercício democrático pujante em um Estado Constitucional, sendo o direito autônomo por subsistir em face à política, à economia e à moral – o que não significa que possa ignorar as fontes de produção, sob pena de não ser autônomo, mas soberano – de modo que se as forças exógenas atuam dentro das regras institucionais – ou seja, se influenciam a produção das leis e certamente isto se dá – criam o Direito posto que é fruto da cooriginariedade democrática, razão pela qual seu afastamento – pela vontade do julgador a partir da mera influência e concepção própria de tais fatores exógenos –, por certo, fere as regras do jogo e fragiliza a autonomia do Direito (Streck, 2020, p. 25-26).

O segundo princípio – controle hermenêutico da interpretação constitucional – é remédio contra a discricionariedade, já que ataca, diretamente, a possibilidade de se apostar na subjetividade do intérprete, por se tratar de aposta incompatível com a atual quadra do Constitucionalismo Democrático.

[...] este segundo princípio – *o controle hermenêutico das decisões judiciais* – é colocado em oposição (e enfrentamento) às diversas teses ou teorias que apostam na plenipotenciariade da subjetividade do intérprete (e, consequentemente, na discricionariedade dos juízes para solver os casos difíceis) ou aos pragmatismos (ou pragmaticismos), que têm uma postura cética em relação ao Direito (e, por decorrência, ao seu grau de autonomia na sociedade), na medida em que se colocam, em *ultima ratio*, na contramão do Estado Democrático de Direito. Por isso, a sua evidente incompatibilidade com o (novo) constitucionalismo (Streck, 2017, p. 637).

O terceiro princípio – o efetivo respeito à integridade e coerência do direito - reforça as ideias já defendidas no início deste capítulo acerca da necessidade de observância dos pressupostos dworkinianos de integridade e coerência que, junto aos da hermenêutica filosófica de Gadamer, trazem os contornos para a construção de uma Teoria da Decisão Judicial que seja constitucionalmente adequada, que não se fará a partir do manejo de valores, mas a partir da reconstrução do Direito.

[...] a decisão (adequada constitucionalmente) não exsurgirá do balanceamento que o intérprete faz entre “valores em colisão”, mas, sim da reconstrução do Direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência, com substancial redução do nível de discricionariedade do aplicador, cuja decisão não deve ser uma “opção política por valores”, como bem recomendam tanto Habermas como Dworkin (Streck, 2017, p. 640).

O quarto princípio – dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação é igual à justificação – reforça a ideia de que as decisões só se fazem a partir de sua fundamentação, o que também se relaciona – umbilicalmente – com a ideia de criteriologia, de modo que o que efetivamente importa não é o que se decide, mas como se decide.

Neste sentido, em que pese o ato de *applicatio* não admita a cisão entre conhecer, interpretar e aplicar, é certo que é dever do intérprete explicitar o compreendido e tal explicitação se faz a partir da fundamentação, o que também liga tal princípio, diretamente, ao último.

O estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões proporciona, também, a superação de quaisquer resquícios próprios dos paradigmas jurídicos do passado, como a prática da subsunção ou do silogismo-dedutivista. A necessidade da fundamentação impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos, anti-hermenêuticos na origem, por obnubilarem a singularidade dos casos. Este princípio – que é um dever fundamental – vem a ser complementado por um outro igualmente fundamental: o do direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, isto é, o do direito a obter uma resposta baseada em pretensões juridicamente tuteladas (Streck, 2017, p. 644).

O quinto princípio – o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada – já foi devidamente explorado no item 3.2.3, de modo que a decisão constitucionalmente adequada ocorrerá se houver a obediência aos demais princípios, ou seja

[...] na medida em que respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação (Streck, 2017, p. 647).

As seis hipóteses autorizadoras de inaplicação da lei pelo Poder Judiciário, como dito alhures, devem ser lidas conjuntamente com tais princípios para, assim, atingir a resposta constitucionalmente adequada, o que não significa, por certo, que se trate de um método rígido de verificação, já que na perspectiva hermenêutica o direito se apresenta integrado a uma história institucional, não sendo possível, como também mencionado alhures, o estabelecimento de rigidez procedimental.

É por isso que, no interior de uma Teoria da Decisão Judicial, proponho um conjunto mínimo de princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição. Tais princípios (padrões), sustentados na historicidade da

compreensão e na sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito, só podem manifestar-se quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta, pois representam um contexto de significações histórico-compartilhadas por uma determinada comunidade política, uma vez que abarcam e apontam para além dos diversos padrões (princípios, subprincípios, pontos de vista) forjados na tradição do Estado Democrático de Direito (Streck, 2017, p. 630).

Com o estabelecimento de tais premissas, Streck fixa as seis hipóteses em que o Poder Judiciário pode afastar a lei demonstrando seu comprometimento com a legalidade constitucional, visto que muitas das hipóteses de afastamento se fazem a partir do exercício do controle de constitucionalidade, seja na via difusa ou concentrada.

Assim o Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei

- a) Quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *strico sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) Quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomia. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g., a lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) Quando aplicar interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu conteúdo, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;
- d) Quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklarung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfalle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;
- e) Quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade, com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.
- f) Quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de insignificância). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais

princípios. A regra permanece vigente e válida: só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é essa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto. Fora dessas hipóteses, isto é, se a hipótese não se enquadrar em um dos elementos acima especificados, violado estará o primeiro princípio, o da autonomia do Direito (Streck, 2017, p. 634-635).

As hipóteses, portanto, caso desrespeitadas, auxiliam a inquietação suscitada desde o primeiro capítulo desta investigação, qual seja, a necessidade de critérios para se diferenciar a judicialização do ativismo, sendo que tais fenômenos são, fundamentalmente, distintos. Neste sentido, a partir do paradigma da CHD, se o Judiciário promove o afastamento da lei sem a observância das seis hipóteses estará, invariavelmente, ferindo a autonomia do Direito e, portanto, resultando em ativismo judicial.

Entretanto, além dos critérios indagativos fruto das seis hipóteses, Streck ainda estabelece três perguntas que devem ser utilizadas quando da decisão do Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais sociais, o que também se encaixa perfeitamente no objeto da presente investigação, visto que tratamos do direito fundamental à saúde. Neste sentido, veremos tais perguntas a seguir.

3.3.3 Das três perguntas para a decisão correta

A Teoria da Decisão Judicial proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito trata a intervenção judicial em matéria de direitos sociais fundamentais com maior cuidado, estabelecendo três perguntas que devem ser respondidas para se aferir se uma intervenção judicial que obrigue o Estado a conferir direito social é constitucionalmente adequada.

A Constituição Brasileira – de forma expressa - categorizou o direito à saúde como direito fundamental social, entretanto o fez de forma a atribuir sua efetivação às políticas econômicas e sociais, conforme Art. 196 da Carta Constitucional.

Aqui, cabe se falar das lições de Robert Alexy – em que pese haja inúmeras incompatibilidades de seu conjunto teórico com a CHD – quanto ao entendimento dos direitos sociais, visto que o autor traz importante definição a ser considerada. Destaca Alexy que os direitos sociais, em geral, possuem dupla dimensão, razão pela qual poder-se-ia dizer que o direito à saúde é, ao mesmo tempo, direito de defesa e direito de proteção. “O direito

de defesa é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o direito de proteção é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham.” (Alexy, 2015, p. 456).

A saúde é concebida como direito de defesa, tendo em vista que o Poder Público deve abster-se de atuar de forma que prejudique a saúde dos indivíduos, prestigiando a autonomia pessoal destes, ao mesmo tempo também deve o Estado evitar que terceiros intervenham na saúde de seus semelhantes, consagrando-se assim em legítimo direito de proteção. Todavia, as faces do direito à saúde ainda não se esgotam visto que, no entendimento de Alexy, este ainda seria um direito a prestação em sentido estrito, característica clássica dos direitos fundamentais sociais.

Direito a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiramente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (Alexy, 2015, p. 499).

Cabe deixar claro o entendimento de que a forma de efetivação do direito à saúde, principalmente por sua natureza, é perfeitamente discutível, assim como a possibilidade deste ser ou não direito subjetivo do cidadão. Entretanto, o que não se pode negar é seu caráter fundamental, o que faz com que constitua obrigação de efetivação pelo Poder Público, cabendo-lhe a discricionariedade sobre a forma de realizá-lo, mas não a oportunidade de escolha entre realizá-lo ou não, sob pena não conceber a constituição como um pacto compromissório e dirigente. “Logo, não há discricionariedade a respeito da oportunidade ou conveniência de sua realização, mas somente no que diz respeito a escolha de forma de cumprimento da finalidade constitucional” (Oliveira, 2012, p. 97).

Há correntes doutrinárias que defendem um caráter de programaticidade¹⁰⁸ aos direitos fundamentais sociais, visto que não teriam o mesmo caráter de fundamentalidade que os outros direitos, já que envolveriam custos, entretanto, tal concepção retira a força

¹⁰⁸ “Em sentido diametralmente inverso, os ideólogos liberais partem das seguintes premissas: (i) os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque não possuem a dignidade de direitos subjetivos; (ii) as normas constitucionais consagradoras desses direitos são normas programáticas que, em rigor, não deveriam estar no texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver; (iii) os bens protegidos por essas normas são, em primeira linha, bens privados, cuja proteção só excepcionalmente deve ser confiada as entidades públicas” (Canotilho, 2008, p. 260-261).

normativa da Constituição, já que, se adotada, mesmo que a sociedade tenha escolhido um pacto constitucional eminentemente progressista, que efetive o direito à saúde em caráter universal e integral, o que exige empenho material e institucional do Estado, a programaticidade permitiria que esta inegável promessa constitucional seja posta à mercê da atividade legiferante que, como se sabe, não tem pressa em aprovar ou até mesmo fazer leis contrárias ao interesse do Executivo, como destaca Bonavides:

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios de Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concreitude integrativa sem a qual a ilusória dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração (Bonavides, 1998, p. 594).

Neste diapasão, deve-se ter em mente que os direitos sociais exigem do Estado a criação dos pressupostos materiais indispensáveis para a garantia de seu exercício (Canotilho, 2003, p. 1.101). Outrossim, os pressupostos materiais em questão devem ser criados, como diz a Constituição, mediante políticas sociais e econômicas, o que significa que não há direito absoluto a todo e qualquer procedimento para a proteção, promoção ou recuperação da saúde, o que há é um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde, exatamente porque a evolução tecnológica e a dinamicidade do surgimento de novas doenças exige, por certo, a adequada distribuição de recursos para tutela de tal direito.

É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada (Mendes, 2013, p. 623).

A CHD, em sua abordagem, não discorda da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, em razão da força normativa da Constituição, entretanto busca o estabelecimento de critérios para garantir que, quando das decisões, seja considerada a natureza complexa de tais direitos.

Sabe-se que a Constituição é norma e por isso os direitos fundamentais são dotados de força normativa e, por consequência, de exigibilidade. Permanecem, no entanto, os questionamentos sobre essa exigibilidade especialmente quando se colocam em pauta direitos fundamentais que movimentam o agir do Estado. (...). O

estabelecimento dos critérios que delimitam a discussão dessa tese se coloca a partir da seguinte indagação: como e quais são os direitos fundamentais que movimentam o agir do Estado? [...] Exatamente pelo risco do ativismo judicial, o Judiciário deve considerar a natureza complexa da normatividade dos direitos fundamentais de modo que a sua exigibilidade não funcione como uma autorização genérica para que o juiz interfira no desempenho da função política inerente aos poderes Legislativo e Executivo. Em outras palavras: o reconhecimento da exigibilidade dos direitos fundamentais a prestações não pode funcionar como um alibi para a instrumentalização do direito à vontade do intérprete (Neves, 2022, p. 80/83).

Isto porque, se o reconhecimento da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais culminar em carta branca para que o Poder Judiciário possa intervir, sem a adequada criteriolgia, nas decisões tomadas pelo Legislativo e Executivo, é certo que estar-se-á legitimando a atuação antidemocrática do Poder Judiciário e, portanto, o ativismo judicial.

Neste sentido, Streck estabelece três perguntas que devem ser utilizadas pelo juiz quando da decisão que demande obrigar o Estado a fornecer, pela via judicial, direitos fundamentais sociais, quais sejam:

Do mesmo modo, em determinadas situações – mormente se se estiver tratando de direitos sociais-fundamentais (o que não quer dizer que se possa dispensar as referidas perguntas em outras dimensões nos diferentes ramos do Direito) – o juiz deverá responder a três indagações: i) se está diante de um direito fundamental com exigibilidade; ii) se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas; iii) se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo transferência ilegal-institucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia (Streck, 2020, p. 394).

Se a resposta para qualquer uma das perguntas for negativa, por certo, estar-se-á falando de malfadado ativismo judicial, de modo que não poderá a decisão ser entendida como constitucionalmente adequada.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do tema 822 de Repercussão Geral, que tratava sobre a possibilidade de adoção do *homeschooling*, utilizou, a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, as três perguntas de Streck para entender pela inconstitucionalidade da prática.

[...] acolher a ideia de *homeschooling* supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que descolar energia pública – humana e institucional – para cumprir com a fiscalização da prática. E, então, teríamos um possível agravamento das já deficitárias condições estruturais da educação pública. [...] o professor Lenio Luiz Streck destacou: “[...] Por isso, vem a terceira pergunta que deve ser respondida: podemos transferir recursos das pessoas que não optam

pelo *homeschooling* para fazer a felicidade dos que optaram por essa comodidade sem ferir a isonomia e a igualdade? Ou seja: para fazer feliz o sentimento de liberdade dos pais optantes pelo *homeschooling*, o poder público terá que aumentar a sua estrutura, treinar professores para avaliar em uma tacada o conteúdo ministrado pelos pais ou dos contratados por eles. Já imagino como isso será [...] Em um país em que a escola é um refúgio para ganhar merenda, país em que os pais, na grande maioria pobres, não tem onde deixar os filhos a não ser na escola (por isso a importância da escola pública em tempo integral), como é possível institucionalizar o direito de os pais não mandarem seus filhos à escola? (BRASIL, 2018).

No caso do *homeschooling*, destaca Streck (2021) que todas as perguntas têm resposta negativa, razão pela qual é notório que – se fosse autorizado – estaria o Supremo Tribunal Federal (STF) dando a resposta constitucionalmente inadequada ao problema o que, felizmente, não foi feito.

Neste ponto, em matéria de direitos fundamentais sociais, a resposta às três perguntas se apresenta como capaz de ser elemento diferenciador – lembremos da necessidade de diferenciação que tratamos no primeiro capítulo – entre a judicialização e o ativismo, sendo que – na atual quadra do constitucionalismo – não é qualquer intervenção judicial que é admitida, em que pese haja intervenções que sejam constitucionalmente necessárias.

Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista (e, portanto, prejudicial à democracia) ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política, o que é aceito e até desejável em todas as democracias contemporâneas. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista (Streck, 2020, p. 394).

Esclarece o autor que a primeira pergunta corresponde ao questionamento de existência de previsão legislativa para concessão do direito fundamental social, de modo que tal critério é determinante para a limitação da atuação judicial, já a segunda corresponde a análise da possibilidade de universalização da demanda, visto que a mera autorização legislativa é insuficiente, já que pode ser inconstitucional, enquanto a terceira pergunta corresponde a uma análise de se a alocação de recursos para satisfazer o direito fere a igualdade, ou seja, há compatibilidade de tal alocação com o planejamento orçamentário? (Streck, 2021)

A primeira pergunta, como bem destaca Isadora Ferreira Neves (2022), é uma pergunta que não envolve, apenas, legalidade, mas legalidade constitucional – como já mencionado alhures, na esteira dos ensinamentos de Elias Diaz, sendo atravessada pela

normatividade constitucional como condição de possibilidade para obrigar o Estado a conferir um direito social.

[...] a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito que indaga sobre a existência de direito fundamental exigível é uma pergunta sobre normatividade constitucional e se sustenta no princípio da legalidade que é fundador do Estado de Direito a partir da ideia de uma legalidade constitucional. Essa construção evidencia a afirmação de que essa pergunta é atravessada por um princípio (o princípio da legalidade) e, portanto, deve necessariamente pautar a criteriologia de uma resposta constitucionalmente adequada que distancie a decisão judicial de uma postura ativista (Neves, 2022, p. 111).

Enquanto a segunda pergunta teria, por trás de sua concepção, a busca de aferir se estaria a atuação de acordo com o princípio republicano que obriga, necessariamente, que toda decisão que envolva direitos sociais possa ser universalizada, sob pena de constituir privilégio de poucos.

[...] prestação jurisdicional universalizável é decorrência do princípio republicano, o que acarreta a necessidade de que toda decisão judicial sobre direitos sociais possa ser universalizada. Por conta disso, a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito é não somente um critério que permite detectar a ocorrência do ativismo judicial, afastando-o da judicialização da política, mas também uma indagação que obrigatoriamente precisa ser atendida em virtude do seu lastro principiológico (Neves, 2022, p. 136).

A autora ainda destaca que a irreflexão quanto à segunda pergunta por parte do julgador pode, além de constituir ativismo judicial, construir decisões “desalojadas de sua realização no nível político-institucional”, tratando de um “problema de Estado na medida em que corrompe o arranjo dos papéis desempenhados pelas instituições na elaboração, execução e fiscalização das políticas públicas” (Neves, 2022, p. 143).

A terceira pergunta, por sua vez, traz consigo a concepção do princípio da igualdade, ao investigar se a alocação de recursos atende à ideia de justiça distributiva “por abranger a apropriação individual de um fundo social de benefícios que custos” (Neves, 2022, p. 147).

Neste ponto, Streck faz importante reflexão ao tratar do caso da extensão de licença paternidade ao pai solteiro por 180 dias, tratada no Tema 1182 do STF, em que destaca:

[...] o custo gerado pelo Estado ao ampliar um benefício para além dos limites de sua previsão legal/constitucional. [...] Há uma pergunta fundamental na democracia: quem decide o quanto queremos pagar pelos direitos de todos? Sei que esta é uma posição antipática. A doutrina tem esse ônus. Para dizer que há que ter

cuidado ao decidir – que não é um ato de simples escolha. Dizer não também pode ser uma decisão correta (Streck, 2021).

Nota-se, portanto, que as três perguntas representam uma criteriologia interconectada, quando analisadas em conjunto, capaz de fornecer um arcabouço sólido para a identificação de decisões ativistas em matéria de direitos sociais fundamentais o que, como se verá, é de bastante importância para a presente investigação.

