

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**Flávia de Souza Martins Baptista**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS:** uma  
análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre direito sanitário de  
2017 a 2020

Juiz de Fora/MG  
2022

**Flávia de Souza Martins Baptista**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS:** uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre direito sanitário de 2017 a 2020

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Juiz de Fora/MG  
2022

**Flávia de Souza Martins Baptista**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS:** uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre direito sanitário de 2017 a 2020

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre na área de concentração de Direito e Inovação, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira. – Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

---

Dra. Cláudia Rosane Roesler. – Membro Externo  
Universidade de Brasília (UnB)

---

Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte. – Membro Interno  
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

**Flávia de Souza Martins Baptista**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E RACIONALIZAÇÃO DAS DEMANDAS: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Dissertação  
apresentada ao  
Programa de Pós-  
graduação em  
Direito  
da Universidade  
Federal de Juiz de  
Fora como requisito  
parcial à obtenção do  
título de Mestre em  
Direito.

Área de  
concentração:  
Direito e Inovação

Aprovada em 07 de outubro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof.(a) Dr.(a) Cláudia Maria Toledo da Silveira** - Orientadora e Presidente da banca  
Universidade Federal de Juiz de Fora

**Prof.(a) Dr.(a) Luciana Gaspar Melquíades Duarte** - Membro titular interno  
Universidade Federal de Juiz de Fora

**Prof.(a) Dr.(a) Claudia Rosane Roesler** - Membro titular externo  
Universidade de Brasília

Juiz de Fora, 14/09/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Claudia Maria Toledo da Silveira, Professor(a)**, em 07/10/2022, às 15:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **Luciana Gaspar Melquiades Duarte, Professor(a)**, em 07/10/2022, às 17:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **Claudia Rosane Roesler, Usuário Externo**, em 08/10/2022, às 16:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf ([www2.ufjf.br/SEI](http://www2.ufjf.br/SEI)) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **0949619** e o código CRC **16C9B908**.

---

## **AGRADECIMENTOS**

São tantas as pessoas que contribuíram ao longo da realização deste trabalho, que agradecerei a algumas, já me desculpando por eventual esquecimento em relação a outras, não menos importantes.

Primeiro e sempre agradecerei a Deus, a quem confio minha vida e que me proporciona sabedoria, discernimento e conforto nos momentos difíceis.

À minha linda e querida mãe Maristela, cuja inteligência, força, sensatez e coragem me inspiram a cada dia a ser uma mulher forte e a seguir os meus sonhos.

Ao meu pai Mauro, que nunca mediu esforços quando o assunto se tratava de formação e estudo, minha eterna gratidão e saudades sem fim...você sempre estará vivo dentro de mim.

Ao meu irmão Bruno, melhor amigo, exemplo de caráter, simplicidade, generosidade, competência profissional, a quem confio meus segredos mais particulares e a quem amo com todo o meu coração.

Ao meu marido e companheiro Robson, juntos há tantos anos que já somos quase um só, agradeço, em especial, a colaboração ao longo destes dois anos. Você foi incansável na divisão, sempre desproporcional e pendendo para o seu lado, nas tarefas de casa, no cuidado com os filhos e em me amparar com tanto carinho e amor.

Aos meus filhos Gabriel, Gustavo e Marcela, os quais preenchem minha vida e existência de forma inexplicável e nos quais penso todos os dias e momentos e aos quais quero sempre orgulhar.

Ao meu enteado Ramon, querido amigo de tantos anos.

À minha cunhada Nancy, tão querida, sempre me alegrando com suas palavras de incentivo e afeto.

À minha amiga Creuza, que me ajudando nos afazeres domésticos, facilitou minha jornada.

A todos os amigos, em especial Camila, Liana, Ian e Guilherme. Cada um, em um determinado momento e de uma maneira diferente, foi crucial ao longo do Mestrado. Gratidão a todos vocês.

Finalmente, e com toda a ênfase que posso utilizar, agradeço à minha orientadora, Dra. Cláudia Toledo, mulher, professora, pesquisadora, amiga. Nunca

em toda minha vida convivi com alguém tão apaixonada e dedicada ao ensino do Direito. A você, Cláudia querida, dedico este trabalho, de todo o meu coração.

## RESUMO

A presente pesquisa se desenvolve a partir da seguinte questão: “no contexto de judicialização da saúde, qual o grau de racionalidade das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relativas a esse direito após a edição da Resolução nº 238, de 06/09/2016, pelo CNJ”? A justificativa desta investigação reside na importância do direito à saúde e na busca de sua tutela pelo Poder Judiciário, o que se convencionou denominar judicialização da saúde, fenômeno expresso em diferentes tipos de demandas, bem como no dever do Poder Judiciário de fundamentar racionalmente suas decisões em um Estado Democrático de Direito, uma vez que sua legitimidade é argumentativa. Adotando-se como referencial teórico o pensamento de Robert Alexy – em especial, suas obras Teoria da Argumentação Jurídica (2020) e Teoria dos Direitos Fundamentais (2017), traçou-se o objetivo geral de inferir o grau de racionalidade das decisões judiciais referentes ao direito à saúde, julgadas no período de 2017 a 2020. A investigação consistiu de duas fases: a primeira, teórico-bibliográfica objetivou investigar os conceitos essenciais para a realização do estudo, tais como a definição de direitos fundamentais sociais, o direito fundamental à saúde e sua crescente judicialização no país, bem como conceitos centrais da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, ambas de Robert Alexy. A segunda parte consistiu em pesquisa empírico-jurisprudencial exploratória-qualitativa, analisando-se as decisões do STJ, no âmbito do direito à saúde, nos moldes dos recortes eleitos. Com base em AulisAarnio (1991), Robert Alexy (1998), Neil MacCormick (2008) e Aleksander Peczenik (2009), a racionalidade foi focalizada a partir de dois prismas: lógico e substancial. Ao final, concluiu-se que conquanto se tenha constatado uma argumentação focada, precipuamente, em argumentos institucionais (à exceção da doutrina), tal realidade não comprometeu o seu nível de racionalidade, uma vez que foram elevadas tanto a racionalidade lógica (em 91% das decisões), quanto a racionalidade substancial (em 82% delas).

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Sociais; Direito à Saúde; Judicialização; Racionalidade da Decisão Judicial; Superior Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

The present research is developed from the following question: "in the context of judicialization of health, what is the degree of rationality of the decisions of the Superior Court of Justice (STJ) regarding this right after the edition of Resolution No. 238, of 06/09/2016, by the CNJ"? The justification for this investigation lies in the importance of the right to health and the search for its protection by the Judiciary, which is conventionally called judicialization of health, a phenomenon expressed in different types of claims, as well as in the duty of the Judiciary to rationally justify its decisions in a Democratic State of Law, since its legitimacy is argumentative. Adopting as theoretical reference the thought of Robert Alexy - in particular, his works Theory of Legal Argumentation (2020) and Theory of Fundamental Rights (2017), the general objective was set to infer the degree of rationality of judicial decisions regarding the right to health, judged in the period from 2017 to 2020. The research consisted of two phases: the first, theoretical and bibliographical, aimed to investigate the essential concepts for the study, such as the definition of fundamental social rights, the fundamental right to health and its increasing judicialization in the country, as well as central concepts of the theory of fundamental rights and the theory of legal argumentation, both by Robert Alexy. The second part consisted of exploratory-qualitative empirical-jurisprudential research, analyzing the decisions of the STJ, within the scope of the right to health, according to the chosen clippings. Based on Aulis Aarnio (1991), Robert Alexy (1998), Neil MacCormick (2008) and Aleksander Peczenik (2009), rationality was focused on two prisms: logical and substantial. At the end, it was concluded that although it has been found an argumentation focused primarily on institutional arguments (with the exception of doctrine), this reality did not compromise its level of rationality, since the logical rationality (in 91% of the decisions), as well as the substantial rationality (in 82% of them) were high.

**Key-words:** Social Fundamental Rights; Right to Health; Judicial Judicialization; Rationality of Judicial Decision; Superior Court of Justice.