3.3.4 Da possibilidade de uma decisão constitucionalmente adequada no cenário da Lei Federal 12.401/11

Como proposto, a presente investigação consiste em responder se o Poder Judiciário oferece uma resposta constitucionalmente adequada quando da prolação de decisões que obrigam o Estado a fornecer medicamentos que já decidiu por não incorporar, após manifestação negativa da CONITEC.

Neste ponto, há de se lembrar que a Lei Federal 12.401/11, ao alterar a Lei do SUS, dispôs – expressamente – que não há autorização legal para o Poder Público conferir ao cidadão medicamentos que não foram incorporados ao Sistema.

Art. 19-M. A **assistência terapêutica integral** a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º **consiste em:**

I - **dispensação de medicamentos** e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja **em conformidade com as diretrizes terapêuticas** definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado **ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P¹⁰⁹**;

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (grifos nossos) (Brasil, 2011).

¹⁰⁹ Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde (Brasil, 2011).

Observa-se, portanto, a partir da CHD, que o Judiciário, ao prolatar decisões concessivas dos referidos fármacos, necessariamente responde negativamente a primeira pergunta, visto que não só não há autorização legal para a concessão do medicamento, como há expressa vedação.

Todavia, os critérios indagativos propostos por Streck não podem ser vistos de forma isolada, visto que a resposta negativa a primeira pergunta estaria superada se, e somente se, estivesse o Judiciário em uma das seis hipóteses em que pode deixar de aplicar a lei, com destaque à declaração de inconstitucionalidade do Artigo 19-M, acima mencionado, por exemplo.

Neste ponto, a análise da atuação judicial buscará, antes de qualquer crítica quanto ao dispositivo das decisões, verificar se – ao menos – foi enfrentada, em sua fundamentação, a existência de disposição legal que desobriga à concessão de medicamento e, sendo o caso, se referida disposição foi declarada inconstitucional, atividade que analisaremos com o próximo e último capítulo.

CAPÍTULO 4 DA ANÁLISE DA ATUAÇÃO JUDICIAL SOB O PARADIGMA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Após a explanação acerca do referencial teórico adotado para se entender o parâmetro de análise do controle judicial de políticas públicas e, claro, fixando-se a ideia de que, sob o ponto de vista hermenêutico, é possível que haja uma decisão constitucionalmente adequada e, portanto, correta, é que adentrar-se-á, por fim, à análise das decisões conforme a Crítica Hermenêutica do Direito.

4.1 Do método de seleção das decisões analisadas

Antes do efetivo levantamento de julgados que versem sobre a questão, buscou-se, a partir do endereço eletrônico da CONITEC (2022), catalogar, desde sua criação (2012), todos os relatórios de não incorporação expedidos e para qual moléstia foi decidido não se incorporar determinado fármaco, sendo gerado o ANEXO I¹¹⁰ – já citado no Capítulo 2 – com 196 relatórios de não incorporação até o ano de 2022, envolvendo apenas medicamentos.

Com a posse da informação em questão, utilizou-se – a partir de sistema informatizado da Procuradoria Geral do Município de Ribeirão Preto (PGM/RP) – o filtro de casos¹¹¹ distribuídos de 01/01/2020 a 31/12/2022 que tramitaram pelas Varas da Fazenda Pública de Ribeirão Preto e que buscavam obrigar o Poder Público a conceder medicamentos.

O município de Ribeirão Preto, por se tratar da sede da maior DRS (Direção Regional de Saúde) do oeste paulista, com 1.329.266 habitantes, conforme dados de demografia médica do CREMESP (2012), seria suficiente a fornecer retrato, ainda que limitado, capaz de possibilitar conclusões de caráter generalizante.

Os anos de 2020 a 2022 foram escolhidos, pois demonstrariam as decisões mais recentes de processos que já teriam tempo para tramitar por mais de uma instância e, além disso, englobariam um número maior de relatórios de não incorporação da CONITEC, de

¹¹⁰ Disponível para acesso a partir do link: <https://drive.google.com/drive/folders/1xIbFOB-8zY-TDHwXLaS-O1WIPZCcXpjL?usp=sharing>

¹¹¹ Os casos foram filtrados em maio de 2023. As decisões foram retiradas, via sistema do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em junho de 2023.

modo a auxiliar na delimitação de um espaço amostral cuja análise seria possível de ser realizada no tempo proposto e, ainda, oferecer resultados conclusivos.

Cabe destacar que foram excluídas as decisões provenientes do Juizado Especial da Fazenda Pública – visto que a análise busca verificar de forma mais ampla como decide o Poder Judiciário bandeirante, o que demanda o acesso às Câmaras de Direito Público do Tribunal e não apenas a análise de decisões de colégio recursal de uma só comarca, sob pena de reduzir o espaço amostral decisório – e também os processos provenientes da Vara da Infância e Juventude e do Idoso, visto que estariam em segredo de justiça.

Neste sentido, verificou-se um total de 104 processos judiciais, conforme Anexo II¹¹².

Todavia, não basta que o Poder Público seja demandado para o fornecimento de medicamento, deve o referido fármaco ter sido analisado pela CONITEC para aquela moléstia específica e não incorporado a partir de recomendação do referido órgão.

Portanto, desprezados os processos que não se encaixavam no referido perfil, após análise individual de todos os processos constantes do Anexo II, buscando-se, já na peça inicial, o insumo solicitado e se este se encontrava no Anexo I via ferramenta “Ctrl+F”, de acordo com a moléstia do autor – restaram 17 processos judiciais (Anexo III¹¹³), conforme tabela abaixo.

Tabela 1: Ações

Caso n°	Processo	Origem	Distribuição	Fármaco	Relatório CONITEC
01	1015703-90.2020.8.26.0506	2ª VFP	27/05/2020	Rivaroxabana	195
02	1030322-25.2020.8.26.0506	2ª VFP	15/09/2020	Ocrelizumabe	446
03	1034886-47.2020.8.26.0506	1ª VFP	20/10/2020	Insulina Glargina	103
04	1038720-58.2020.8.26.0506	2ª VFP	17/11/2020	Nintedanibe	419
05	1008278-75.2021.8.26.0506	2ª VFP	11/03/2021	Insulina Glargina	103
06	1009139-61.2021.8.26.0506	2ª VFP	17/03/2021	Nintedanibe	419

¹¹² Disponível para acesso a partir do link: <https://drive.google.com/drive/folders/1xIbFOB-8zY-TDHwXLaS-O1WIPZCcXpjL?usp=sharing>

¹¹³ Disponível para acesso a partir do link: <https://drive.google.com/drive/folders/1xIbFOB-8zY-TDHwXLaS-O1WIPZCcXpjL?usp=sharing>

07	1012510-33.2021.8.26.0506	2ª VFP	12/04/2021	Canabidiol	621
08	1025281-43.2021.8.26.0506	2ª VFP	22/07/2021	Lisdexanfetamina	601
09	1025858-21.2021.8.26.0506	1ª VFP	27/07/2021	Nivolumabe	660
10	1035792-03.2021.8.26.0506	1ª VFP	30/09/2021	Cetuximabe	181
11	1041587-87.2021.8.26.0506	1ª VFP	03/11/2021	Nivolumabe	660
12	1042408-91.2021.8.26.0506	2ª VFP	08/11/2021	Rivaroxabana	195
13	1043478-46.2021.8.26.0506	1ª VFP	17/11/2021	Insulina Glargina	103
14	1000610-19.2022.8.26.0506	1ª VFP	11/01/2022	Bevacizumab	754
15	1008784-17.2022.8.26.0506	1ª VFP	14/03/2022	Canabidiol	621
16	1013364-90.2022.8.26.0506	1ª VFP	08/04/2022	Rivaroxabana	195
17	1052569-29.2022.8.26.0506	2ª VFP	24/11/2022	Ocrelizumabe	446

Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.1 Das decisões analisadas

Com a definição dos processos que seriam objeto de análise, optou-se por, a partir da ferramenta de consulta processual do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, utilizando-se o número dos processos, acessar todas as decisões, de forma a analisar as decisões liminares de 1º grau, as sentenças e os acórdãos de apelação proferidos pelas inúmeras câmaras do TJ/SP, no bojo de cada um destes casos.

Os agravos de instrumento foram desprezados, pois, na maioria dos casos, não houve a tentativa de tal recurso, com exceção de três deles (casos 06, 12 e 16), entretanto, os agravos versavam apenas sobre o prazo para cumprimento da liminar.

Neste sentido – no universo dos 17 casos acima – a análise se concentraria em 39 decisões, sendo 17 decisões liminares de primeiro grau¹¹⁴, 12 sentenças¹¹⁵ e 10 acórdãos de apelação¹¹⁶.

Os números de decisões, a partir de seu tipo, não são idênticos, visto que todos os casos apenas tem em comum a existência de decisão que aprecie o pedido de tutela provisória, entretanto em alguns não houve sentença de mérito, por força de óbito do autor (casos 02, 04 e 14), no caso 07 houve remessa à Justiça Federal após a decisão liminar o que, automaticamente, fez com que a continuidade do processo não fosse mais elegível para análise, visto que não seria apreciado pelo TJ/SP.

Quanto aos acórdãos, houve casos em que a própria sentença foi objeto de trânsito em julgado (casos 08, 11) e casos em que houve decisão terminativa (02, 04, 07 e 14), razão pela qual não ocorreu decisão de mérito de segundo grau para se apreciar.

4.1.2 Dos órgãos judiciários analisados

Com a definição do universo não só dos processos, mas das decisões que seriam analisadas, foi possível verificar que seriam analisadas 08 decisões liminares da 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, 09 decisões liminares da 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, 07 sentenças da 1ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, 06 sentenças da 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, 10 acórdãos das diferentes Câmaras de Direito Público do TJ/SP, já que no caso 09, por força de uma alteração de competência em segundo grau, ocorreu seu julgamento por Turma Recursal, o que o excluiu da análise, restando a compilação que se percebe na tabela abaixo, conforme cada caso.

¹¹⁴ Disponível para acesso no link: https://drive.google.com/drive/folders/1OXJ3I_QhmGArKxAkbnOz07tXg_F6B9j?usp=sharing

¹¹⁵ Disponível para acesso no link: <https://drive.google.com/drive/folders/1MdlCI2OL6HrTT0vHr5bUt0dMta1mj7mZ?usp=sharing>

¹¹⁶ Disponível para acesso no link: https://drive.google.com/drive/folders/1QTf2lg_-ianFzQ3MCdyWWYG0TO6aoEmu?usp=sharing

Tabela 2: Ações 2º grau

Caso n°	Processo	Acórdão
01	1015703-90.2020.8.26.0506	4ª Câmara de Direito Público
03	1034886-47.2020.8.26.0506	2ª Câmara de Direito Público
05	1008278-75.2021.8.26.0506	12ª Câmara de Direito Público
06	1009139-61.2021.8.26.0506	3ª Câmara de Direito Público
10	1035792-03.2021.8.26.0506	11ª Câmara de Direito Público
12	1042408-91.2021.8.26.0506	9ª Câmara de Direito Público
13	1043478-46.2021.8.26.0506	10ª Câmara de Direito Público
15	1008784-17.2022.8.26.0506	12ª Câmara de Direito Público
16	1013364-90.2022.8.26.0506	5ª Câmara de Direito Público
17	1052569-29.2022.8.26.0506	12ª Câmara de Direito Público

Fonte: elaborado pelo autor.

4.1.3 Dos resultados das decisões

As decisões analisadas demonstram a tendência absolutamente majoritária de concessão dos fármacos não incorporados por recomendação da CONITEC pela via judicial, tanto em primeiro quanto em segundo grau, seja em cognição sumária – liminar – ou cognição exauriente – sentenças e acórdãos.

Neste sentido, com fito de facilitar o entendimento, as decisões prolatadas nos processos acima identificados serão classificadas, independentemente de seu tipo (liminares, sentenças ou acórdãos), em decisões concessivas – aquelas que obrigam o Poder Público a conceder o medicamento não incorporado – e decisões negatórias – aquelas que não obrigam o Poder Público a conceder o medicamento.

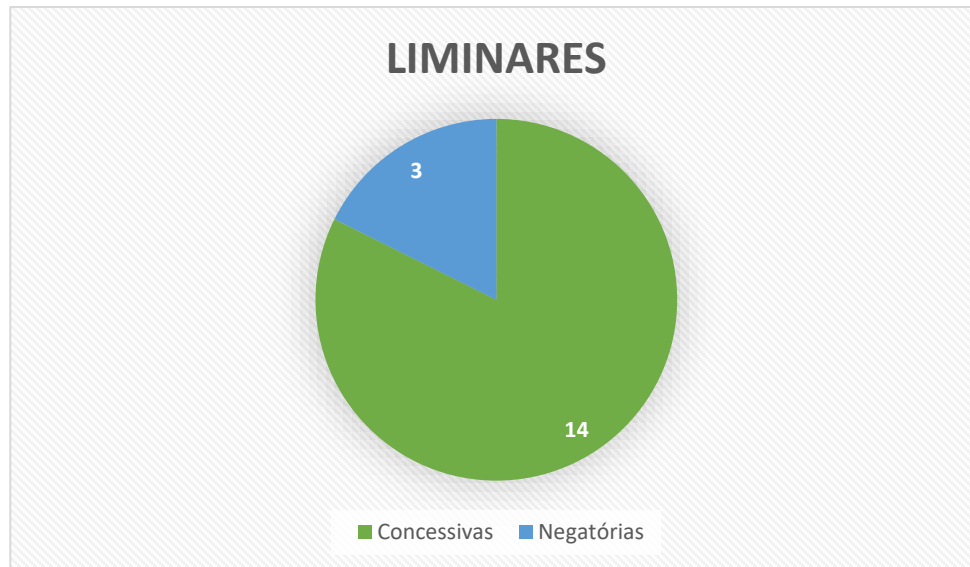
Opta-se pela utilização de tal classificação para que se evite a utilização de termos eminentemente processuais, tais como deferimento, indeferimento, provimento, não provimento, procedência ou improcedência, que podem confundir o leitor, visto que não

necessariamente correspondem, por si só, a uma posição negativa ou positiva do Judiciário quanto ao pleito de concessão.

Afinal, por exemplo, um acórdão provido não necessariamente terá concedido ou negado o fármaco, visto que o provimento ou não provimento dependerá da sentença recorrida, razão pela qual, para facilitar o entendimento e melhor visualização da atuação judicial, adotar-se-á, sempre, a classificação em decisões concessivas e decisões negatórias.

Dito isto, quanto às decisões em cognição não exauriente, ou seja, as decisões liminares de primeiro grau, aquelas em que ainda não houve a manifestação do ente público no processo, nota-se o seguinte cenário.

Figura 2: Liminares



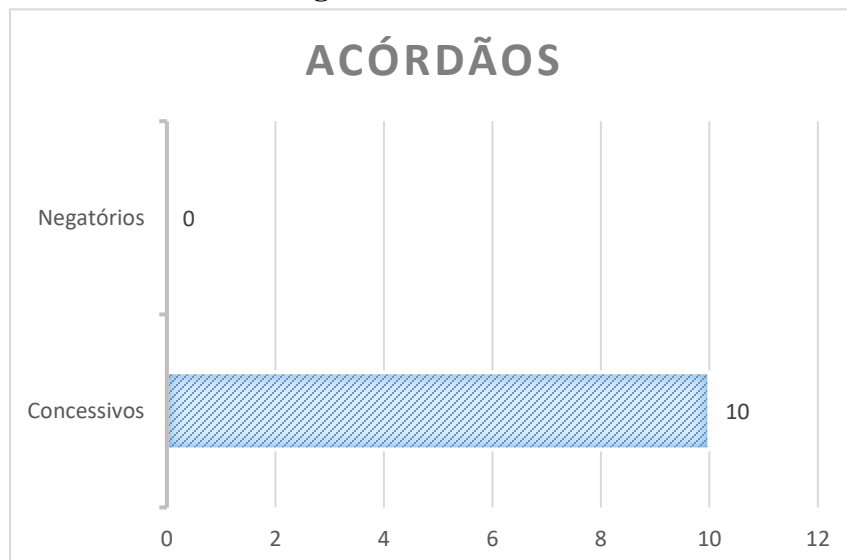
Fonte: elaborado pelo autor.

As sentenças não trazem cenário muito distinto, visto que também representam a tendência do Poder Judiciário de majoritariamente obrigar o Poder Público a conceder fármacos não incorporados, como se nota:

Figura 3: Sentenças

Fonte: elaborado pelo autor.

Os acórdãos demonstram, por sua vez, o baixo índice de reforma das sentenças, de forma a elucidar que o TJ/SP tende, também, a acompanhar a tendência de decisões concessivas de fármacos não incorporados. Notou-se, inclusive, que a única reforma de sentença foi, exatamente, para reformar sentença negatória e proferir acórdão concessivo, de forma que – da análise dos acórdãos – todos foram concessivos, sem exceção.

Figura 4: Acórdãos

Fonte: elaborado pelo autor.

Com a explanação acerca dos resultados dos processos, em cada fase decisória, quanto à posição do Poder Judiciário acerca da concessão ou não concessão de fármaco não incorporado com base em parecer da CONITEC, faz-se possível passar a análise que mais importa à presente investigação, qual seja, a análise qualitativa.

Neste sentido, a análise de conteúdo das decisões restringir-se-á apenas as decisões concessivas, tendo em vista que as decisões negatórias, por sua natureza, não resultam no afastamento da política pública estabelecida pelo SUS, mas em seu cumprimento, de modo que interessa para este trabalho, como mencionado desde o início, entender qual a criteriologia utilizada para o afastamento da legislação que institui a política pública de incorporação de tecnologias no SUS e se tal afastamento constitui uma resposta constitucionalmente adequada, exatamente como elemento diferenciador, desde o primeiro capítulo, entre judicialização e ativismo, o que não encontra sentido na análise das decisões negatórias.

Neste diapasão, a análise de conteúdo restringe-se a 37 decisões – todas concessivas – sendo 14 liminares, 12 sentenças e 11 acórdãos.

4.2 Da fundamentação das decisões analisadas

A presente pesquisa, exatamente pelo referencial teórico adotado, não poderia deixar de se valer de uma análise de conteúdo para desvendar o grande questionamento da investigação, qual seja: como decide o Poder Judiciário bandeirante quanto à concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS? Ou seja, qual a criteriologia utilizada pelo Judiciário para, em que pese a Lei Federal 12.401/11, obrigar o Poder Público a conceder medicamentos que este já decidiu não incorporar?