## LISTA DE QUADROS

<b>Quadro 1</b> - Decisões descartadas .....	69
<b>Quadro 2</b> - Decisões analisadas.....	70

## LISTA DE TABELAS

<b>Tabela 1</b> - Utilização de argumentos institucionais nas decisões analisadas .....	75
<b>Tabela 2</b> - Utilização de argumentos não institucionais na justificação externa das decisões analisadas .....	78

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 1</b> - Grau de Satisfação dos Critérios de Racionalidade .....	81
<b>Gráfico 2</b> - Estatística do Grau de Racionalidade das decisões.....	83

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURA

AI	Agravo de Instrumento
AgR	Agravo Regimental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
HC	Habeas Corpus
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
OMS	Organização Mundial da Saúde
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....</b>	<b>14</b>
1.1 CONCEITO .....	14
1.2 CARACTERÍSTICAS NORMATIVO-ESTRUTURAIS E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	22
1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE .....	25
1.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	32
<b>CAPÍTULO 2 – TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....</b>	<b>44</b>
2.1 DISCURSO JURÍDICO – TESE DO CASO ESPECIAL .....	44
2. 2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....	48
2. 3 TIPOLOGIA DOS ARGUMENTOS.....	55
2.4 RACIONALIDADE DO DISCURSO.....	58
2.4.1 Racionalidade Lógica .....	59
2.4.2 Racionalidade Substancial (ou de suporte).....	61
2.4.2 Racionalidade Discursiva .....	62
<b>CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PESQUISA EMPÍRICA .....</b>	<b>63</b>
3.1 PESQUISA EMPÍRICO-DOCUMENTAL .....	63
3.1.1 Recortes Metodológicos (institucional, tmático, processual, temporal) .....	65
3.1.2 Elementos do Quadro-Padrão.....	72
3.2 PESQUISA EMPÍRICA QUANTITATIVA E QUALITATIVA .....	75
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>90</b>
<b>APÊNDICES .....</b>	<b>101</b>
APÊNDICE A – Quadro-padrão de fichamento das decisões .....	101
APÊNDICE B - Tabulação Cruzada .....	103
APÊNDICE C – Exemplo de quadro-padrão de fichamento de acórdãos no âmbito do STJ.....	106

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se desenvolve a partir da seguinte questão: “no contexto de judicialização da saúde, qual o grau de racionalidade das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relativas a esse direito após a edição da Resolução nº 238, de 06/09/2016, pelo CNJ”?

A justificativa desta investigação reside na importância do *direito à saúde* e na busca de sua tutela pelo Poder Judiciário, o que se convencionou denominar *judicialização* da saúde, fenômeno que se manifesta mediante ações em que se pleiteiam diferentes prestações positivas do Estado – como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, de insumos e/ou de tratamentos médicos, entre outros –, bem como no dever do Poder Judiciário de *fundamentar racionalmente* suas decisões em um Estado Democrático de Direito, uma vez que sua *legitimidade é argumentativa*.

Para tanto, adota-se como referencial teórico o pensamento de Robert Alexy, em especial aquele exposto em suas obras *Teoria da Argumentação Jurídica* -(publicada originalmente em alemão em 1978) e *Teoria dos Direitos Fundamentais* (originalmente publicada em alemão em 1985), além das constantes atualizações e complementações realizadas em publicações seguintes às duas obras de referência, uma vez que diversas questões tiveram sua discussão aprofundada não somente por Alexy, bem como por outros autores estudiosos de sua teoria, dentre os quais se destaca Cláudia Toledo, orientadora deste trabalho.

Sendo o objetivo geral desta pesquisa aferir o *grau de racionalidade* das decisões judiciais referentes ao *direito à saúde*, no *Superior Tribunal de Justiça* (STJ), no período compreendido entre os anos de 2017 (ano seguinte à edição da Resolução nº 238, de 06/09/2016, pelo CNJ), ao ano de 2020 (primeiro dos dois anos do curso de Mestrado realizado), foram traçados os seguintes objetivos específicos: (i) analisar a *justificação interna* e *externa* da argumentação jurídica justificadora das decisões judiciais; (ii) estudar os grupos de *regras* e *formas* da *justificação externa*, decompondo-se os argumentos *não institucionais*, que eventualmente integram a fundamentação das decisões judiciais, em argumentos de discurso prático geral e de discurso empírico; (iii) estipular *critérios de avaliação* dos *argumentos*; e (iv) definir os *tipos* e *graus* de *racionalidade*.

A investigação consistiu de duas fases: a primeira, em que se desenvolveu *pesquisa teórico-bibliográfica* na qual se objetivou investigar os conceitos essenciais para a realização do estudo, tais como a definição de direitos fundamentais sociais, o direito fundamental à saúde e sua judicialização no país, bem como conceitos centrais da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, ambas de Robert Alexy.

A segunda parte consistiu de *pesquisa empírico-jurisprudencial*, de caráter *exploratório-qualitativo*, na qual foram analisadas as decisões do STJ, no âmbito do direito à saúde, nos moldes dos recortes metodológicos eleitos.

Nesses termos, são expostos, no primeiro capítulo, o *conceito de direitos fundamentais sociais*, com suas discussões, enquadramento, características normativo-estruturais e eficácia; o *direito fundamental social à saúde*; e o fenômeno da sua *judicialização* no país.

No segundo capítulo, mediante revisão de literatura, foi feita a análise da *teoria da argumentação jurídica*, desenvolvida por Alexy, com o estudo do discurso jurídico – tese do *caso especial*, seus traços fundamentais, tipologia dos argumentos e análise dos elementos relacionados à racionalidade do discurso (especificamente os *critérios* e os *tipos* de racionalidade discursiva), os quais foram utilizados na segunda fase do trabalho.

No terceiro e último capítulo, procede-se à exposição da pesquisa empírico-jurisprudencial realizada, explicando-se a metodologia utilizada, e apresentando-se as análises qualitativa e quantitativa efetuadas, seguidas das conseqüentes conclusões extraídas dos julgados levantados no âmbito do STJ, conforme os recortes metodológicos temporal, temático e processual descritos.

## CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

### 1.1 CONCEITO

Direitos fundamentais são a expressão dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado ao indivíduo e que são positivados no plano interno (TOLEDO, 2015, p. 1774). As expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* são utilizadas, muito comumente, como sinônimas, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional). Diante disso, conquanto não existam dúvidas de que os direitos fundamentais são, de certa forma, sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado), é relevante que se proceda à sua diferenciação para uma melhor compreensão do tema (SARLET, 2018, p.29).

De acordo com Ingo Sarlet (2018, p.29), “a expressão ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto a “expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional”, o que lhes confere pretensão de universalidade, valendo para todos os povos e tempos, o que revela um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Prosseguindo na tarefa de diferenciar as duas expressões, afirma Sarlet (2018, p.31-32):

Nesse contexto, de acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Na obra de Alexy, direitos fundamentais são expostos como direitos humanos positivados no ordenamento jurídico do Estado nacional. Nos termos acima delineados, direitos humanos possuem dimensão internacional, sendo direitos

com pretensão de universalidade, que dispõem sobre os valores identificados como de maior peso, em determinado momento histórico, em virtude da essencialidade de seu conteúdo (TOLEDO *et al.*, 2019, p. 216).

Após a definição de direitos fundamentais e sua diferenciação dos direitos humanos, necessário que se proceda à conceituação dos *direitos fundamentais sociais*.

Ao procederem à sua análise, TOLEDO *et al.* (2019, p. 215), primeiramente, afirmam a “absoluta falta de precisão conceitual e terminológica sobre a matéria”. Nesse sentido, *direitos fundamentais sociais* são denominados, aleatoriamente, “direitos constitucionais fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, entre outras expressões; ora são conceituados como direitos de segunda, terceira, quarta geração; ora como direitos de segunda, terceira, quarta dimensão. Algumas vezes, são considerados direitos fundamentais; outras vezes, são chamados apenas “direitos sociais”. Referida aleatoriedade na utilização de termos e definições ocasiona redução da inteligibilidade do discurso, bem como superficialidade da sua abordagem científica, com a consequente restrição do avanço de seu conhecimento teórico (TOLEDO *et al.*, 2019, p. 215).

Acerca dos direitos fundamentais sociais, preceituam TOLEDO *et al.* (2019, p. 216):

Todos os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, na medida em que são oponíveis ao Estado, e os indivíduos são seus titulares. Como expõem Holmes e Sunstein, todo direito fundamental possui uma dimensão negativa, que exige a abstenção do Estado, e uma dimensão positiva, que, ao contrário, demanda sua atuação. A distinção entre os direitos a prestações negativas e os direitos a prestações positivas reside então não na exclusividade da prestação demandada ao Estado, mas no que *imediata e diretamente* é demandado do Estado, isto é, sua abstenção ou atuação. Os *direitos fundamentais individuais*, como direitos a prestações negativas, exigem, em primeiro lugar ou imediatamente, a *abstenção estatal*, como os direitos à vida, liberdade, integridade física, propriedade. Diversamente, os *direitos fundamentais sociais*, como *direitos a prestações positivas estatais*, requerem, em um primeiro momento e diretamente, a ação estatal para sua implementação, podendo ser prestados na forma de produtos, serviços ou dinheiro fornecidos pelo Estado aos indivíduos, tais como saúde, educação, moradia, transporte, benefícios pecuniários.