Isto porque, pelo referencial teórico da CHD, a grande importância da análise de uma decisão judicial não é o questionamento do que se decide – abordagem quantitativa – mas questionar como se decide – abordagem qualitativa – razão pela qual a análise de conteúdo das decisões se faz imprescindível até para, sabendo como foi decidido, descobrir se a resposta conferida foi constitucionalmente adequada.

A análise de conteúdo é importante ferramenta para desenvolvimento de pesquisa qualitativa, que enfatiza a qualidade a partir dos significados que não derivam de frequência,

intensidade, quantidade ou volume, de modo que a análise qualitativa observa como a experiência social é criada e adquire significado, em viés diverso da fragmentação da realidade através de procedimentos apenas estatísticos (Abad; Abad, 2022, p. 26).

Neste ponto, Bardin define a análise de conteúdo como:

[...] conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição de conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de predição/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens (Bardin, 1977, p. 42).

Neste ponto, uma das técnicas possíveis para a análise de conteúdo é, exatamente, a análise categorial, que funciona a partir do desmembramento do texto em categorias que é, exatamente, o que faremos a partir da divisão do texto em categorias que representem os fundamentos utilizados pelos julgadores para a construção do dispositivo.

Neste sentido, dividiremos a análise a partir do tipo de decisão analisada, por ordem de prolação no iter processual.

Há de se destacar que, para a exposição do conteúdo, foram selecionados os dez fundamentos com maior grau de recorrência nas decisões – a título de fundamentação e não de mero relatório - com fito de entender o conjunto dos argumentos decisórios dos casos analisados – sem a explanação de argumentos isolados – e, ainda, excluídos os argumentos que versavam sobre legitimidade, competência constitucional para fornecimento e honorários sucumbenciais.

Isto porque tais argumentos – em que pese sejam relevantes para a discussão mais ampla acerca do controle judicial de políticas públicas – não se relacionam diretamente quanto à questão aqui analisada, qual seja, a obrigação do Poder Público *lato sensu* de fornecer fármaco que decidiu não incorporar, nos termos da política pública estabelecida em lei.

4.2.1. Das decisões liminares

Como mencionado no introito deste capítulo, do total de 17 (dezessete) liminares analisadas, constatou-se o universo de 14 (quatorze) liminares concessivas e 03 (três) liminares negatórias.

No que toca às decisões concessivas, nota-se que há alto grau de semelhança na argumentação – inclusive com parágrafos idênticos – utilizados pelos juízes para decidir os pleitos que buscam, em tutela de urgência, fármacos não incorporados ao SUS, após recomendação da CONITEC pela não incorporação.

Com a análise pormenorizada das decisões observou-se a presença dos seguintes argumentos para justificar as concessões, como se nota:

Tabela 3: Fundamentos - Liminares

LIMINARES			
Ref	Fundamentos	Casos em que aparece	Recorrência percentual
01	“relevante o fundamento da demanda”	1;3;5;7;12;17	42%
02	“doença grave”	1;3;5;7;8;11;12;17	57%
03	“caráter urgente”	1;3;5;7;8;9; 10;11;12;13;14;15;16;17	100%
04	“necessidade do medicamento para o tratamento”	1;3;5;7;8;9; 10;11;12;13;14;15;16;17	100%
05	“impossibilidade econômica em adquirir”	1;3;5;7;8;9; 10;11;12;13;14;15;16;17	100%
06	“Constituição Federal, art. 196”	1;3;5;7;8;9; 10;11;12;13;14;15;16;17	100%
07	“Lei 8080/90, Art. 2º, caput e seus §1º, §2º, §3º”	1;3;5;7;8;9; 10;11;12;13;14;15;16;17	100%
08	“Tema 106”	1; 3; 9; 10;11;13;14;15;16;17	71%
09	“parecer favorável” ¹¹⁷	7;8;12;13;15;16	42%
10	“dano potencial”/”perigo de dano”	9;10;11;13;14;15;16;	50%

Fonte: elaborado pelo autor.

¹¹⁷ Trata-se dos pareceres emitidos pela Comissão de Análises Especiais (CASE), instituída pela Portaria 178 de 19 de dezembro de 2019 da Secretaria Municipal de Saúde que “vinculada a Secretaria Municipal da Saúde de Ribeirão Preto que tem como atribuição emitir parecer nos pedidos de ações judiciais enviadas pelas Varas Especializadas do Poder Judiciário, pelo Ministério Público Estadual **objetivando fornecer subsídios**, assegurando maior eficiência na solução das demandas judiciais, envolvendo a assistência à saúde, como medicamentos, exames, internações, fornecimento de equipamentos, dietas e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS)” (grifos nossos).

A análise das decisões liminares demonstra, antes de tudo, bastante similitude quanto aos pontos centrais de fundamentação, visto que 05 fundamentos estão presentes em todas as decisões analisadas, cabendo uma maior explanação sobre os pontos que aparecem, de forma uniforme, nos casos.

As decisões ressaltam o chamado “caráter urgente” do pleito, entretanto não se prestam a especificar no que constituiria a referida urgência, ainda mais quando se tratam de casos que envolvem fármacos e doenças de natureza distintas.

Nota-se, por exemplo, que – em que pese haja casos oncológicos, tais como o caso 04, 06, 09, 10, 11 e 14 – também há casos que envolvem Diabetes Tipo 2 e em que se requer, apenas, uma insulina distinta das fornecidas pelo SUS, como nos casos 03, 05 e 13.

Todavia, o elemento “urgência” é tratado de forma idêntica em ambos os casos, sendo que nos casos que envolvem as insulinas, por exemplo, não há informação, a partir de laudo médico, da existência de risco de morte, mas – ainda sim – o elemento “urgência” é tratado de forma idêntica ao de casos em que a moléstia traz risco iminente de óbito, como nos casos oncológicos.

Há de se lembrar que, para fins de concessão de liminar, o requisito da urgência é pensado quanto à impossibilidade de aguardar o tempo para formação da cognição exauriente sob pena de comprometer o resultado útil do processo, entretanto, nos casos analisados, entendeu o Judiciário que em todas as situações o resultado útil do processo estaria comprometido, não sendo possível aguardar a cognição exauriente.

Isto muito se relaciona com a concepção de “necessidade” do fármaco, também presente em todos os casos, que acaba se baseando, sempre, nos relatórios dos médicos responsáveis pelo tratamento dos requerentes, chamando a atenção que, nos casos em que houve liminares concessivas, se tratavam de médicos particulares em 93% das situações¹¹⁸.

A ideia de “impossibilidade econômica” também é fator unânime em todas as decisões liminares, entretanto – pela forma com que é exposta – não é possível entender quais são os parâmetros objetivos utilizados para aferi-la, visto que os valores dos medicamentos não são citados pelo juízo, nem mesmo sua relação com a renda da autoria, de modo que em todas as situações entendeu-se que haveria impossibilidade econômica.

¹¹⁸ O caso 01 foi o único caso de liminar concessiva em que o requerente era tratado por médico do setor público sendo que em todos os outros o profissional de saúde era particular.

Nota-se, também, que todas as decisões aplicaram diretamente o “Art. 196 da Constituição Federal” como comando autorizador da concessão de medicamento não incorporado, entretanto não versaram de forma mais específica quanto ao fato do mesmo artigo dispor que o direito à saúde será garantido por meio de políticas sociais e econômicas e, *in casu*, o pleito não se encaixaria na política pública oferecida pelo Poder Público.

Todas as decisões, sem exceção, utilizaram-se do “Art. 2º, caput e seus §1º, §2º, §3 da Lei Federal 8.080/90”, entretanto chama atenção que todos os julgados, de ambas as varas, façam remissão ao §3º que não existe e nunca existiu no Art. 2º da Lei do SUS, que assim dispõe:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Nota-se, também, que – assim como quando da aplicação do Art. 196 – as decisões não pormenorizam o fato de que, também a Lei do SUS, esclarece que a garantia do direito à saúde se dará a partir da formulação e execução de políticas públicas e, *in casu*, o pleito não se encaixaria na política pública oferecida pelo Poder Público.

Noutro giro, nota-se que nenhuma das decisões versa sobre as modificações introduzidas pela Lei Federal 12.401/01, com destaque aos Arts. 19-M, 19-P e 19-Q, de modo que nenhuma das decisões versa sobre o fato de que a lei prevê que o conceito de integralidade, quanto aos medicamentos, é definido pelo legislador e não inclui os medicamentos não incorporados, com exceção de quando presentes nas listas suplementares.

No mesmo sentido, as decisões, de forma unânime, nem sequer citam a existência de recomendação da CONITEC pela não incorporação do fármaco em questão ao sistema público de saúde, apenas entendendo que a necessidade do medicamento, por si só, já é demonstrada pela existência de prescrição individual de médico, majoritariamente, particular.

Além disto, em que pese não citem a existência de recomendação da CONITEC, menos da metade das decisões cita o parecer da Comissão de Análise de Solicitações

Especiais (CASE) – que é meramente indicativo e não é concebido com o mesmo rigor utilizado no processo de ATS realizado pela CONITEC – entretanto a outra metade não utiliza tal parecer como elemento de convicção, de modo que não é possível entender a criteriologia utilizada quanto à valoração das opiniões técnicas utilizadas para formação do convencimento.

Verifica-se, ainda, que 71% das decisões entendem que o pleito liminar se encaixa nos requisitos estabelecidos pelo Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), julgado sob o rito dos recursos repetitivos, que estabeleceu a seguinte tese, *in verbis*:

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 (STJ, 2018).

Há de se destacar que a modulação de efeitos ensejaria a aplicação em todos os casos posteriores a abril de 2018 – entretanto 29% das decisões nem sequer citaram a referida decisão vinculante.

Ora, independentemente da conclusão acerca do Tema 106 em si corresponder a uma decisão constitucionalmente adequada e, além disso, se sua aplicação aos casos em que haja recomendação negativa da CONITEC corresponde, ou não, em distinção ensejadora de sua não aplicação, é certo que – para fins de concessão – causa estranheza que nem sequer tenha sido observado pelo órgão julgador, ainda mais em razão do Art. 927, inciso III do CPC, além do Art. 1.022, parágrafo único, inciso I do mesmo Código, que entende por omissa a decisão que não se manifesta sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos, o que resultaria em sua nulidade, conforme Art. 93, inciso IX da CRFB/88.

4.2.2 Das sentenças

As sentenças, como demonstrado no item 4.1.3 foram, em sua esmagadora maioria, concessivas, de modo que do total de 12 sentenças, apenas uma foi negatória, sendo todas as

outras comandas, em cognição exauriente, para que o Poder Público concedesse fármaco que o SUS já havia decidido por não incorporar.

Assim como nas liminares, também foi possível observar alto grau de similaridade entre as decisões, sendo que – quanto à fundamentação – as decisões que provinham da mesma vara, ainda que prolatadas por magistrado diverso, apresentavam, inclusive, parágrafos idênticos.

Ainda que não fossem provenientes da mesma vara, notou-se argumentos similares nas decisões analisadas, visto que houve grau de similitude superior a 70% em alguns argumentos.

Tabela 4: Fundamentos - Sentenças

SENTENÇAS			
Ref	Fundamentos	Casos em que aparece	Recorrência percentual
01	“Despicienda dilação probatória” ¹¹⁹	1,3,5,8,9,10,11,13,15,16,17	92%
02	“Preservar o maior de todos os bens, a vida”	1,5,8,12,17	42%
03	“Direito fundamental e primário do ser humano à vida”	1,5,8,12,17	42%
04	“Tema 106”	1,3,5,8,9,10,11,12,13,15,16,17	100%
05	“Papel do estado realizar tudo o que estiver ao seu alcance para garantir adequado tratamento a todos os cidadãos” ¹²⁰	1,3,8,9,10,11,13,15,16	75%
06	“Dignidade da pessoa humana (Art. 1º, caput, inciso III da Constituição)”	3,9,10,11,13,15,16	58%
07	“Saúde é direito de todos e dever do estado (Arts. 196 a 200 da Constituição)”	3,9,10,11,13,15,16	58%
08	“Política de saúde diverge da orientação traçada pela Constituição”	3,9,10,11,13,15,16	58%
09	“Obrigação constitucional de prestar serviço de saúde com	3,9,10,11,13,15,16	58%

¹¹⁹ Em alguns casos, ao invés disso, utilizavam-se da expressão “matéria exclusivamente de direito” e, por tratar-se do mesmo significado processual, foram contabilizados conjuntamente.

¹²⁰ Em alguns casos, ao invés disso, utilizavam-se da expressão “dever de fornecer gratuitamente o medicamento de que necessita para sua sobrevivência com melhor qualidade” e, por tratar-se fundamentos correlatos, foram contabilizados conjuntamente.

	qualidade de maneira universal e gratuita”		
10	“Cabe somente aos médicos decidir o tratamento a que será submetido o paciente”	3,9,10,11,13,15,16	58%

Fonte: elaborado pelo autor.

Ao contrário das decisões liminares, já nas sentenças nota-se maior cuidado – ao menos – quanto à uniformização acerca da observância do Tema 106 do STJ, que é utilizado como sustentáculo para a fundamentação de todas as sentenças concessivas, como demonstrado acima.

Faz-se possível observar que as decisões também entendem que a concepção do direito à saúde, no ordenamento constitucional brasileiro, inclui a obrigação do Estado fornecer tudo o que for passível de trazer melhorias no quadro de saúde do cidadão e a escolha sobre os insumos com tal possibilidade acaba a cargo do médico que o atende.

Constatou-se, inclusive pelos fundamentos 02, 03, 06, 08, 09, 10, que os contornos do direito à saúde dados pelo Judiciário não coadunam com aqueles desenhados pela Política Pública de Saúde, de modo que os juízes entendem que a oferta, *in casu*, de fármacos deveria ser mais abrangente do que a fornecida pelo sistema, isto porque – se assim fosse – melhor atenderia ao objetivo constitucional de efetivação do direito à saúde.

É inequívoco que há grande poder, quase que decisório, atribuído ao médico, pois mais da metade das decisões chega a citar expressamente que cabe somente ao médico decidir o tratamento a que será submetido o paciente e, além disso, as sentenças compreendem o Tema 106 como autorizador, principalmente quanto ao primeiro requisito do tema, do entendimento de que deve prevalecer a manifestação do médico que atende o paciente quanto à necessidade e imprescindibilidade do fármaco indicado em detrimento aos fornecidos pelo SUS.

Noutro giro, quase que a totalidade das sentenças expõem que não é necessário instrumento probatório além da prova documental – que já constava aos autos desde a prolação da liminar – para a formação da cognição exauriente, e os poucos comandos decisórios que isto não afirmam, também julgam sem a produção de outras provas. Ou seja, a prova basal dos casos é o próprio relatório médico, elemento central na formação da convicção do julgador.

Assim como nas decisões liminares, as sentenças nem sequer citam a existência de recomendação da CONITEC para não incorporação do fármaco e, também, não enfrentam as modificações introduzidas pela Lei Federal 12.401/01, com destaque aos Arts. 19-M, 19-P e 19-Q, de modo que nenhuma das decisões versa sobre o fato de que a lei prevê que o conceito de integralidade, quanto aos medicamentos, é definido pelo legislador e não inclui os medicamentos não incorporados, com exceção de quando presentes nas listas suplementares.

4.2.3 Dos acórdãos

Os acórdãos, ao contrário das liminares e sentenças, não são em sua maioria concessivos, mas em sua totalidade. Ou seja, ainda quando havia sentença negatória¹²¹, esta foi revertida de modo a obrigar o Poder Público a conceder fármaco não incorporado a partir de decisão fundamentada em recomendação da CONITEC.

É interessante observar que os acórdãos, em que pese tenham fundamentações semelhantes, apresentam maior pluralidade de argumentos em suas fundamentações, o que se acredita que ocorra pelo fato de serem de Câmaras de Direito Público distintas, mais especificamente de 08 Câmaras distintas.

Tabela 5: Fundamentos - Acórdãos

ACÓRDÃOS			
Ref	Fundamentos	Casos em que aparece	Recorrência percentual
01	“Tema 106”	1,3,6,10,12,13,15,16,17	90%
02	“Art. 23, inciso II da Constituição Federal”	1,6,12	30%
03	“Art. 196 da Constituição Federal”	1,3,5,6,10,12,13,15,16,17	100%
04	“dever do Estado de assegurar assistência integral à saúde” ¹²²	1,3,5	30%

¹²¹ Caso 06

¹²² No caso 03 aparece como "dever de zelar pela saúde e das condições necessárias para que todo cidadão receba a assistência adequada para seu efetivo tratamento como forma de garantir o bem maior, a vida.", já no caso 05 como “dever de dar atendimento médico à população, devendo oferecer medicamentos, dietas, insumos, atendimentos médico-hospitalares e equipamentos a quem necessite não possa adquirir por falta de condições financeiras”, enquanto no caso 09 como “objetivo básico a assistência médica e tratamento integral

05	“exigências burocráticas e legais não podem se sobrepor ao que estabelece ao artigo 196 da CF” ¹²³	1,15,17	30%
06	Lei 8080/90	6,13	20%
07	“Aplicabilidade imediata” ¹²⁴	6,10,15,17	40%
08	“não cabe aos operadores do direito determinar qual o tratamento mais adequado para o paciente – não sendo coerente contrariar recomendação médica para concluir aquilo que seria ou não mais adequado para o estado de saúde do paciente” ¹²⁵	1, 6,10,12,17	50%
09	“hipossuficiência”/”pessoa pobre”	1,3,6,10,12,13,15,16,17	90%
10	“juiz destinatário da prova” ¹²⁶	10,13,15,17	40%

Fonte: elaborado pelo autor.

Pela análise dos argumentos utilizados nos acórdãos, é possível observar que – assim como nas sentenças - há maior cuidado quanto à uniformização acerca da observância do

da saúde, inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos, como no caso dos autos”, razão pela qual – pela similaridade – foram contabilizados conjuntamente.

¹²³ Nos casos 15 e 17 aparece como “inadmissível que o Poder Público crie obstáculos ao fornecimento do medicamento do qual necessita o paciente”, razão pela qual – pela similaridade – foram contabilizados conjuntamente.

¹²⁴ No caso 10 aparece como “direito de pronto exercitável”, razão pela qual – pela similaridade – foi contabilizado conjuntamente.