Um dos doutrinadores que traz maior rigor técnico ao debate jurídico contemporâneo, especialmente em temas relacionados à Filosofia do Direito e ao Direito Constitucional, é o jurista alemão Robert Alexy, marco teórico do presente trabalho. A teoria da argumentação jurídica de Alexy é considerada, atualmente, em

conjunto com aquela formulada por Neil MacCormick, como teoria da argumentação jurídica *standard* ou *padrão* (ATIENZA, 2017, p. 34).

Por seu turno, a teoria dos princípios, que Alexy desenvolve em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, apresenta contribuições mundialmente adotadas por Tribunais Constitucionais em diferentes continentes, como as noções de proporcionalidade e ponderação utilizadas na solução de colisões entre princípios, entendidos como mandamentos de otimização (TOLEDO, *et al.*, p. 216)

Baseando-se na Constituição alemã, Alexy (2017, p. 203) desenvolve sua teoria dos direitos fundamentais, classificando-os da seguinte forma: conceitua *todos* os direitos fundamentais como *direitos a algo* em face do *Estado*. Divide-os, então, em *direitos a ações negativas* e *direitos a ações positivas*.

Os direitos a ações negativas correspondem aos *direitos de defesa* (*direito fundamental negativo*), enquanto os direitos em face do Estado a uma prestação positiva são denominados *direitos a prestações* (*direito fundamental positivo*) (ALEXY, 2017, p.195-196). Os primeiros prevalecem em uma Constituição de cunho liberal, já a prevalência do segundo caracteriza uma Constituição como social.

Alexy (2017, p. 195-196) subdivide os direitos a ações negativas em três tipos de direitos (*direitos ao não-embaraço de ações*, *direitos à não-afetação de características e situações* e *direitos à não-eliminação de posições jurídicas*) e os direitos a ações positivas em 2 tipos: *direitos a ações positivas fáticas* e *direitos a ações positivas normativas*. Em sentido amplo, fala-se em *direitos a algo*, cuja forma geral consiste em: (a) tem, em face de (b), um direito a (G) (ALEXY, 2017, p.208). Trata-se de relação triádica que possui como objeto uma ação positiva ou abstenção (ação negativa) direcionada a um destinatário.

Ao tratar especificamente sobre os direitos fundamentais sociais, Alexy (2017, p. 499) leciona que “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Dessa forma, ao se falar em direitos sociais, está se falando, essencialmente, em direitos a prestações em sentido estrito.

Nesse ponto, importante salientar que conquanto Alexy constitua marco teórico do presente trabalho, não será utilizada sua classificação dos direitos fundamentais acima referida, no que tange, especificamente, aos direitos a ações positivas do Estado (direitos a prestações em sentido amplo) e sua subdivisão em

direitos a prestações fáticas (direitos a prestações em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais) e direitos a prestações normativas.

Tal subdivisão não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual os direitos fundamentais sociais englobam não apenas prestações fáticas, mas também prestações normativas, tendo em vista a previsão constitucional da ação de *mandado de injunção* (MI) (inciso LXXI do artigo 5º da Constituição) (BRASIL, 1988), que tem como objetivo possibilitar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, caso tal exercício esteja sendo inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Isto é, tal ação confere ao Judiciário a competência de julgar a garantia de um dispositivo constitucional, cuja norma regulamentadora é inexistente, figurando os direitos fundamentais sociais, destacadamente, dentre os direitos protegidos pelo MI, em virtude de configurarem direitos à *ação positiva do Estado*, cuja realização é afetada, diretamente, pela omissão legislativa na sua regulamentação (TOLEDO *et al.*, 2021, p. 776-777).

Os direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, são dotados de fundamentabilidade formal e material, tendo em vista que, de acordo com Toledo (2003, p. 115):

Finalmente, para que o Estado se consubstancie como Democrático de Direito, deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal em suas três dimensões, em razão tanto de sua fundamentabilidade formal (porque constitucionalmente dispostas, assumindo posição de supremacia na estrutura escalonada da ordem jurídica) quanto material (porque têm como conteúdo valores assumidos como os de maior relevância pela sociedade).

A fundamentabilidade formal dos direitos sociais é recente na história constitucional brasileira. De acordo com Sarlet (2018, p. 67):

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

Já a fundamentabilidade material se dá pela superioridade axiológica existente nas prestações positivas estatais. Conforme lembra Karl Larenz (1997, p.

661), os sistemas jurídicos estão ligados a ideias jurídicas, diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração cuja função é justificar as decisões de valor que subjazem às normas, subordinando-as à ideia de direito. Esta *ideia de direito* corresponde a determinados valores para os quais o Direito se orienta. Para Radbruch (1938, p. 49) a *ideia de direito* se relaciona aos valores justiça, segurança e bem comum.

Os direitos sociais previstos na ordem constitucional brasileira enquadram-se como direitos fundamentais sociais, uma vez que se concretizam mediante ações estatais, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida dos indivíduos. Possuem grande relevância, pelo fato de que é por meio deles que se alcança a concretização de um Estado Social (SILVA, 2019, p.16-17). Dessa forma, os direitos sociais estão conectados diretamente ao bem comum, um dos valores ao qual o Direito se orienta.

Além disso, a fundamentabilidade material é demonstrada pela própria demanda da população por estas prestações positivas. Em 2013 foi realizada uma pesquisa pelo IPEA (2013, *documento digital*) em que, através de um website, foi solicitado aos participantes que selecionassem 6 entre 16 possíveis prioridades que fariam a maior diferença para as suas vidas e de suas famílias. As principais demandas apresentadas foram a saúde pública (marcada por 87,64% dos participantes), a educação (72,97%), segurança pública (61,44%) e melhores condições de trabalho (59,85%).

Tal fato demonstra o grau de importância dada pela população aos direitos fundamentais sociais, que se encontram no topo das prioridades.

É certo que a ordem constitucional de 1988 inaugurou, no Brasil, um Estado Social e Democrático de Direito, cujos contornos básicos se encontram fundamentados no *preâmbulo*; nos *princípios fundamentais* previstos nos arts. 1º a 4º da Constituição (BRASIL, 1988); na expressa consagração de um catálogo de *direitos fundamentais sociais* (arts. 6º a 11º); nos *princípios* norteadores dos títulos que versam sobre as *ordens econômica e social* (art. 170 e 193); além das inúmeras normas concretizadoras desses princípios, que se encontram dispersas pelo texto constitucional (SARLET, 2018, p.84).

Nesse sentido, conquanto não conste no texto da Constituição (BRASIL, 1988), de maneira expressa, a denominação *Estado Social*, a preocupação social é incontestável, “sobretudo pela presença de um capítulo dedicado aos direitos

sociais. Existe um Estado social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de bem-estar social” (MEDAUAR, 2018, p. 25).

Inobstante a adoção, neste trabalho, de classificação diversa à de Alexy (adotada por Sarlet em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, 2018), no sentido de considerar que os direitos fundamentais sociais abarcam tanto as prestações fáticas, quanto as prestações normativas, é certo que, de acordo com Sarlet (2018, p. 206):

[...] os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, nesse contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais.

Em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais, de acordo com Alexy (2017), embora seja possível utilizar-se de diversas diferenciações teórico-estruturais, para a *teoria dos direitos fundamentais*, a mais importante é a que distingue *regras* e *princípios*. Tal distinção, além de constituir “a base da consolidação jusfundamental”, é “uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como seu papel no ordenamento jurídico, seus limites e a solução das colisões” (DUARTE, 2011, p. 45). A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito destes direitos, sendo, dessa forma, uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017, p. 85-86).

De acordo com Alexy, tanto as regras quanto os princípios são *normas*, uma vez que ambos: (1) dizem o que *deve ser*, (2) podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do *dever*, da *permissão* e da *proibição*. Além disso, os princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de *dever-ser*, ainda que de espécie muito diferente. Dessa forma, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2017, p. 87).

O ponto decisivo nessa distinção é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na *maior medida do possível* dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (princípios e regras colidentes) existentes, sendo, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. As *regras*, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos; elas *contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível* (ALEXY, 2017, p. 90-91).

Segundo Toledo (2003, p. 62),

Os princípios apresentariam, então, grau de generalidade relativamente alto, comumente não se referindo de forma direta às possibilidades reais ou normativas como as regras, normas com um nível relativamente baixo de generalidade. Além desse critério, elencam-se também o grau de abstração, a determinabilidade dos casos de aplicação, a natureza normogenética, o caráter de fundamentabilidade no sistema, a proximidade da idéia do direito, a referência a uma lei jurídica suprema, a importância para o ordenamento jurídico.