¹²⁵ No caso 01 aparece como “relatório médico expedido por profissional que acompanha o quadro clínico do assistido (fls.11/12) comprova a imprescindibilidade do medicamento indicado [...] o beneficiário não está obrigado a seguir o protocolo clínico e as diretrizes terapêuticas do Estado”, no caso 09 aparece como “não cabe ao Judiciário perquirir sobre questões de ordem médica, devendo prevalecer a orientação do profissional que prescreveu o medicamento ao recorrido, pois melhor conhece a patologia que a aflige e a necessidade quanto à precisa indicação”, no caso 10 como “fica a critério do médico que acompanha a parte escolher o tratamento que melhor atenda às particularidades do seu quadro clínico, as listas de medicamento padronizados pelo SUS não são de molde a vincular nem os profissionais da medicina nem o Juízo”, no caso 12 como “cuidando-se de médico especialista regularmente habilitado, presumem-se idôneos a prescrição e o tratamento ministrado, cuja responsabilidade é do profissional e não do Poder Público.”, no caso 17 como “não cabe ao Judiciário analisar se o medicamento prescrito é ou não eficaz, ou se existem outros que o substituam, pois tal responsabilidade é atribuição exclusiva dos médicos” e também “o médico em questão está apto a definir o melhor tratamento terapêutico, inclusive avaliando sua eficácia”, razão pela qual – por força da similaridade – foram contabilizados em conjunto.

¹²⁶ No caso 13 surge como “prova documental já constante dos autos foi suficiente para a formação do convencimento do Magistrado, desnecessária a produção de outras provas.”, de modo que – pela similaridade – foi contabilizado em conjunto.

Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça, que é utilizado como sustentáculo para a fundamentação de quase todas as decisões concessivas de segundo grau.

Além disso, observa-se a menção expressa aos requisitos do referido tema, como no caso da hipossuficiência do requerente para aquisição do fármaco pleiteado.

No mesmo sentido, é notório que a maioria das decisões entende que a concessão do fármaco se dá a partir da aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde, sendo que sua previsão constitucional já seria suficiente a justificar a concessão do medicamento, já que compreende o Judiciário que o conceito de integralidade incluiria tal concessão, como se vê pelos argumentos 03, 04, 05 e 07, por exemplo.

É de se notar que, assim como nas sentenças, os acórdãos também sobrelevam o poder da autoridade médica para definição do dever do Poder Público em conceder fármaco não incorporado, não podendo se olvidar que – como já mencionado anteriormente – tais médicos são, em sua maioria, privados.

Aqui também é possível observar que mais da metade das decisões chega a citar expressamente que cabe somente ao médico decidir o tratamento a que será submetido o paciente, não sendo necessário maiores provas, e, além disso, o entendimento do Tema 106, principalmente quanto ao primeiro requisito do tema, consiste exatamente na manifestação do médico que atende o paciente quanto à necessidade e imprescindibilidade do fármaco indicado em detrimento aos fornecidos pelo SUS.

Neste sentido, pode-se afirmar que a totalidade dos acórdãos acaba por considerar a opinião médica como elemento de grande relevância para a conclusão quanto à obrigação de concessão de fármaco não incorporado.

Assim como nas decisões liminares, e também nas sentenças, não se observa da análise dos acórdãos a menção de recomendação da CONITEC para não incorporação do fármaco – com exceção do caso 06 em que é citada a recomendação negativa da CONITEC, mas o órgão julgador entende que deve prevalecer a recomendação do médico do paciente - e, também, não enfrentam as modificações introduzidas pela Lei Federal 12.401/01, com destaque aos Arts. 19-M, 19-P e 19-Q, de modo que nenhuma das decisões versa sobre o fato de que a lei prevê que o conceito de integralidade, quanto aos medicamentos, é definido pelo legislador e não inclui os medicamentos não incorporados, com exceção de quando presentes nas listas suplementares.

Chama atenção, inclusive, para o fato de que mesmo no caso em que é citada a existência de recomendação da CONITEC não é enfrentada a questão da existência de dispositivo legal que impeça a concessão de fármacos não incorporados, em regra.

Há de se destacar, ainda, que – assim como parte das sentenças – parte dos acórdãos também entende que apenas a prova documental é suficiente para formar o convencimento acerca da obrigação de conceder o fármaco não incorporado, sendo que são os laudos médicos que constituem a prova documental considerada suficiente pelos órgãos julgadores para formar o convencimento.

De outra banda, ainda quando não pormenorizado tal entendimento, todos os acórdãos julgam apenas pela prova documental constituída, basicamente, pela recomendação médica.

Com a explanação do conteúdo das decisões analisadas, espera-se que seja possível uma análise ampla, ainda que não exaustiva, de como decidiu o Judiciário paulista nos casos analisados que versavam sobre a concessão de fármaco que o sistema de saúde já havia decidido não incorporar, restando, por fim, responder se - sob o paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito – tais decisões correspondem à resposta constitucionalmente adequada.

4.3 Da análise das decisões conforme a Teoria da Decisão Judicial de Streck

Conforme já destacado no Capítulo 03, a Crítica Hermenêutica do Direito, na tentativa de desenvolver uma Teoria da Decisão Judicial que tenha o potencial de possibilitar que o Judiciário ofereça respostas constitucionalmente adequadas aos problemas a ele apresentados, estabelece alguns critérios indagativos que devem ser utilizados pelo intérprete quando do ato decisório.

No tocante à intervenção em direitos fundamentais sociais, em específico, a CHD estabelece três perguntas fundamentais que devem ser respondidas, sob pena de estar configurada a prática do ativismo e, portanto, a existência de decisão constitucionalmente inadequada, relembremos:

[...] o juiz deverá responder a três indagações: i) se está diante de um direito fundamental com exigibilidade; ii) se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas; iii) se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo transferência ilegal-

inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia (Streck, 2020, P.394)

O autor é claro ao destacar que sendo alguma das perguntas respondidas negativamente, por certo que estar-se-á em face de uma decisão ativista (Streck, 2020, p. 394). Ou seja, para que uma decisão judicial, em matéria de direitos fundamentais sociais, seja uma resposta constitucionalmente adequada, deve-se estar diante de um direito fundamental com exigibilidade; o pedido deve ser universalizável em situações similares e, ainda, não deve resultar em transferência ilegal-inconstitucional de recursos, de modo a ferir a isonomia.

Sendo assim, é certo que, como nenhuma das perguntas pode deixar de ser satisfeita, o critério de análise passa a ser de subsidiariedade, visto que a segunda pergunta apenas faz sentido se a primeira já foi satisfeita, e assim por diante.

Neste ponto, a partir da primeira pergunta, já se observa que as decisões analisadas, em absoluto, não satisfazem ao primeiro critério imposto pela CHD para intervenção do Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais sociais.

Isto porque a oferta de fármacos não incorporados ao SUS não constitui um direito fundamental com exigibilidade, afinal a análise da exigibilidade se dá a partir da legalidade constitucional instituidora do direito, conforme destaca Isadora Ferreira Neves:

[...] a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito que indaga sobre a existência de direito fundamental exigível é uma pergunta sobre normatividade constitucional e se sustenta no princípio da legalidade que é fundador do Estado de Direito a partir da ideia de uma legalidade constitucional. Essa construção evidencia a afirmação de que essa pergunta é atravessada por um princípio (o princípio da legalidade) e, portanto, deve necessariamente pautar a criteriologia de uma resposta constitucionalmente adequada que distancie a decisão judicial de uma postura ativista (2022, p. 111).

Aqui cabe chamar atenção para o fato de que a definição do conteúdo do direito à saúde passa, por certo, por um filtro de legalidade constitucional, sob o ponto de vista de que não só os contornos de tal direito devem ser estabelecidos pelo legislador, a partir do desenvolvimento da política pública sob o ponto de vista normativo, como também tais contornos devem ser constitucionais.

Neste ponto, deve-se chamar atenção, novamente, para o marco legislativo cuja aplicação é objetivo de análise no presente trabalho, qual seja, a Lei Federal 12.401/11.

Afinal de contas, é tal marco legal que não só estrutura a análise de tecnologias em saúde no Brasil, como também traz os contornos do direito à saúde sob o ponto de vista da integralidade.

Isto porque o Art. 19-M conceitua o que é integralidade, preceituando que – quanto aos fármacos – consiste naqueles incorporados ao SUS, seja em diretrizes terapêuticas definidas ou, na falta de protocolo, em conformidade com o Art. 19-P, de modo a, também, incluir não só os medicamentos incluídos nas listas geridas pelo Governo Federal, seja pelas listas suplementares, administradas pelos outros entes federativos, enquanto o Art. 19-Q, por sua vez, estabelece a forma de incorporação de fármacos, delineando o papel da CONITEC.

Deste modo, os fármacos não incorporados ao SUS não compõem o conceito de integralidade, razão pela qual – visto que nem sequer se enquadram no próprio atributo característico do sistema – não haveria fundamento bastante para obrigar o Poder Público ao fornecimento, por ausência de legalidade constitucional.

Entretanto, como também demonstrado no capítulo anterior, a análise acerca da legalidade se concentra na ideia de legalidade constitucional, exatamente porque não é possível – na quadra do constitucionalismo democrático – encarar o Judiciário como mero boca da lei, reflexo de uma espécie de positivismo exegético.

Inclusive porque não busca a Crítica Hermenêutica do Direito ignorar o papel do Poder Judiciário na garantia do Estado Constitucional, o que pode incluir, por vezes, até mesmo o afastamento da lei.

[...] não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessária uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social (Streck, 2017, p. 77).

Todavia, tal afastamento há de ser realizado em hipóteses específicas, exatamente para que se garanta que o Judiciário atue dentro do que foi prospectado pelo próprio desenho constitucional que privilegia, por certo, as decisões produzidas a partir do crivo do processo legislativo, em respeito ao princípio democrático e, claro, aos limites impostos pelo próprio constituinte. Até porque, se fosse autorizado ao Judiciário afastar a aplicação da lei a seu bel prazer, estaria fragilizada a representação popular e o fruto de suas deliberações a partir dos

representantes eleitos, o que é impossível em um Estado Democrático de Direito, que impõe a legalidade constitucional como limite a qualquer decisão judicial, sob pena de ativismo.

Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto (Abboud; Mendes, 2019).

É claro, portanto, que em razão do próprio Estado Constitucional, é permitido aos juízes deixar de aplicar a lei, desde que esta não atenda aos ditames da própria Constituição, o que incluiria, por certo, o controle da política pública construída pelo legislador e executada pela Administração Pública, afinal não basta a legalidade, deve haver legalidade constitucional.

Em um Estado Constitucional, não se pode perder de vista que a legislação vincula a atuação dos juízes e, por consequência, a eles só é permitido desaplicar a legislação quando reconhecem, mediante o controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da referida lei (Abboud, 2014, p. 434).

Neste ponto que Streck estabelece as seis hipóteses em que é autorizado ao Judiciário deixar de aplicar a lei, como já exposto no capítulo anterior. Sendo assim, na presente análise, se há lei que desobriga para a concessão de fármacos não incorporados pelo Poder Público e se, mesmo assim, o Judiciário o obriga a conceder tais fármacos, é certo que, ao menos, o afastamento de tal disposição legal deve se fazer dentro das hipóteses em que é permitido aos juízes afastar a aplicação da lei.

Tais hipóteses, por certo, podem envolver a aplicação dos critérios de resolução de antinomia, oportunidade em que – em verdade – se deixa de aplicar uma lei, exatamente, para aplicar outra. O que, por certo, não é a hipótese do presente caso, já que o Judiciário deixa de aplicar as disposições da Lei Federal 12.401/11 sem que haja antinomia.

Além disso, poderiam envolver o afastamento da regra em face de um princípio, todavia, como já destacado, sob o ponto de vista da CHD, uma regra só existe a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, entretanto o princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra.

Neste sentido, nota-se que as decisões analisadas não chegam a invocar expressamente princípios que justifiquem o afastamento da lei, ao contrário, invocam

diretamente dispositivos constitucionais que versam sobre dignidade da pessoa humana, por exemplo, além das disposições constitucionais específicas acerca do direito fundamental à saúde e à vida.

Ou seja, a regra que densifica o direito à saúde em sua fundamentalidade, assim como garante o respeito à dignidade da pessoa humana quanto ao direito à saúde em sua dimensão prestacional – no caso a legislação que estrutura o SUS e dá os contornos do conceito de integralidade, por exemplo - é ignorada exatamente a partir da alegação de efetividade de tal direito, de modo que não se trata da aplicação de um princípio incidente no caso concreto de modo a manter a existência da regra (Streck, 2017, p. 635), como se dá na hipótese da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal, por exemplo. Em verdade, se trata de discordância do Judiciário quanto à própria política pública instituída a partir de lei.

Portanto, se o Judiciário entende que tais previsões constitucionais não estão sendo refletidas pela política pública praticada no SUS – que é instituída a partir de lei – é certo que não se trata de possibilidade de afastamento da lei por força da existência de um princípio, mas da necessidade de declaração de inconstitucionalidade.

Aqui, cabe chamar atenção para o fato de que não necessariamente é imprescindível a declaração de inconstitucionalidade, em absoluto, da lei, podendo, claro, haver a utilização de interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), declaração de nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) ou declaração de inconstitucionalidade com redução de texto.

Não se pode olvidar que a utilização do controle de constitucionalidade é, exatamente, a forma de capilarização da Constituição (Streck, 2017, p. 187), visto que é por meio deste que as questões relacionadas aos direitos fundamentais podem ser, de pronto, enfrentadas pelo Judiciário, inclusive para garantir que não haja proteção insuficiente (*Unterwassverbot*) ou excessiva (*Übermassverbot*), sendo que os instrumentos para filtragem hermenêutico-constitucional das leis não só podem, como devem, ser utilizados pelo Poder Judiciário.

Assim, além de praticar o controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*, pelo exame da parametricidade entre os normativos e o texto constitucional, tenho incentivado e defendido a utilização dos contemporâneos mecanismos aptos à realização da filtragem hermenêutico-constitucional das leis. Entre outros, lembremos a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonform Auslegung*) e a nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), os quais definitivamente foram

incorporados à normatividade jurídico-brasileira, a partir da edição da Lei n. 9.868/99, que taxativamente as alçou à categoria de formas de controle de constitucionalidade. Tais mecanismos, a toda evidência, podem e devem ser utilizados em sede de controle difuso (juízes singulares e tribunais), não sendo monopólio do Supremo Tribunal Federal (Streck, 2017, p. 189).

Ocorre que, lamentavelmente, a partir da análise do conteúdo das decisões, é possível perceber que estas não satisfazem o ônus de fundamentação imposto ao Judiciário para o afastamento da legalidade vigente, isto porque as decisões nem sequer citam a existência dos dispositivos legais constantes na Lei Federal 12.401/11, que entende a integralidade como circunscrita aos fármacos incorporados.

Inclusive, quando tais decisões chegam a citar a existência da Lei Federal 8080/90 como forma de justificar a concessão dos fármacos não incorporados, ainda sim não se referem aos dispositivos incluídos nesta mesma lei por força da Lei Federal 12.401/11, não sendo satisfeito o ônus argumentativo ínsito ao Judiciário – na seara do Constitucionalismo Democrático – de interpretar as leis aplicáveis ao caso e, se o caso, até mesmo afastá-las.

Não há análise, não há fundamentação, não há explicitação do compreendido acerca da existência e aplicação da referida lei, sendo esta encarada como se não existisse, de forma a demonstrar que não há a preocupação de uma real explanação, pelo juízo, das razões pelas quais o que decide é a melhor forma de se decidir, assim como quais os motivos que fazem as razões contrárias ao decidido serem afastadas.

A fundamentação “completa” do provimento jurisdicional, que deve fornecer boas justificas para destacar a(s) teoria(s) proposta(s) pela(s) parte(s), ai incluídas as razões que expliquem porque e é a *sua teoria* a que melhor interpreta a prática do Direito como um todo. No final, pois, o que está em jogo, tanto com a cláusula do contraditório, como com o cumprimento de dever fundamental de fundamentar decisões, é o *direito fundamental de o cidadão obter boas respostas em Direito* (Motta, 2012, p. 194).

Isto, por si só, representa grande problema, visto que o Judiciário, ao ignorar a atribuição de significado feita pelo legislador ao conceito de integralidade, ínsito ao direito constitucional à saúde, e substituí-lo pela ideia de que deve o Poder Público conferir toda e qualquer medicação que seja receitada pelo médico responsável por seu tratamento, por certo, interpreta a Constituição – e as próprias leis – de forma livre, ignorando absolutamente a autonomia do direito, no exercício de uma liberdade interpretativa que não lhe foi conferida pelo constituinte. “[...] juízes não são livres para atribuir qualquer significado que desejam à

Constituição e às leis. Quanto mais se distanciam dos textos legais mais abusos ou equívocos podem cometer. A liberdade do intérprete não é absoluta, é certo” (Faria, 2021, p. 4).

Ora, nota-se que argumentos como é “papel do estado realizar tudo o que estiver ao seu alcance para garantir adequado tratamento a todos os cidadãos”, assim como a citação direta de dispositivos constitucionais que versam sobre o direito à saúde, tais como o Art. 196 da CRFB/88 e a Lei 8080/90, sem adequadamente esclarecer por quais razões tais dispositivos legais elucidam uma compreensão adotada pelo Judiciário de que deve o Poder Público fornecer os fármacos não incorporados, em espécie de realismo jurídico.

Ou seja, o Judiciário adota uma concepção de que o ordenamento jurídico brasileiro alberga um direito fundamental à saúde instituidor da obrigação do Estado conceder toda e qualquer prestação de saúde que seja necessária para a melhora do quadro de saúde do paciente, a partir de indicação médica.

Entretanto, tal conclusão, em que pese a boa vontade dos julgadores, se sustenta apenas em sua crença pessoal de que tal ônus pode ser atribuído ao Estado, visto que a própria lei não o atribuiu, o que ostenta a crítica muito apontada pela Crítica Hermenêutica do Direito de que não cabe ao Judiciário escolher com base em suas preferências, devendo – ao invés disso – decidir conforme a autonomia do direito.

A literalidade da Constituição mostra que o escopo do direito à saúde é limitado. O Art. 196 diz que a saúde é um direito garantido mediante “[...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ninguém pode ser excluído do SUS ou ser discriminado no seu acesso, mas disso não decorre que todos os tratamentos prescritos por um profissional de saúde devam ser fornecidos. Cabe ao SUS escolher essas ações e serviços de acordo com regras infraconstitucionais. O Art. 198, que trata da integralidade, deixa claro que as escolhas de prioridades precisam ser feitas. A Constituição dá aos gestores um espaço de discricionariedade que a judicialização lhes retira (Wang, 2020, p. 111).