O debate sobre princípios não se resolve no plano da validade, mas do equilíbrio. Princípios de direitos fundamentais estão constantemente em rota de confronto tendo em vista sua generalidade. Muito embora não eliminem uns aos outros, precisam de atuação positiva para o equilíbrio entre eles. Nesse sentido, cumpre lembrar as lições de Holmes e Sunstein (2019, p.75), de que levar a sério os direitos também significa levar a sério a escassez de recursos. O Estado deve garantir o direito à saúde, mas não pode para isso desproteger o direito à educação, por exemplo. Segundo os autores (2019, p. 101):

É inevitável que os recursos direcionados para alguns problemas não sejam direcionados para outros; o governo que canaliza a maior parte de seus recursos ambientais para a limpeza de lixões tóxicos vai se ver sem um centavo para proteger a limpeza do ar e da água. A proteção exclusiva contra um risco ambiental de alto destaque pode comprometer interesses ambientais maiores e de prazo mais longo.

Percebe-se, portanto, que a escassez de recursos é um limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 471). Entretanto, como princípio, o direito à saúde deve ser realizado na máxima medida do possível, o que leva à sua direta colisão com as restrições fiscais sob as quais o Estado normalmente opera (HOLMES e SUNSTEIN, 2019, p.75). Se por um lado, a escassez de recursos é um limite fático e jurídico (leis orçamentárias) e, do outro, o

Estado tem o dever de garantir as políticas públicas e prestações positivas de saúde, inevitavelmente ocorrerá um desacordo entre a pretensão do indivíduo (que necessita da prestação positiva) com o Estado. É neste ambiente que emerge a *judicialização da saúde*.

Para a compreensão do objeto desta pesquisa, mais especificamente em relação à judicialização da saúde, o contexto em que se dá a *exigibilidade judicial* dos direitos fundamentais sociais assume elevada importância.

A prerrogativa conferida ao titular de um direito subjetivo – vislumbrada no direito fundamental social, é assegurada por uma ação judicial. A doutrina reconhece duas dimensões aos direitos fundamentais: *objetiva* e *subjetiva*. A primeira se relaciona aos propósitos e valores de uma sociedade; a segunda, à possibilidade de exercício desses direitos pelo indivíduo enquanto direitos subjetivos. Nessa dimensão, os direitos fundamentais estabelecem a forma de relação dos cidadãos com o Estado, bem como com os demais cidadãos, sendo *direitos relacionais* tanto frente ao *Estado* – *eficácia vertical* dos direitos fundamentais, quanto em relação aos *particulares* – *eficácia horizontal* desses direitos (SILVA, 2019, p.22-23).

A exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais advém da superação do entendimento do seu caráter *programático* e atual entendimento majoritário no sentido de serem “normas jurídicas dotadas de eficácia, imperatividade e aplicabilidade imediata, e, como tais, conferem ao particular o poder de exigir de imediato e individualmente em face do Estado” (DIAS, 2012, p. 247). Nesse sentido, cumpre registrar que o reconhecimento dessa exigibilidade se dá de forma plena, ou seja, admite-se que o indivíduo busque judicialmente uma ação positiva do Estado sem qualquer restrição. Porém, a concretização da pretensão se dá de forma limitada, na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2014, p. 09).

Por fim, no que tange à possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, duas teorias se posicionam de forma distinta: para a *teoria interna*, existe apenas um objeto: o direito dotado de limites imanentes; para a *teoria externa*, por sua vez, o direito fundamental é dividido em duas partes: o direito em si e separado dele, as restrições (SILVA, 2019, p.24).

De acordo com Lima Vaz da Silva (2019, p.24-25):

Para a teoria interna, defendida por Peter Häberle – como crítica à teoria externa – não há distinção entre o direito fundamental, de um lado, e a restrição a esse direito, de outro. Outrossim, admite a existência de um direito fundamental, com um conteúdo determinado (OLSEN, 2012, p. 118). Mediante esse entendimento é impossível distinguir entre direito *prima facie* e direito definitivo, pois essa construção tem como escopo central a unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes (SILVA, 2006, p.38). A teoria externa, defendida por Alexy, tem como base a teoria dos princípios e parte da convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis. Desse modo, haverá num primeiro momento, o direito fundamental instituindo uma posição *prima facie*, sobre a qual incidirá a restrição, em um segundo momento. Tal estrutura decorre da aplicação das noções da teoria externa das restrições ao modelo normativo de princípios.