Chama a atenção que os próprios dispositivos constitucionais e, inclusive, a legislação infraconstitucional utilizada na fundamentação das decisões judiciais analisadas, em verdade, não seja favorável ao pedido, mas a ele contrária. Afinal, se a integralidade inclui a escolha de prioridade e se o próprio direito à saúde depende de políticas sociais e econômicas e, mais, se o legislador infraconstitucional legislou acerca da forma de eleição de prioridades em matéria de tecnologias em saúde, por certo que o afastamento pelo Poder Judiciário de tais ditames não poderia se fazer sem o adequado ônus argumentativo, que obriga a utilização da hermenêutica constitucional, sob pena de estar o Judiciário dando às palavras o sentido que

quer, revelando uma postura autoritária quanto à aplicação do direito, como destaca Streck: “Tempos de autoritarismo, em que o personagem solipsista *Humpty Dumpty*, de *Alice Através do Espelho*, nos assombra com seu fantasma, cujo mote era: dou às palavras o sentido que quero” (Streck, 2019, p. 93).

Neste sentido, destaca Streck que apostar na autonomia do direito é apostar na determinabilidade dos sentidos por ele expressados, ou seja, em que pese o intérprete atribua sentido ao texto quando da interpretação, isto não significa que ele possa atribuir os sentidos de forma arbitrária. Como ensina Gadamer, o intérprete deve dialogar com o próprio texto, permitir que o texto lhe diga alguma coisa quando do ato interpretativo, já que o texto – ainda que não seja a norma – é o ponto de partida para sua concepção, por meio da intersubjetividade.

É claro que toda interpretação tem que começar por algum ponto. Não obstante, seu ponto de partida não é arbitrário. Na realidade não se trata de um começo real. Já vimos como a experiência hermenêutica implica sempre o fato de que, o texto que se trata de compreender, falar a uma situação que está determinada por opiniões prévias. Isso não é uma desfocagem lamentável que obstaculize a pureza da compreensão, mas, a condição de sua possibilidade, que caracterizamos como a situação hermenêutica. Somente porque, entre aquele que compreende e seu texto, não existe uma concordância lógica e natural, é que se pode vir a participar, no texto, de uma experiência hermenêutica. Somente porque o texto tem de ser transladado, de sua distância para o que nos é próprio, é que ele tem algo a dizer para aquele que deseja entender (Gadamer, 2012, p. 609).

Assim sendo, admitir que o Judiciário adote posturas pragmáticas ou ainda axiologistas¹²⁷, a partir do julgamento com base em valores que refletem como o julgador entende que deveriam ser as soluções dadas pelo direito, ao arrepio do preceituado pelo parlamento, é – por certo – julgar a partir de achismos, como destaca Daniel Wang:

Quanto não estão claros os fundamentos jurídicos de uma decisão judicial, ou estes fundamentos são fracos, o que resta é a simples vontade pessoal do magistrado. O Direito deixa de criar parâmetros para as decisões dos juízes e torna-se apenas um empecilho a sua vontade que é removível por menções a princípios abstratos ou por palpites sobre as consequências desejáveis de uma decisão (Wang, 2020, p. 81).

¹²⁷ “Se a autonomia do direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos *stricto sensu* – apostam na indeterminabilidade. É por tais caminhos e condicionantes que passam as novas demandas de uma renovada hermenêutica constitucional” (Streck, 2017, p. 75).

Neste ponto, cabível destacar que a criação de parâmetros é, inclusive, imperativa para a própria determinabilidade do Direito e, inclusive, legitimidade das decisões provenientes do Poder Judiciário – ao possibilitar seu controle¹²⁸ - exatamente porque as intervenções do Judiciário devem, necessariamente, ser balizadas a partir de uma série de critérios eminentemente jurídicos para que possam ser legítimas em um Estado Democrático de Direito e, no caso, decisões que desconsideram uma lei sem fundamentar os motivos pelos quais se dá tal desconsideração, alegando genericamente que cumprem a vontade da Constituição, se prestam, apenas, a utilizar artifícios para maquiar o triunfo da vontade do intérprete e, em última análise, da discricionariedade judicial, que triunfa desde o positivismo.

[...] o que pretendo referir é que uma decisão judicial que desconsidera uma lei sem fundamentar os motivos, a partir de uma alegação genérica que coloca a Constituição como um artifício retórico para sua não aplicação, será tão arbitrária (porque, no fundo, seu argumento encobre uma decisão solipsista) do que aquela que interpretar o texto legislativo sem qualquer filtragem hermenêutico-constitucional. Nos dois casos, tem-se uma inadequada compreensão sobre o papel da Constituição (Streck, 2017, p. 649).

Nota-se, portanto, que a escolha do julgador acerca do que – sob seu ponto de vista – é o sentido do direito à saúde, ignorando, inclusive, a existência de legislação infraconstitucional que estabelece os contornos garantidores da determinação de sentido de tal direito é, por certo, prejudicial à democracia, fortalecendo um déficit democrático a partir do exercício da interpretação das leis e da Constituição como forma, em verdade, de substituí-las, como destaca Fernando Luiz:

De uma forma geral, o juiz é o sujeito solipsista da modernidade, assujeitador dos objetos, que confere à lei o sentido que bem quiser, gerando um “estado de natureza hermenêutico”. Verifica-se este fato pela discricionariedade judicial, expressão que vela a real arbitrariedade, na medida em que as opções sociais democraticamente institucionalizadas, pela Constituição e leis, são substituídas pela concepção de uma só pessoa. Isso acarreta um *déficit* democrático, uma vez que a sociedade, no exercício do autogoverno caracterizador da democracia, possui não só o direito de estabelecer as normas de convivência que entender pertinentes – desde que, obviamente, não afrontem a Constituição – mas, principalmente, o direito de vê-las aplicadas (2013, p. 183).

¹²⁸ “A responsabilidade do juiz em fundamentar sua decisão, decidindo o caso respeitando o dever de coerência e integridade, possibilita o seu controle hermenêutico. Pode-se dizer, a partir daí, se a resposta está ou não correta” (Luiz, 2013, p. 188).

Não se desconhece, claro, a facilidade dos magistrados aderirem aos pré-juízos inautênticos¹²⁹ que surgem quando do julgamento de ações desta natureza, visto que se deparam com o sofrimento escancarado em demandas individuais, de cidadãos que – vez ou outra – não possuem esperança de sobreviver sob o ponto de vista da medicina baseada em evidências, de modo que o julgador – como um “juiz herói” capaz de resolver desigualdades sociais e ser considerado como a última garantia para a conquista dos direitos sociais” (Marchetto *et al.*, 2016, p. 944)¹³⁰ – não consegue levar em consideração o potencial de suas decisões para – em uma análise macro – gerar desigualdade e ineficiência, como destaca Wang:

A teoria de Hume explica por que é difícil para magistrados negarem a concessão de tratamento mesmo quando sabem que isto gera desigualdade e ineficiência na política de saúde. Juízes estão diante de dramas individuais pintados em cores vívidas, enquanto o sofrimento que seria evitado com um uso alternativo dos R\$ 7 bilhões que se estima gastar com judicialização da saúde no Brasil não aparece no processo judicial e, portanto, não gera *sympathy* (Wang, 2020, p. 108).

Além disso, a ideia de que a concepção de saúde adotada pelo Poder Judiciário é fruto de um pré-juízo inautêntico é ainda mais demonstrada, não só por não estar de acordo com o desenho constitucional e infraconstitucional, como também pelo que demonstra a experiência internacional.

O pré-juízo inautêntico, como já vimos, nada mais é do que uma noção falsa, fruto de uma pré-compreensão que não dominamos e que, para se provar, deverá dialogar com a alteridade do texto, cuja norma só existirá a partir do contexto em que está inserido o intérprete, como destaca Streck ao exemplificar a tradição autêntica:

Entendo, assim, que a integridade de que fala Dworkin se aproxima daquilo que podemos denominar “tradição autêntica”, na medida em que é possível distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos). Pré-juízos são antecipações. É a pré-compreensão, que não dominamos (Streck, 2017, p. 385).

¹²⁹ “Nesse universo pré-dado (e predado), nessa realidade pré-estruturada simbolicamente, é que se movem os indivíduos a partir dos pré-juízos inautênticos, forjados aparadigmaticamente, ficando impedidos de compreender aquilo que vai além – as demandas significativas do que se denomina “casos difíceis” – desse horizonte não problematizado” (Streck, 2017, p. 345).

¹³⁰ Do original, no inglês: ““judge hero” capable of solving social inequalities and regarded as the ultimate guarantee for the attaining for social rights” (Marchetto *et al.*, 2016, p. 944).

Voltando ao ponto da concepção de saúde adotada pelo Judiciário, nota-se que esta não encontra consonância, nem mesmo, em países de primeiro mundo, como a Inglaterra, que também possui um sistema de saúde público, o *National Health Service* (NHS). “Na Inglaterra, que tem um gasto per capita em saúde seis vezes maior que o SUS, tratamentos efetivos podem não ser fornecidos se não forem custo-efetivos (o ganho em saúde não compensa o maior gasto) ou se o seu impacto orçamentário for muito elevado” (Wang, 2020, p. 109).

E neste ponto, como esclarece Wang (2020) – estudioso do tema inclusive em terras inglesas – há importante deferência do Poder Judiciário com a política pública estabelecida, o que não significa, nem de longe, que haja a impossibilidade de questioná-la e, até mesmo, afastá-la, o que não é feito adequadamente pelas decisões analisadas que, simplesmente, a ignoram.

Na Inglaterra, os tribunais aceitam que gestores de políticas públicas precisam lidar com questões financeiras e distributivas e que não é tarefa dos juízes alocarem recursos escassos. Contudo, negativas de fornecimento de tratamento por parte do sistema de saúde foram revistas pelos tribunais quando gestores não conseguiram apresentar motivos claros e racionais para suas escolhas, não deram peso suficiente a provas e opiniões contrárias, não consideraram circunstâncias excepcionais, ou não consultaram a população afetada (Wang, 2020, p. 106).

Inclusive, esclarece o pesquisador que o direito à saúde – não só por força da Constituição brasileira e da legislação infraconstitucional – coaduna, e não conflita, com a necessidade de um estabelecimento de prioridades, não representando um direito absoluto a receber qualquer tipo de tratamento (Wang, 2020).

O direito à saúde, a princípio, não está necessariamente em conflito com o estabelecimento justo de prioridades em saúde. Primeiro, o direito à saúde (como interpretado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e pela maioria dos especialistas) não implica um direito absoluto de receber qualquer tratamento independente dos custos, e não é contrário à análise de custo-efetividade ou de impacto orçamento. Segundo, há um crescente consenso de que prioridades devem ser estabelecidas usando uma ampla gama de princípios éticos com os quais a ideia de direitos é compatível (Wang, 2020, p. 103).

Neste ponto, reforça-se a ideia de que o Judiciário se arvora a decidir a questão a partir da concepção particular do julgador acerca de como devia ser em detrimento ao ordenamento constitucional e infraconstitucional que já preceituou como deve ser. Nisto, o voluntarismo judicial contraria a autonomia do direito que deve assegurar que, após o

exercício da competência constitucionalmente assegurada ao Parlamento, não sejam os comandos provenientes da deliberação popular, fruto da união dos representantes democraticamente eleitos, afastados pela vontade do intérprete, mas – apenas – pelo filtro hermenêutico-constitucional, quando for o caso.

Há de se chamar atenção, ainda, para o fato de que a presença predominante do argumento trazido pelo Judiciário de que não cabe ao Judiciário contrariar a recomendação médica, já que apenas a autoridade médica teria condições de decidir o melhor tratamento para o paciente, corresponde, em verdade, a anular todos os esforços promovidos pelo legislador e pela Administração Pública para o desenvolvimento de um sistema estruturado de análise de tecnologias em saúde e, portanto, eleição de prioridades.

Isto porque, se é a autoridade médica que decide o que deve ser fornecido ao paciente e isto, por si só, vincula o Poder Público, a que se presta a avaliação de tecnologias em saúde? Qual o seu valor? Já que esta pode ser afastada sem nenhum ônus argumentativo ou – ainda que se reconheça sua existência – se esta tem menos valor que uma mera indicação médica, de que serve todo o sistema?

Neste ponto é que, também, se observa o voluntarismo do Judiciário que ignora que foi não só desenvolvido, como atribuído o devido valor pelo Parlamento – fruto da vontade popular institucionalizada pelo voto – ao sistema de ATS como legítimo a eleger prioridades, de forma que não resta autorizado que seja afastado por uma mera indicação médica, sob pena de ignorar a vontade popular em detrimento a uma vontade individual.

Inclusive, o que se observa – aqui – corrobora bastante para as conclusões já demonstradas em trabalho de abordagem qualitativa (WANG *et al.*, 2020, p. 3) que concluiu que a existência de recomendação da CONITEC, seja positiva ou negativa, não é considerada¹³¹ para a atuação do Poder Judiciário.

Assim sendo, cabe chamar atenção para a necessidade de respeito à vontade democrática como inerente ao convívio social, como destaca Sérgio Buarque de Holanda, ao comentar Antígona de Sófocles, cujo paralelo auxilia no entendimento do que se tenta expor aqui.

¹³¹ “For drugs assessed by CONITEC, there is no strong evidence to suggest that the existence of a CONITEC report has had an effect. We found a small positive effect for the existence of a CONITEC report, either recommending or not treatment coverage by SUS...” (Wang *et al.*, 2020, p.3)

O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição (...) Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade (...) Ninguém exprimiu com mais intensidade a oposição e mesmo a incompatibilidade entre os dois princípios do que Sófocles. Creonte encarna a noção abstrata, impessoal da Cidade em luta contra essa realidade concreta e tangível que é a família. Antígona, sepultando Polinice contra as ordenações do Estado, atrai sobre si a cólera do irmão, que não age em nome de sua vontade pessoal, mas da suposta vontade geral dos cidadãos, da pátria (Holanda, 1995, p. 141).

O que se quer dizer é que o afastamento da lei a partir da subjetividade do julgador é, por certo, espécie de jusnaturalismo envergonhado (Streck, 2020, p. 114), que aniquila a autonomia do direito e fragiliza a democracia, sendo imperioso que os operadores do direito tenham em mente que a sustentação do próprio Estado se dá a partir do respeito irrestrito à Constituição e, exatamente por isso, não é possível diminuir o afastamento da lei pelo Judiciário, de forma simplória, afinal o afastamento é questão complexa, apenas sendo autorizado ignorar a vontade popular manifestada pelo parlamento quando esta ofender a própria Constituição, este é o pacto firmado para o funcionamento das instituições do Estado, esta é a vontade abstrata e impessoal da cidade, defendida por Creonte.

A Constituição é elo contedístico que liga a política e o Direito, donde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o Direito deve servir como garantia da democracia. Ou seja, parafrazeando E. P. Thompson, “a Constituição importa e é por isso que devemos nos importar com isso tudo”. Trata-se, no fundo, de um paradoxo: a Constituição é um remédio contra maiorias, mas, ao mesmo tempo, serve como garantia dessas próprias maiorias (Streck, 2017, p. 629).

Nota-se, portanto, que as decisões analisadas não satisfazem nem mesmo ao primeiro dos critérios indagativos impostos pela CHD e, ainda, afastam a aplicação da lei sem encaixar-se em uma das seis hipóteses em que pode o Judiciário fazê-lo, de modo que desbordam da Judicialização, representando uma face do malfadado ativismo judicial.

Entretanto, poderia se dizer que – ainda que não haja legalidade constitucional para o pedido e, também, não haja atuação do Judiciário dentro de uma das seis hipóteses em que pode afastar a lei – os julgados, em sua majoritariedade, se firmam do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça para a concessão do fármaco, razão pela qual estariam, ao menos,

reafirmando a jurisprudência de Tribunal Superior, no exercício de uma postura coerente. A questão, todavia, demanda análise mais aprofundada.

Como já mencionado, é inequívoco que a concessão de fármacos não incorporados ao SUS resulta no afastamento da legalidade vigente imposta pela Lei Federal 12.401/11, de modo que não se pode – sob pena de legitimar a concepção de um direito jurisprudencializado – aceitar a ideia de que o precedente é suficiente para justificar o afastamento da lei, como destaca Georges Abboud:

Não há opção em aplicar ou não a lei. Ela somente pode ser desaplicada caso seja vislumbrada a sua inconstitucionalidade. Outrossim, não há argumento fundado em precedente que possa derrocar a incidência da lei. Ainda que não haja lei regulamentando a matéria, o juiz deve indicar qual dispositivo ou princípio constitucional que rege o caso concreto (2014, p. 473).

Não se pode olvidar que os precedentes, no Brasil, têm característica congênita que os fazem bastante distintos dos precedentes concebidos em países que adotam o *common law*. Isto porque como ensina Zufelato (2015, p. 96), a expressão “precedente” recebe significados variados, mesmo na tradição do *common law*, entretanto, há certo consenso de que esta corresponde à uma decisão anterior, que tem efeitos vinculantes para as decisões futuras, sendo a referida definição acompanhada por outros teóricos do direito, “No mesmo sentido, no Direito, um precedente, instituto tradicional e típico dos países sob o *common law*, é uma decisão judicial pretérita que acaba por ter relevância em casos subsequentes, servindo de referência na decisão desses casos” (Streck, 2020, p. 349).

Neste ponto é que surge o vício congênito, isto porque, no sistema do *common law*, não há a possibilidade de editar uma decisão e, logo após ser editada, já se ter ciência de que esta é um precedente e que, portanto, há de vincular os julgados posteriores.

Os precedentes são produto da evolução histórica do *common law*, surgiram com o intuito de garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis. Desse modo, o precedente não apenas garante segurança jurídica, até porque ele é ponto de partida para as discussões dos novos casos, ou seja, ele os problematiza e não carrega o mito de que seria possível a solução diversos outros casos de maneira lógico-subsuntiva, como pretende a súmula vinculante e a reiterada atribuição legislativa de efeito vinculante para as decisões dos tribunais superiores, até mesmo porque, ao contrário dela, o precedente não se estrutura para ter aplicação pro futuro (Abboud, 2014, p. 311).

Os precedentes não nascem como precedentes, ou seja, não tem a pretensão de – desde a sua concepção – serem aplicados aos casos futuros, a partir de uma tese generalizante.

A conclusão é nítida: ainda que não tenha havido qualquer consenso, e embora a discussão acerca do que constitui a *ratio decidendi* de um caso seja, em certa medida, indeterminada, evidentemente, em nenhum desses entendimentos é possível equiparar a *ratio* de um caso a uma tese generalizante, enunciada pelo Tribunal previamente com esse fim. Como vimos, pois, eis aí uma clara — e importantíssima — distinção entre o *stare decisis* do *common law* e o “precedente” brasileiro (Streck; Raatz; Morbac, 2019, p. 324).

O NCPC, de modo controverso, prevê a figura de precedentes que já nascem para assim sê-lo, ou seja, julgados que fixam teses que, pela forma de fixação e pelo órgão judiciário que as fixou, devem ser aplicados a casos análogos, é o que chama a doutrina de “precedente doloso” (Neves, 2019, p.1.401).

É o caso do Tema 106, fruto do Recurso Especial nº 1657156/RJ, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, o que o faz vinculante, conforme Art. 927, inciso III do Código de Processo Civil.

Ocorre que os precedentes, a partir da doutrina do *stare decisis* (*like cases should be decided alike*), demandam do intérprete uma análise cuidadosa, caso a caso, acerca dos elementos que tornam a igualdade fática entre o *leading case* e o caso analisado, exatamente para que seja possível a análise da compatibilidade ou da distinção entre os casos, o que – na última hipótese – autorizaria a não aplicação do precedente por distinção.

No Brasil, se dá grande importância ao resultado dos precedentes, ou seja, simplesmente ao enunciado de tese, ignorando os elementos fáticos que corroboraram para sua construção.

Não há, no direito vigente, qualquer preocupação com a precisa identificação da *ratio decidendi* e por consequência com outras técnicas, como a distinção e a superação da regra, o que é ainda mais grave em se tratando de se tomar a súmula, na qual não há descrição da situação concreto na qual surgiu a decisão originária, como sinônimo de precedente (Zufelato, 2015, p. 99).

Afinal, o que caracteriza um precedente? A caracterização do precedente se dá pela *holding* do caso, ou seja, a discussão que se deu a seu respeito e as conclusões jurídicas – sob argumentos de princípio, inclusive – que se desenvolveram a partir daquela situação fática o que, por força de coerência e integridade, obrigam a aplicação para casos análogos.

Considerando que toda decisão gera um acórdão (chamado de *opinion of the court*), o que efetivamente é o precedente? Trata-se do *holding* do caso. É a discussão a seu respeito, nos limites da controvérsia jurídica, que ganha força vinculante em relação a casos futuros. Neste sentido, há uma significativa diferença entre o *holding* e o *dictum*, sendo este último a parte não vinculante da decisão, porque é apenas o espaço de afirmação do julgado (Tassinari, 2013, p. 75).

A falta de preocupação quanto ao conteúdo dos casos que originaram os precedentes e, claro, sua compatibilidade com os casos análogos objeto de aplicação gera, por certo, uma aplicação acrítica pelos tribunais, como se estes fossem aprisionados pelo entendimento dos Tribunais Superiores, que forneceria o único sentido possível ao texto, sendo vedado a atribuição de outro sendo, portanto, vedado interpretar o caso concreto.

Como para a teoria dos precedentes à brasileira entre texto e norma há uma dissociação (e não uma diferença), a (*sic*) Corte de Precedentes é como o canário do conto de Machado de Assis: ela dita, conforme sua vontade, o Direito que irá constituir os limites do mundo dos juristas. Porém, uma vez que o canário atribui o sentido ao texto, essa nova realidade aprisiona os “Tribunais inferiores”, aos quais é vedado atribuir outro sentido ao texto que não aquele já dado. Embora, num primeiro momento, prevalecesse o paradigma da subjetividade, num segundo volta-se à metafísica clássica e ao mito do dado. Agora, o intérprete é assujeitado pelo precedente (Streck; Raatz, 2016, p. 383).

O resultado é que, como já dito, os precedentes passam a ocupar um papel superior à própria lei, já que a validade do precedente passa a surgir da autoridade que o emana e não da *ratio* que deveria legitimá-lo. O direito se torna o que os Tribunais dizem¹³².

A teoria dos “precedentes à brasileira”, portanto, não é outra senão uma espécie de *positivismo jurisprudencialista* em que a (*sic*) Corte de Precedentes dá, conforme sua vontade, o sentido aos textos normativos, que passam a ocupar um papel superior à lei (!) no ordenamento jurídico. Aqui, assim como no positivismo exclusivo, não importa o conteúdo da regra formada pelo precedente. A validade do precedente não depende do seu conteúdo, como que a repristinar Austin. Não há diferença entre legitimidade e autoridade do presente. Tudo se resume à autoridade (Streck; Raatz, 2016, p. 384).

Isto, por certo, é bastante exemplificado pelas decisões ora analisadas que fazem uma aplicação acrítica do Tema 106, afinal, é possível perceber que a faticidade que resulta no precedente em questão é extremamente distinta dos casos aqui analisados, que o aplicam –

¹³² “O Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se fiz por aí ou, melhor, ele é o que o Judiciário diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que “quem decide é quem sabe?”” (Streck, 2019, p. 21).

sem a devida criticidade –, isto porque o conjunto fático dos casos traz elemento diferenciador substancial, que autoriza a não aplicação.

Outrossim, em uma análise pautada nos aportes dogmáticos da CHD, é possível perceber que o Tema 106, por si só, também não preenche os critérios indagativos, visto que afasta a aplicação da Lei Federal 12.401/11 sem que tal afastamento se encaixe nas seis hipóteses autorizadoras ao Judiciário deixar de aplicar a lei, em que pese fuja do escopo do presente trabalho analisa-lo pormenorizadamente, cabe uma breve exposição.

O Recurso Especial nº 1657156/RJ envolvia caso em que um portador de glaucoma crônico bilateral buscava obrigar ao Estado a concedê-lo os colírios azorga 5ml, glaub 5ml e optive 15ml, na forma prescrita pelo médico.

Desde o início do caso não havia, em nenhuma de suas fases, análise da CONITEC quanto à viabilidade de incorporação dos referidos fármacos e, nem mesmo, decisão de não incorporação quanto aos referidos fármacos, como há nos casos aqui analisados¹³³. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça julgou caso em que havia, no SUS, o fornecimento de fármacos para a moléstia, mas que não havia pronunciamento da CONITEC, nos termos da Lei Federal 12.401/11, acerca da viabilidade de incorporação e, nem mesmo, decisão de não incorporação quanto aos fármacos solicitados. Também não existia protocolo clínico para a doença em questão.

Isto, por si só, desautoriza a aplicação, como que por subsunção, do referido tema, já que há elemento diferenciador relevante a fazê-lo inaplicável ao caso, entretanto tal elemento é ignorado – pela mesma razão com que a própria avaliação de tecnologia feita pelo Poder Público é ignorada – em detrimento à utilização assertórica do precedente como fundamento a satisfazer a vontade do julgador, sendo a distinção ignorada.

A técnica de distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação de precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado. Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente, que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similitude fática dos casos (Peixoto, 2015, p. 6).

¹³³ Não se desconhece que houve, a partir da Portaria Conjunta SCTIE/SAS/MS nº 11/2018 - Publicada em 09/04/2018, após o Relatório Técnico ° 333 da CONITEC, o desenvolvimento de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o glaucoma que, inclusive, incluiu alguns dos fármacos solicitados no processo que originou o Tema, todavia, tal fato não foi levado em consideração para a *ratio decidendi* do caso. O caso foi decidido como não houvesse análise do SUS quanto à incorporação.

Não se pode olvidar que o fato de haver manifestação da CONITEC recomendando a não incorporação do fármaco e decisão administrativa por não incorporá-lo deve ser encarado como elemento diferenciador suficiente para implicar na inaplicabilidade do precedente, isto porque suas razões não são satisfatoriamente aplicáveis ao caso em questão.

*'Distinguishing' is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand*¹³⁴ (Duxbury, 2008, p. 113).

Afinal entender que a *ratio decidendi* do Tema 106 resulta na conclusão de que, independentemente de avaliação acerca da incorporação da tecnologia, deve o SUS concedê-la pura e simplesmente pela existência de uma recomendação médica individual é confirmar que o Superior Tribunal de Justiça aniquilou o sistema de avaliação de tecnologias em saúde instituído por lei e, por certo, não poderia fazê-lo sem a declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal que o instituiu, afinal precedentes não podem, a seu bel prazer, afastar a aplicação da lei, sendo esta prática – inclusive – contra a natureza do próprio sistema de precedentes.

Mais ainda, ao atribuir ao precedente, frise-se, no *civil law*, um peso similar ao da lei em um ordenamento jurídico, a tese precedentalista brasileira parece caminhar, justamente e uma vez mais, na direção contrária à do *common law*. Nesse último, a legislação sempre se sobrepõe ao precedente. Isso pode ser depreendido novamente das lições de Hart (2012, p. 183), que dispõe que “a decisão pode, naturalmente, ser privada de efeito jurídico por meio da legislação”. O mesmo acontece nos Estados Unidos, onde, assim como a Constituição tem precedência sobre qualquer outra fonte de lei, também o direito estatutário deve sobrepor-se ao precedente em eventual conflito: é o que sustenta Summers (2016, p. 365), quem diz ainda que, no país — diferentemente do que ocorreria no Brasil à maneira como ilustra a doutrina precedentalista —, não é sempre que a disposição que vem a ser vinculante em um precedente (no caso norte-americano, a *holding*) é disposta de antemão de maneira clara pela Corte (SUMMERS, 2016, pp. 383-385;

¹³⁴ *Distinguishing* é o que os juízes fazem quando diferenciam um caso e outro. O ponto pode parecer óbvio, mas merece ser explicado o porquê que se distingue entre casos. *Distinguishing* dentro de um caso é principalmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* de *obiter dicta* –separando os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para uma decisão. *Distinguishing* entre os casos é, antes de mais nada, uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o presente –de mostrar que a razão de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão (tradução livre).

GREENAWALT, 1989, pp. 439-442). O sistema brasileiro de “teses” seria, pois, uma anomalia em qualquer país do *common law* (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 335).

Além disso, como já dito, as próprias circunstâncias fáticas do *leading case* que originou o tema não traziam em seu bojo as conclusões técnicas do Sistema Público de Saúde quanto ao custo-efetividade e viabilidade de incorporação dos fármacos solicitados, de modo que não podem as mesmas conclusões serem utilizadas em casos em que tais conclusões efetivamente ocorreram.

Por fim – em que pese não seja papel deste trabalho analisar a questão de forma aprofundada¹³⁵, visto que o recorte metodológico buscou analisar, exatamente, os pedidos de fármacos que o SUS já teria decidido não incorporar, o que, por si só, já afastaria a aplicação do Tema 106 – cabe destacar que a fundamentação do próprio tema não é satisfatória sob o ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito.

Isto porque a aplicação do precedente não se faz por subsunção, aplica-se a *ratio* a que o precedente se reporta. O precedente não tem força de lei, não está autorizado a criar norma geral e abstrata a ser aplicada, ou sua própria existência seria inconstitucional.

Ora, o raciocínio é simples: o juiz não resolve a relação jurídica de direito material controvertida aplicando propriamente o precedente, mas a lei à qual o precedente se reporta. É a lei que fixa a norma de conduta às partes, e não o precedente. Consequentemente, se a lei for revogada ou tiver o seu sentido alterado no curso do tempo, o precedente terá perdido — no todo ou em parte — o seu objeto. Se não é isso que quer dizer, então o artigo 927 do CPC de 2015 será inconstitucional, pois estará criando uma nova modalidade de norma geral e abstrata à margem da CF/1988.9 Especialmente porque sequer no *common law* a Corte age como se legislatura fosse, determinando regras generalizáveis e prospectivas; fosse assim, correr-se-ia o risco de uma passagem do *rule of law* para uma espécie de *law of precedents* (FARBER, 2005, p. 1203) (Streck; Raatz; Morbach, 2019, p. 335/336).

Neste ponto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao criar requisitos para a concessão de fármacos não incorporados ao SUS deveria, ao menos, ter se utilizado das técnicas ínsitas ao exercício da hermenêutica-constitucional, tal como a nulidade parcial sem redução de texto, oportunidade em que permanece a literalidade do dispositivo legal, alterando apenas a sua incidência, já que se exclui determinada hipótese de aplicação.

¹³⁵ Reafirma-se, portanto, o indicativo acerca do proveito no desenvolvimento de estudos mais aprofundados, a partir do paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito, que analisem, especificamente, a adequação do Tema 106/STJ, até porque sua inadequação representa efeito dominó nas decisões dos tribunais superiores, por força da vinculação.

Ou seja, poderiam os critérios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça incidirem nos casos em que não há protocolo clínico estabelecido pelo SUS e também não houve a avaliação da referida tecnologia em saúde, por exemplo, oportunidade em que – com fito de evitar a falta de assistência à saúde do paciente – e demonstrada a satisfação dos referidos requisitos, seria o Poder Público obrigado a conceder o fármaco.

Neste ponto, inclusive, faria sentido – sob o ponto de vista do diálogo institucional – a exortação ao Poder Público para que a CONITEC avalie a possibilidade de incorporação, como consta no Tema 106, exortação esta que não faz sentido nas hipóteses em que já houve a decisão pela não incorporação, o que reforça, por si só, a inaplicabilidade do Tema 106 aos casos ora analisados.

Ocorre que, quanto à fundamentação, a decisão do Tema 106 não tem o devido cuidado para o afastamento da legalidade vigente, havendo inclusive o entendimento de que não está afastando a aplicação da Lei Federal 12.401/11, afinal o acórdão assim se fundamenta:

A questão de fornecimento de medicamentos já possui ampla jurisprudência nesta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido que este dispositivo de lei¹³⁶ permite que seja deferido o fornecimento de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS. Dos julgados existentes é possível extrair alguns requisitos necessários para que o pleito seja deferido (STJ, 2018).

A partir do referido trecho, inicia o estabelecimento dos três requisitos, já acima mencionados, relembre-se:

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 (STJ, 2018).

A formação de referido precedente, inequivocamente, ignora o que preceitua a Lei Federal 12.401/11 de modo que, para que fosse possível a concepção do referido precedente, seria condição *sine qua non* o exercício da jurisdição constitucional, a partir, ao menos, da

¹³⁶ No caso, o Art. 19-M, inciso I da Lei Federal 12.401/11.

declaração de nulidade parcial sem redução do Art. 19-M, inciso I, visto que o Judiciário torna elástico o conceito de integralidade sem que a lei assim o tenha feito. Por fim, como se viu, os critérios estabelecidos pelo Judiciário acabam sendo tão amplos, que tornam a lei obsoleta, afinal, como destaca Wang (2020, p. 107): “Mesmo quando o Judiciário coloca critérios para a concessão de tratamentos, as exceções são tão amplas que acabam engolindo a regra”.

Nota-se, portanto, que, a partir da análise dos casos, se faz perceptível que não há preocupação do Judiciário com a política pública de incorporação de tecnologias em saúde instituída pela Lei Federal 12.401/11 e, nem mesmo, com o ônus argumentativo desenvolvido pela CONITEC, a partir da medicina baseada em evidências, para as recomendações de não incorporação de fármacos ao SUS.

Em verdade, as decisões de não incorporação não são nem sequer consideradas para a prolação de decisões judiciais concessivas de referidos fármacos, fundamentando-se – se é que é possível assim dizer – em uma noção falsa do conceito do direito fundamental à saúde, que ignora a limitação de tal direito e a necessidade de eleição de prioridades em matéria de saúde.

Inclusive, se fosse o caso – por exemplo – de análise criteriosa das recomendações da CONITEC de forma a demonstrar que estas não seguem os critérios estabelecidos pela Lei Federal 12.401/11 – quais sejam, os parâmetros de eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, além da avaliação econômica comparativa – não se estaria falando de afastamento da lei, mas de sua aplicação, visto que os critérios devem ser observados para a análise. Ocorre que o Judiciário não se preocupa em fazer tal enfrentamento.

No mesmo sentido, tais decisões não se preocupam em enfrentar a ausência de legalidade constitucional na concessão de tais pedidos e, também, não buscam enfrentar a questão da necessidade de exercício da hermenêutica-constitucional para justificar o afastamento da lei em detrimento à ordem de concessão do fármaco.

Ainda, demonstram a utilização acrítica do Tema 106, espécie de precedente à brasileira, sem a consideração das circunstâncias diferenciadoras entre o *leading case* que o originou e os casos ora analisados.

Deste modo, já que o Judiciário como um todo não se preocupa com a realidade de que o próprio precedente promove o afastamento da legalidade vigente sem o preenchimento do ônus argumentativo imposto pelo Estado Democrático de Direito para tal prática, nota-se que tais decisões são mais uma expressão do estado de natureza hermenêutico¹³⁷ a que o direito brasileiro está submetido, mais uma face do ativismo judicial.

¹³⁷ “Dito de outro modo, trata-se de enfrentar o “estado de natureza hermenêutico” em que o discricionarismo positivista transformou o sistema jurídico. A “liberdade” na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse “estado de natureza interpretativo”, representado por uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”...! Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema jurídico” (Streck, 2009, p. 23).

NOTAS CONCLUSIVAS

As presentes notas conclusivas têm por objetivo retomar a pergunta realizada desde a introdução, qual seja: Como decidiu o Poder Judiciário, nos casos analisados, e qual o ônus argumentativo utilizado para afastar a aplicação da Lei Federal 12.401/11? Além disso, as decisões em questão constituem, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, respostas constitucionalmente adequadas? Os casos revelam uma face da judicialização da saúde ou desvelam exemplos de ativismo judicial?

A resposta das indagações supratranscritas, como não poderia ser diferente, parte de pressupostos previamente estabelecidos e sob os quais também há conclusões firmadas, razão pela qual, buscar-se-á, a partir de uma retomada do percurso investigativo da dissertação, expor as possíveis notas conclusivas que dele decorrem.

01. O marco constitucional de 1988 promoveu alterações substanciais na concepção do Estado Brasileiro, especialmente por reafirmar a evolução histórica dos direitos fundamentais ao constitucionalizar inúmeros aspectos da vida, tornando justiciáveis inúmeros direitos, de modo a ampliar o acesso à justiça para efetivá-los.

02. Além disso, o fato de a Carta Constitucional ter fortalecido o controle de constitucionalidade, a partir da mixagem entre a figura do *judicial review* norte-americano e do sistema europeu, além da utilização das modernas teorias da argumentação pelo Poder Judiciário, resultaram em uma maior intervenção deste na política, inclusive no tocante ao controle de políticas públicas para a suposta efetivação dos direitos fundamentais.

03. Ocorre que o Judiciário não é, por certo, a instância precípua para resolver as questões postas em jogo no cotidiano social, sob pena de fragilização da própria democracia, visto que a atuação judicial acaba por escantear o espaço de deliberação dos poderes legitimamente constituídos a partir do voto e que consubstanciam o reflexo da participação popular nos rumos do Estado.

04. Isto não altera a realidade, que não se desconhece, de que o modelo constitucional admite a intervenção do Judiciário e que esta é fundamental para a garantia de efetivação dos direitos fundamentais quando da deficiência dos demais Poderes, sendo um fenômeno contingencial, conceituado como judicialização.

05. A judicialização é consequência própria da adoção de uma Constituição normativa, que consagra um rol extensivo de direitos fundamentais e propicia a intervenção do judiciário – para fins de controle – nas funções típicas dos outros poderes, entretanto a judicialização não pode ser confundida com o ativismo, que se relaciona com a forma com que os juízes julgam os casos em que decidem acerca das funções típicas dos outros poderes.

06. Portanto, em um Estado Constitucional como o nosso, a judicialização sempre ocorrerá, já o ativismo, por certo, não é uma consequência necessária do modelo constitucional adotado, mas da má atuação do Judiciário a partir do modo com que julga as demandas que envolvem a judicialização.

07. Concebe-se a judicialização como um fenômeno exógeno – gerado de fora pra dentro – enquanto o ativismo é um fenômeno endógeno, que surge de dentro pra fora, a partir da conduta dos julgadores e que, por certo, não é consequência imprescindível do Estado Democrático de Direito, mas uma representação de uma doença do Estado Constitucional que pode, até mesmo, aniquilá-lo.

08. Nota-se que o grande traço distintivo entre judicialização e ativismo está na forma de se decidir, sendo uma diferenciação a ser verificada a partir da interpretação do direito e da teoria da decisão, com a análise da fundamentação do ato decisório que não pode ser pautado nas convicções pessoais do julgador, visto que não mais se admite – na atual quadra do constitucionalismo – a adoção de posturas discricionárias por parte do intérprete, sob pena de vilipendiar a ideia de um Constitucionalismo Democrático.

09. Neste sentido, entende-se que o controle judicial de políticas públicas é algo inevitável ao Estado Constitucional – até pela amplitude da Constituição brasileira – e se dá a partir da judicialização, ou seja, faz parte do corpo do Estado Constitucional, não podendo dele se retirar. Entretanto, a forma com o Judiciário atua em meio à judicialização, a forma como decide, isto sim, pode representar ativismo e, aí, já estará se falando de uma doença do Estado Constitucional que pode, até mesmo, aniquilá-lo.

10. Em matéria de saúde pública, a questão não pode ser tratada de forma distinta, visto que, com a Constituição, a saúde ganhou status de direito fundamental social e – de forma expressa – foi imposto ao Poder Público o múnus de garantir a efetividade de tal direito a partir de políticas sociais e econômicas, conforme Art. 196 da Constituição, o que gerou, por certo, a justiciabilidade do direito e a escalada de ações judiciais visando garanti-lo.

11. Não se desconhece, como já dito, a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas quando da omissão ou da deficiência do Poder Público na efetivação de tais políticas públicas, entretanto não são todos os casos em que a atuação do Poder Judiciário, em matéria de saúde, demonstra uma intervenção subsidiária.

12. Isto porque, no tocante à política de dispensação de medicamentos, a maioria da demanda apresentada ao Judiciário envolve insumos não incorporados pelo SUS, demonstrando que o progresso tecnológico desafia a racionalidade e a estabilidade orçamentária do sistema.

13. Com fito de responder às demandas fruto do progresso tecnológico e, inclusive, garantir a modernização do Sistema Único de Saúde de forma racional, limitando a atividade judicial sobre o tema, o legislador infraconstitucional editou a Lei Federal 12.401/11, que promoveu alterações na Lei do SUS, de forma a delinear os contornos do conceito de integralidade do direito à saúde no Brasil, esclarecendo que – quanto aos medicamentos – apenas comporiam o conceito de integralidade aqueles devidamente incorporados ao SUS.

14. Para que a incorporação fosse feita com o devido critério técnico, a mesma lei desenvolveu um sistema de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS), a partir da CONITEC, que leva em consideração as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança do medicamento, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas.

15. A CONITEC, desde sua fundação, já analisou mais de 1000 demandas, sendo que 73% delas versavam sobre medicamentos, de modo que em sua maioria recomendou incorporação da tecnologia. Há, inclusive, exemplos de recomendação de incorporação de tecnologias de altíssimo custo, como a do fármaco Zolgensma, com custo aproximado de R\$ 5,7 milhões, de modo que se observa que o processo de análise de tecnologias vem sendo realizado de acordo com os anseios de modernização da atenção à saúde pública e a partir de um juízo pautado na medicina baseada em evidências.

16. Ocorre que, mesmo com o regular funcionamento da CONITEC, o Judiciário permanece deferindo pedidos de fármacos não incorporados pelo SUS, de modo que – a partir do entendimento de que a diferença entre judicialização e ativismo se dá por intermédio da fundamentação das decisões – se investigou qual o ônus argumentativo desenvolvido pelo

Judiciário para assim decidir, em que pese a Lei Federal 12.401/11, a partir do referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito.

17. A CHD se mostra como importante matriz teórica para a análise do fenômeno jurídico, se concentrando na análise do que e como se decide, sendo uma teoria antidiscricionária que impõe ao intérprete relevante ônus argumentativo para justificar a tomada de decisão.

18. A teoria se constrói a partir da mixagem da fenomenologia de Heidegger, com a ruptura hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e, por fim, com a teoria interpretativa de Ronald Dworkin, sendo a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck um instrumento de confronto da discricionariedade judicial, característica do positivismo.

19. Para tanto, a CHD possibilita o desenvolvimento de uma Teoria da Decisão Judicial que parte do pressuposto não relativista de que há decisões boas e ruins e que as respostas corretas só são possíveis se forem adequadas à Constituição.

20. Neste sentido, a CHD não trabalha com a possibilidade de admitir o pernicioso discurso de que o Direito pode responder sim e não para a mesma pergunta, de que o Direito se prestaria a justificar qualquer coisa a partir do intento do intérprete. O direito, segundo a CHD, não pode ser moldado ao gosto do intérprete para justificar as conclusões pré-existentes à decisão, isto porque o direito é autônomo e o desrespeito à sua autonomia é, em verdade, condenar o pacto Constitucional, que é compromissório.

21. Isto porque não pode o intérprete assujeitar o objeto ao seu bel prazer, visto que não é possível cindir o ato interpretativo entre compreender e interpretar, já que estes acontecem juntos, a partir da *applicatio*, através da linguagem, que é a mediadora do conhecimento humano e que escancara a existência de uma pré-compreensão.

22. Por isso, não há a possibilidade de desenvolvimento de um método para se interpretar, visto que o sujeito não é neutro, não sendo possível desenvolver um método para o sujeito interpretar o objeto, já que a compreensão é atravessada antes mesmo que o sujeito se assenhere da interpretação e dos sentidos, razão pela qual a interpretação se desenvolve a partir da intersubjetividade.

23. A inexistência do método não significa, por certo, uma possibilidade de arbitrariedade na interpretação, visto que a consciência da impossibilidade de cisão entre

interpretação e aplicação e a autoridade da tradição são componentes necessários para blindar os relativismos interpretativos, até porque a tradição não depende do intérprete.

24. Este é, inclusive, um dos pontos trazidos por Gadamer ao destacar que não é possível a atribuição arbitrária de sentidos aos textos, visto que a interpretação se dá a partir da faticidade do caso concreto, sob a influência da história – a partir da autoridade da tradição – devendo o intérprete deixar que o texto lhe diga algo e se mostrar receptivo à alteridade do texto.

25. Os textos não são as normas, mas devem ser entendidos como o ponto inicial para que o intérprete atribua sentido. Não há normas sem textos.

26. Além disso, caberá ao intérprete, ao atribuir sentido aos textos, considerar que a decisão de um caso já deve levar em conta que casos idênticos deverão ter decisões no mesmo sentido, como já mencionado no romance em cadeia dworkiniano.

27. Assim sendo, a coerência e integridade – aliadas à tradição – reforçam os instrumentos utilizados pela CHD para o desenvolvimento de uma Teoria da Decisão Judicial que, reconhecendo o importante papel do Judiciário na quadra do Constitucionalismo Democrático, o constranja a desenvolver ônus argumentativo relevante para a prolação de suas decisões, em especial quando da intervenção deste na seara dos outros poderes democraticamente constituídos.

28. Por isso que os escritos de Streck trazem critérios indagativos que buscam auxiliar na identificação das respostas constitucionalmente adequadas, esclarecendo que – em matéria de direitos fundamentais sociais – devem ser respondidas positivamente, de modo que deve-se estar diante de um direito fundamental com exigibilidade, sob o ponto de vista da legalidade constitucional; o pedido deve ser universalizável em situações similares e, ainda, não deve resultar em transferência ilegal-inconstitucional de recursos, de modo a ferir a isonomia.

29. Além disso, é possível ao Judiciário, a depender da situação, afastar a aplicação da lei, desde que esteja diante de uma das seis hipóteses que autorizam tal afastamento, que envolvem tanto o critério de resolução de antinomias, como o afastamento de uma regra em face de um princípio ou, ainda, instrumentos relativos à avaliação da constitucionalidade a partir não só da declaração de inconstitucionalidade, mas também de outros instrumentos afetos à interpretação hermenêutico-constitucional.

30. Com o domínio de tais instrumentos, foram analisadas 39 decisões - entre decisões liminares de primeiro grau, sentenças e acórdãos de apelação - prolatadas no bojo de 17 processos judiciais originados na Comarca de Ribeirão Preto/SP entre 2020 e 2022 e que envolviam, todos, pedidos para concessão de fármacos não incorporados ao SUS em que já havia recomendação negativa da CONITEC quanto à incorporação.

31. Revelou-se que o Poder Judiciário adota uma concepção de que apenas a previsão do direito à saúde na Constituição Federal já seria suficiente para justificar a concessão de medicamento não incorporado ao SUS, visto que o conceito de integralidade resultaria na obrigação do Poder Público de fornecer os fármacos indicados pela autoridade médica, ainda que não incorporados.

32. As decisões não afastam a aplicação da Lei Federal 12.401/11, visto que vão mais longe, já que ignoram totalmente sua existência, tendo em vista que os dispositivos relativos à avaliação de tecnologias e à não inclusão dos fármacos não incorporados no conceito de integralidade não são nem sequer citados nas decisões.

33. A existência de recomendação negativa da CONITEC, ou seja, o fato de já ter o fármaco passado pelo crivo do órgão técnico, restando avaliada a tecnologia e, a partir do escrutínio da medicina baseada em evidências, descartada a plausibilidade de sua incorporação ao sistema é citada por apenas uma das decisões e, ainda neste caso, a recomendação da CONITEC é afastada em detrimento da recomendação médica para concessão do fármaco.

34. Ainda sim, os julgadores não se preocupam em, a partir de uma análise criteriosa das recomendações da CONITEC, demonstrar que estas não seguem os critérios estabelecidos pela Lei Federal 12.401/11 – quais sejam, os parâmetros de eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, além da avaliação econômica comparativa – caso em que não se estaria falando de afastamento da lei, mas de sua aplicação, visto que os critérios devem ser observados para a análise. O Judiciário, simplesmente, não se preocupa em fazer tal enfrentamento.

35. O Judiciário, portanto, ignora a existência do sistema de ATS instituído pelo legislador e devidamente executado pela Administração Pública e, ao entender que a recomendação médica deve prevalecer, anula os esforços empreendidos para a análise de incorporação de tecnologias, visto que a resposta sobre o que deve ou não ser fornecido pelo

SUS acaba ficando a cargo dos médicos – na maioria das vezes privados – que tratam os pacientes que buscam o Judiciário.

36. Além disso, as decisões não satisfazem nem sequer ao primeiro critério indagativo imposto pela CHD, vez que não há legalidade constitucional na concessão do referido medicamento, visto que a própria lei entende que não há obrigação do Poder Público conceder fármacos não incorporados ao cidadão.

37. Entretanto, o Judiciário – ao ignorar a lei – não esclarece a criteriologia utilizada para afastar sua aplicação – já que, como já dito, simplesmente ignora sua existência – decidindo a partir da convicção pessoal do julgador quanto ao conteúdo do direito fundamental à saúde.

38. Os juízes não tem a liberdade para atribuir o significado que entendem mais proveitoso à Constituição ou às leis. Os textos legais existem e devem ser interpretados de acordo com a própria Constituição e não com a convicção pessoal dos julgadores, sob pena de se tornarem produto do arbítrio do Judiciário e não da vontade popular, a partir dos representantes democraticamente eleitos.

39. Neste ponto, é de se interpretar que o entendimento do Judiciário resulta na conclusão de que a concepção do direito fundamental à saúde resultaria na própria inconstitucionalidade de um sistema de avaliação de tecnologias em saúde que buscasse ofertar tratamentos universais ao fazer escolhas de prioridades quanto à integralidade. Todavia o Judiciário simplesmente aplica essa lógica ignorando a existência de uma lei que, com ela, não coaduna.

40. O Judiciário, portanto, escolhe a lógica que entende melhor adequada à dinâmica do sistema de saúde pública, em que pese não tenha o constituinte lhe conferido a autoridade constitucional para escolher.

41. Nota-se, portanto, que inexistente deferência do Poder Judiciário com a política pública estabelecida, havendo seu afastamento sem o ônus argumentativo suficiente a desnudar a criteriologia constitucional utilizada pelos julgadores para assim fazê-lo.

42. Além disso, observa-se uma equivocada aplicação da chamada cultura dos precedentes à brasileira, a partir da aplicação – acrítica – do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça ao caso, visto que a esmagadora maioria das decisões entende que se trata de

hipótese de preenchimento dos requisitos impostos no referido Tema para a concessão dos fármacos.

43. Ocorre que a faticidade do caso concreto que resultou no *leading case* do referido tema não incluía fármaco em que já havia recomendação negativa da CONITEC, de modo que, se for entendido que o tema é aplicável em casos em que há decisão de não incorporação – e portanto, que não haveria *distinguishing* – estar-se-ia entendendo que, a partir do tema, o Superior Tribunal de Justiça, também sem a devida utilização dos instrumentos de hermenêutica constitucional, teria anulado o valor do sistema de Avaliação de Tecnologias em Saúde instituído pela legislação. Isto é, se o mero laudo médico é suficiente para afastar a recomendação negativa da CONITEC, de que valeria a eleição de prioridades?

44. Há de se chamar atenção, inclusive, para o fato de que – mesmo nos casos em que não haveria recomendação negativa da CONITEC – a adequada fundamentação do Tema 106/STJ, para ser suficiente a afastar a definição de integralidade instituída pelo legislador, a partir da Lei Federal 12.401/11, deveria, ao menos, se valer da técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto do Art.19-M, isto porque o Judiciário não pode tornar elástico o conceito de integralidade sem que a lei assim o tenha feito.

45. Conclui-se, portanto, que – a partir das decisões analisadas – o Judiciário não ostenta a preocupação, que deveria ser intrínseca às decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito, de expor uma criteriologia adequada para o afastamento da lei, entendendo o conceito de direito à saúde a partir da própria convicção pessoal dos julgadores e não a partir das letras da Constituição e da legislação infraconstitucional, em espécie de voluntarismo inconsequente.

46. Em razão disso, tais decisões desvelam exemplos notórios do ativismo judicial, reflexo do estado de natureza hermenêutico fruto da crise do direito, em que cada intérprete interpreta os textos e o próprio direito a partir de sua própria convicção, em um ato de liberdade, que muito atrapalha ao sistema jurídico e a própria política pública de saúde, visto que fragiliza os anseios expressados pelos representantes democraticamente eleitos e resulta em imprevistas desalocações orçamentárias, a partir da mera convicção do Judiciário.

47. Espera-se que a presente investigação tenha sido capaz de expor um cenário e analisá-lo a partir de um referencial teórico suficiente a promover constrangimento

epistêmico à postura do Judiciário em face das incorporações de tecnologias em saúde, de modo a fortalecer, a partir da reflexão e do debate, a autonomia do direito, ao levar a fundamentação das decisões judiciais a sério – como fez o constituinte no Art. 93, inciso IX da Constituição Brasileira –, sem margem para arbitrariedades, ainda que se venha a crer que estas sejam suficientes a trazer bons resultados, visto que – por vício congênito – não o são.

REFERÊNCIAS

- ABAD, Alberto; ABAD, Thais Marques. Análise de conteúdo na pesquisa qualitativa. **Alternativas cubanas en Psicología**, v. 10, 2022. Disponível em: <https://acupsi.org/wp-content/uploads/2022/03/03-Analisis-contenido-AAbad-TMarques.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos tribunais**, v. 1008, 2019.
- ABBOUD, Georges; TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Em novo livro, Lenio Streck mostra que Direito não é somente estratégia. **Revista Consultor Jurídico (online)**, 31 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/resenha-livro-lenio-streck-mostra-direito-nao-estrategia>. Acesso em: 25 out. 2022.
- AITH, F.; BUJDOSO, Y.; NASCIMENTO, P. R. do; DALLARI, S. G. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 10-39, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804>. Acesso em: 7 ago. 2022.
- ALEGRE PETRAMALE, C. Editorial: Avaliação de tecnologias em saúde no Brasil – cinco anos de atuação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde. **JORNAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E FARMACOECONOMIA**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 4-6, 2022. Disponível em: <https://ojs.jaff.org.br/ojs/index.php/jaff/article/view/135>. Acesso em: 2 mar. 2023.
- ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 16 jul. 2022.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. 2 ed. Malheiros. São Paulo. 2015
- ALMEIDA, Renata Lais Kunzler Alves de; ACIOLI, Catarine Gonçalves. A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamentos e a efetividade do princípio da supremacia do interesse público. **Periódico Refletindo o Direito**. v. 1, n.1, 2012. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/refletindo/article/view/130>. Acesso em: 14 jul. 2022.

AMORIM, Rosendo Freitas de; LEITE, Thalyany Alves. O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil à luz das teorias da justiça de Rawls e Dworkin. **Revista da AJURIS**. v.8, n.150. Porto Alegre. p. 261-284. Jun. 2021. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1117>. Acesso em: 20 maio 2022.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

ARAÚJO, Denizer Vianna; DISTRUTTI, Marcella de Souza Cruz; ELIAS, Flávia Tavares Silva. Priorização de tecnologias em saúde: o caso brasileiro. **J Bras Econ da Saúde**.v. 9, n.1, p. 4-40, 2017. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2017/09/859393/jbes9-suppl1-02-nota-tecnica.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2023.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições, 1977

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. A violação dos direitos fundamentais na sociedade técnica. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 189, p. 55-67, 2011.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 232, p. 141–176, 2003. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45690>. Acesso em: 5 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Rev. Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a 60, nº188, p. 29-60, jan/mar 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BERNARDI, Renato; BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. Ativismo Judicial – Análise de um Caso Concreto. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (orgs). **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. Birigui, SP: Editora Boreal. p. 86-99. 2012.

BEUTEL, J. Avaliação de tecnologias para doenças raras e judicialização: relação entre as demandas judiciais e as ações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). **JORNAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E FARMACOECONOMIA**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 14-24, 2022. Disponível em: <https://ojs.jaff.org.br/ojs/index.php/jaff/article/view/124>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BEZERRA, André Augusto Salvador; SARAIVA, Fabiane Borges. Judicialização das Políticas Públicas de Saúde: Efetivar Direitos sem Violar a Isonomia dos Entes Federativos. **REJUB – Revista Judicial Brasileira**, Brasília, Ano 1, n.1, p. 227-250, jul./dez.2021. Disponível em: <https://revistadaenfam.emnuvens.com.br/renfam/article/view/84>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BORCHIO, F. D. D.; REZENDE, M. C. B. de; ZOCRATTO, K. B. F. Direito à saúde, racionalidade e judicialização: uma revisão integrativa da literatura de 1988 a 2020. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 4, p. 176–196, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/669>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. Relatório Projeto de Lei nº 7445, de 2010. **CCJ**. 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=828526&filenome=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7445/2010. Acesso em: 15 out. 2022.

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, 28 abr. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2JPrSHr>. Acesso em: 07 ago. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs). **Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva. p. 31-88. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva. p. 1-50. 2006.

CAMARGO Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo Judicial: Limites, Possibilidades e Reflexos na Efetivação de Direitos Humanos Fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (orgs). **Estudos Contemporâneos de Hermenêutica Constitucional**. Birigui, SP: Editora Boreal. p. 67-85. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para 92 a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em:

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

CAPUCHO, H. C.; SALOMON, F. C. R.; VIDAL, Ávila T.; LOULY, P. G.; SANTOS, V. C. C.; PETRAMALE, C. A. Incorporação de Tecnologias em Saúde no Brasil: novo modelo para o Sistema Único de Saúde. **BIS. Boletim do Instituto de Saúde**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 215–222, 2012. Disponível em:

periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33704. Acesso em: 07 ago. 2022.

CARDOSO, Cosme Santana. Análise das demandas judiciais de medicamentos: uma abordagem da realidade do Distrito Federal, Brasil. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. v. 6, n. 1. p. 228-246. jan/mar 2017. Disponível:

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/369>. Acesso em: 13 maio 2023.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIARLINI, Álvaro L. A. S. Análise jurídica dos critérios axiológicos de avaliação de medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS - CONITEC. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 205–219, 2016. Disponível em:

<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/279>. Acesso em: 07 ago. 2022.

COELHO, André. Dworkin e Gadamer: Qual conexão?. **PERI**, v. 6, n. 1, p. 19-43, 2014. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/view/905>. Acesso em: 08 ago. 2022.

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Recomendações da Conitec. **Ministério da Saúde**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/avaliacao-de-tecnologias-em-saude/recomendacoes-da-conitec>. Acesso em: 26 jul. 2023.

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Conitec em números. Painel de acompanhamento de tecnologias em saúde submetidas à Conitec no Sistema Único de Saúde. **CONITEC**. [s.d.]. Disponível em: <https://lookerstudio.google.com/embed/u/0/reporting/afb9eff6-9786-4172-a4f0-a403580ff5f6/page/PzCbB>> Acesso em 07 de maio de 2023. Acesso em: 15 out. 2022.

COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Revista Cadernos Ibero-**

Americanos de Direito Sanitário. v. 6, n. 1. p. 139-152. jan/mar 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/295>. Acesso em: 18 jun. 2022.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da ‘jurisprudência’ de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Demografia médica: a distribuição de médicos no interior paulista. **CREMESP**. 2012. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1544#:~:text=As%20seis%20regionais%20que%20comp%C3%B5em,popula%C3%A7%C3%A3o%20de%205.603.365%20habitantes>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; FERNANDES, Ricardo Yamin. Considerações sobre o risco antidemocrático das teorias da decisão que não respeitam os limites interpretativos do texto. **Revista dos Tribunais: Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, n. 78, p. 17-39, jun. 2017.

DECIT – DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nova Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias de Saúde e impacto ao Sistema único de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 5, p. 993-996, out. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/9spNxsNcRdCmdgnBKFqpMMF/?lang=pt#ModalHowcite>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DÍAZ, E. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 9. ed. Madrid: Taurus, 2011.

DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H.; OLIVEIRA, R. A de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. n. 75. jan./mar. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 18 jul. 2022.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 273, p. 237–267, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>. Acesso em: 16 jul. 2022.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge University Press. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF MartinsFontes, 2014

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELLUL, Jacques. **El siglo XX y la Técnica**. Editorial Labor. Barcelona. 1960.

FARIA, José Eduardo. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 73-112. 2010.

FARIA, José Eduardo. Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais. **Journal of Democracy** em Português, v. 10, p. 1-20, 2021.

FARIA, L. O.; MARCHETTO, P. B. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ATORES E CONTEXTOS DE UM FENÔMENO CRESCENTE. **Revista Brasileira de Direito**, v. 26, p. 161-177, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/4660>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FARIA, L. O.; MARCHETTO, P. B. . A JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E SEM REGISTRO NA ANVISA: O PROGRESSO TÉCNICO VERSUS A RACIONALIDADE DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. In: **VII SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE O PENSAMENTO DE JACQUES ELLUL**, 2022, Franca. A digitalização do mundo do trabalho: os desafios no âmbito jurídico, ético e da saúde do trabalhador em tempos de COVID-19. UNESP: São Paulo, 2021. v. 1. p. 173-190.

FELONIUK, Wagner Silveira. 17 mil magistrados, 1 milhão de advogados, 27 milhões de processos novos: números e perspectivas do sistema judiciário brasileiro. **Iuris Dicere-Revista de Direito das Faculdades João Paulo II**. v. 2, n. 2, p. 45-61, 2017.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik *et al.*. A fundamentação das decisões judiciais a partir da crítica hermenêutica do direito: fundamentalidade teórica e prática. In: **Law experience 2020: direitos fundamentais e a era da tecnologia**. 2021. p. 135-150.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**. Rio de Janeiro. v. 52, n. 1, p. 223-251, Mar. 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 ago. 2012.

FIIRST, Henderson de Oliveira. **Hermenêutica e Biodireito: a crise de fundamentação da decisão jurídica na resposta constitucionalmente adequada às questões bioéticas**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2018, 210p. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22266/2/Henderson%20Fiirst.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 12. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Brangaça Paulista: Eitora Universitária São Francisco, 2012.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org). **Direito à vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Acesso aos medicamentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro. v. 30, n. 1. p. 31-43. Jan 2014.

GUIMARÃES, Reinaldo Technological incorporation in the Unified Health System (SUS): the problem and ensuing challenges. **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 19, n. 12. p. 4899-4908. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812320141912.04642014>. Acesso em: 07 ago. 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press. 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUNG, Luã. Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de setembro de 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-set-11/diario-classe-hermeneutica-filosofica-direito-dialogo-entre-gadamer-dworkin>. Acesso em: 26 out. 2022.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionabilidade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v.34, n.2, 2014, p. 127-148.

LIMA, S. G. G.; BRITO, C. DE.; ANDRADE, C. J. C. DE . O processo de incorporação de tecnologias em saúde no Brasil em uma perspectiva internacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 24, n. 5, p. 1709–1722, maio 2019.

LONGOBUCCO, Breno; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reflexos da Judicialização de Políticas Públicas: Abordagem a partir da concepção de Schmidt-Assmann sobre a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**. Faculdade de Direito da PUC-SP. nº 02, p.78-96. Jan/Jun2021. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/50742> Acesso em: 26 maio 2022.

LORENÇO JÚNIOR, Clóvis Humberto. **Mutações Constitucionais e o protagonismo do STF: Mudança pela via judicial na era do ativismo.** Dissertação (mestrado em Direito). UNESP/FCHS. Franca, 2018, 214f.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário.** v. 9, n.2. p.73-91. São Paulo. Jul/Out 2008.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política. n. 57. p. 113-133. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452002000200006>. Acesso em: 16 jul. 2022.

MARCHETTO, Patricia Borba; FALAVINHA, Diego Herminio Stefanutto; VEIGA JR, Helio. JUDICIALIZATION OF HEALTH: THE BRAZILIAN CASE AND A BIOETHICAL. **Quaestio Iuris,** v. 9, n. 2, p. 942-959, 2016

MARIN, Jeferson Dytz; RAMOS NETO, Nelson Gularte. Coerência e responsabilidade política da decisão em Dworkin. **Opinião Jurídica,** v. 18, n. 36, p. 87-107, 2019.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Revista Ciência e Saúde Coletiva.** v. 18, n. 4. p.1089-1098, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório de recomendação nº 793. Onasemnogeno abeparvoveque para o tratamento de atrofia muscular espinhal (AME). **Ministério da Saúde.** Brasília. 2022. Disponível em <https://www.gov.br/conitec/pt-br/midias/relatorios/portaria/2022/20221207_relatorio_zolgensma_ame_tipo_i_793_2022.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MIRANDA, Tiago. Comissão aprova protocolo clínico para atendimento no SUS. Câmara dos Deputados. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/142311-comissao-aprova-protocolo-clinico-para-atendimento-no-sus/>. Acesso em: 15 out. 2022.

MIRANDA, W. D. de; FIGUEIREDO, I. V. O.; CASTRO, M. S. M. de; SANTOS, F. P. dos; JUNIOR, H. M. M.; PAES-SOUSA, R. A encruzilhada da judicialização da saúde no Brasil sob a perspectiva do Direito Comparado. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário,** [S. l.], v. 10, n. 4, p. 197–223, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/736>. Acesso em: 21 jun. 2022.

MORAIS, F. S. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 1. ed. v.1. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORAIS, F. S.; REDIN, G. O CONTROLE JUDICIAL DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: A PERSPECTIVA DA TEORIA FILOSÓFICO-POLÍTICA DA CONDIÇÃO HUMANA E ESPAÇO PÚBLICO E DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 15, n. 22, 2012.

Disponível em:

<https://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/415>. Acesso em: 14 jul. 2023.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão Judicial: em busca de respostas adequadas à Constituição. **Revista de Derecho y Câmbio Social**, v. 12, n. 40, p. 01-33, abri./jun. 2015. Disponível em:

<https://www.derechocambiosocial.com/revista040/INDICE.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 159-196

NEVES, D. A. A. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019

NEVES, Isadora Ferreira. **As três perguntas fundamentais da crítica hermenêutica do direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022, 253f.

OLIVEIRA, Flávio Luis. Concretização de Políticas Públicas na Perspectiva da Desneutralização do Poder Judiciário. In LUNARDI, Soraya (org) **Direitos Fundamentais Sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-114.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PAZ, Octavio. **O labirinto da solidão e post scriptum**; tradução de Eliane Zagury, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1984.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. **Revista LTr**: legislação do trabalho. Ano 79, nº 7. São Paulo. Julho. 2015.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015–uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). **Revista de Processo**. v. 246, out/2015. p. 331-355.

Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664981/mod_resource/content/1/PEIXOTO%20%20Ravi.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

PELLINI, José Roberto. Uma Conversa sobre Arqueologia e Paisagem com Robin o Bom Camarada. **Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia**, n. 19, p. 21-37, 2009

PEREIRA, Viviane Cássia; SALOMON, Flávia Cristina Ribeiro; DE SOUZA, Andrea Brígida. Critérios para decisões sobre incorporação de tecnologias em saúde no Brasil e no mundo. **Revista Gestão & Saúde**, v. 6, n. 4, p. 3066-3093, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rgs/article/view/3313>. Acesso em: 16 fev. 2023.

QUEIROZ, Roger Moreira de. O livre convencimento sob o viés do pós-positivismo: da discricionariiedade judicial à resposta adequada à Constituição. **Revista dos Tribunais: Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 73–93, jan./mar. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Juliana Baldino dos. **A Judicialização das Políticas Públicas da Saúde e os Reflexos Econômicos para o Sistema Federativo**. Dissertação (mestrado em Direito). UNESP/FCHS. Franca. 280f. 2018.

RODRIGUES DO AMARAL, Antonio Carlos. O Juiz-Legislador: consequencialismo e Constituição à la carte no Brasil. A democracia e a necessária restauração do equilíbrio entre os Poderes da República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; CHALITA, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

RODRIGUES, D. dos S. Democracia sanitária, judicialização da política e neoliberalismo. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 224–232, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/759>. Acesso em: 22 jun. 2022.

ROMERO, Lais Faco Almeida. **O que o poder judiciário tem a dizer a respeito da incorporação de medicamentos no SUS após a elaboração de recomendações pela CONITEC?**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional.) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília. 117 f. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p.79-101, maio-ago 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-401420040002000005. Acesso em: 22 jun. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº21, p.11-37. Novembro, 1986.

SANTOS, José Sebastião dos (et all). A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Hudson Pacífico; PIMENTA, Keyla Ketlyn Passos. A atuação de advogados e organizações não governamentais na judicialização da saúde pública no Brasil: a quem será que se destina? **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. v. 6, n.1. p. 9-29. jan./mar. 2017.

SOARES, Hector Cury. A racionalização de recursos voltados às políticas públicas de saúde: a justiça geral e a justiça individual. **Revista Direito e Liberdade**. v. 15, n.1. p. 97-140. Jan/abr 2013.

SOUZA, Kleize Araújo de Oliveira; SOUZA, Luis Eugênio Portela Fernandes de Incorporação de tecnologias no Sistema Único de Saúde: as racionalidades do processo de decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. **Saúde em Debate**. v. 42, n. spe2, 2018, p. 48-60. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-11042018S204>. Acesso em: 22 out. 2022.

STEIN, E. COMPREENDER EM VEZ DE FUNDAMENTAR — A HERMENEUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER. **Veritas (Porto Alegre)**, [S. l.], v. 47, n. 1, p. 99–102, 2002. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/34856>. Acesso em: 15 ago. 2023.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 106** - Precedentes qualificados. Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. STJ. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 15 jun. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria da Argumentação de Aienza: convergências e divergências sobre o raciocínio jurídico. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 9, n. 4, p. 2207-2226, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2.ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de Dois Juízes Diante do Fim do Livre Convencimento do NCP. **Consultor Jurídico**, 19 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 03 set 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Heidegger, Martin. In: V. Barreto (Org.) **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo, Renvoar/Editora Unisinos, p.426-430. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Anima**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1, p. 6, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. reformulada da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. **O Fim do Livre Convencimento Motivado**. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, nº6, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – Análise crítica da Jurisdição Constitucional e das possibilidades Hermenêuticas de concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais. In: **Revista da AJURIS** (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), Ano XXX, nº 92, Dez./2003.

STRECK, Lenio Luiz. Todos os brasileiro pais solteiros ganharão 180 dias de licença paternidade? **Consultor Jurídico**. 25 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-25/senso-incomum-todos-pais-solteiros-ganharao-180-dias-licenca-paternidade>. Acesso em: 23 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 379-411, dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. DA COMPLEXIDADE À SIMPLIFICAÇÃO NA IDENTIFICAÇÃO DA RATIO DECIDENDI: SERÁ MESMO QUE ESTAMOS A FALAR DE PRECEDENTES NO BRASIL?. **Revista Juridica - UNICURITIBA**, v. 1, n. 54, p. 317-341, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 5, n. 2, p. 51-61, 2015.

TABET, Livia Penna et al. Ivan Illich: da expropriação à desmedicalização da saúde. **Saúde em Debate [online]**. 2017, v.41, n.115, pp.1187-1198. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/SKCGf4z84vhPQ3JFKqcMGng/?lang=pt>. Acesso em: 25 mar. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York Univ. Press, 1995.

TESSLER, Marga Inge Barth. **A Justiça e a Efetividade na Saúde Pública**. v.1, Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário). Direito FGV. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8568/DMPPJ%20-%20MARGA%20TESSLER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 set. 2022.

TOMIO, F. R. DE L.; ROBL FILHO, I. N.. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 29–46, mar. 2013.

TRINDADE, André Karam; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, n. 3, p. 311-326, 2017.

TRUBEK, David M. Max weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**. v.3, n.1, p. 151-185. 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7439258/mod_resource/content/1/Trubek.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

UOL. CPI do MST: professor responde deputada Caroline De Toni: ‘Não tenho como discutir visão de mundo’. **Youtube**. 14 jun. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OlPRGjDVSvs>. Acesso em: 15 jul. 2023.

VENTURA, Miriam. Novas abordagens sobre a judicialização de políticas públicas no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 8, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00156320>. Acesso em: 15 ago. 2023.

VERBICARO, Loiane Prado; SANTOS, Andreza Casanova Vongrapp. A necessidade de parâmetros para a efetivação do direito a saúde: a judicialização do acesso ao hormônio do crescimento no estado do Pará. **Revista de Direito Sanitário**. v.17, n.3. p.185-211, São Paulo. nov 2016/fev 2017.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Sobre a certeza**. Tradução, organização, apresentação e vocabulário crítico Giovane Rodrigues, Tiago Trajan; posfácio Paulo Estrella Faria. São Paulo: Fósforo, 2023

WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e políticas de saúde**: reflexões para o debate público. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito, 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 125, p. 482-513, 2020a.

WANG, Daniel et al. Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare: quasi-experimental analysis of right-to-health litigation in Brazil. **Social Science & Medicine**, v. 265, p. 113401, 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**. v.7, n.2, p.849-846, maio/ago. 2021.

ZUFELATO, C. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: GRINOVER, A. P. *et al.* **O novo código de processo civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.