O direito fundamental definitivo será alcançado ao fim do processo de ponderação, sendo, obviamente, menor do que o direito concebido inicialmente. Após a realização de tais restrições, o que se alcança é o *núcleo essencial* do direito fundamental.

Prossegue Lima Vaz da Silva (2019, p.27):

As consequências ou efeitos práticos entre as teorias interna e externa dizem respeito à consideração das restrições. É dizer, adotando-se a diretriz exposta pela teoria interna, substitui-se o conceito de restrição por limite. E sendo o limite imanente à própria norma de direito fundamental, não se admite a consideração de elementos externos. Lado outro, a teoria externa defende a existência de dois elementos, o direito em si, e, separado deste, as restrições, que são elementos externos à norma de direito fundamental.

Diante do atual cenário político-econômico, marcado por um contexto de austeridade e, conseqüentemente, de constantes restrições aos direitos fundamentais, impõe que se explicitem as restringibilidades mediante fundamentação (SILVA, 2019, p.27).

## 1.2 CARACTERÍSTICAS NORMATIVO-ESTRUTURAIS E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

De acordo com Sarlet (2018, p. 297-298), a doutrina majoritária defende o ponto de vista segundo o qual os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional se diferenciam dos direitos de defesa, entre outros aspectos, pela sua forma de positivação, ou seja, à sua estrutura jurídico-normativa. Assim, diversamente do que ocorre com a maior parte dos direitos de defesa, que não costumam ter sua eficácia plena e aplicabilidade imediata questionadas, aplicando-se diretamente aos casos concretos, os direitos fundamentais sociais prestacionais

necessitariam de concretização legislativa, bem como dependeriam das circunstâncias de natureza socioeconômica, motivo pelo qual “tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora”.

A tessitura aberta dos direitos fundamentais sociais se liga, diretamente, à sua magnitude econômica e dependência da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Poder Público, bem como à dificuldade que existe em se definir, já em nível constitucional, com exatidão, o próprio objeto da prestação, a exemplo do que ocorre com o direito à saúde, ao trabalho e à educação (SARLET, 2018, p. 298). De acordo com Sarlet (2018, p. 298-299), referida indeterminabilidade (“sempre relativa”) dos direitos fundamentais sociais prestacionais, conquanto não possa ser apontada, unicamente, como um fator para diferenciação entre os direitos de defesa e os direitos sociais (“pelo menos não de forma generalizada”), pode acarretar, especialmente, na seara da exigência constitucional de uma ação por parte do Poder Público e diferentemente do que ocorre com os direitos de defesa, “uma maior dificuldade de verificação de uma violação direta da norma constitucional, refletindo, portanto, no controle da legitimidade constitucional da atuação dos órgãos estatais com base nas normas de direitos sociais”.

Tal situação, porém, não poderá legitimar um impedimento do reconhecimento da subjetividade de tais direitos, de modo a impedir a intervenção judicial, quando da sua violação.

A necessidade, em regra, de uma concreção legislativa conduz à qualificação dos direitos sociais prestacionais, em especial pela doutrina estrangeira, como direitos relativos, porquanto comumente limitados por uma *reserva do possível*, de modo a dependerem, para sua plena efetivação, da conjuntura socioeconômica, fator este que chegou a dar ensejo a entendimento no sentido de uma “relatividade fática dos direitos sociais”. Os direitos de defesa, por sua vez, pelo fato de possuírem aplicabilidade imediata desencadeando, desde logo, todos os seus efeitos, sem necessidade de intervenção legislativa “servindo a lei tão somente para eventual restrição ou regulamentação”, são comumente conceituados como direitos fundamentais absolutos (SARLET, 2018, p. 299).

De acordo com Sarlet (2018, p. 299), porém, ainda que se admita que esta diferenciação entre os direitos sociais prestacionais e os direitos de defesa mereça ser considerada, mesmo que com alguma reserva, não merece prosperar o

entendimento que qualifica os direitos de defesa como relativamente absolutos, e os direitos sociais prestacionais como absolutamente relativos. Para Sarlet (2018, p. 299) o acolhimento desta tese traria como consequência a consideração de que os direitos de defesa seriam considerados, em princípio, como direitos absolutos e os direitos sociais prestacionais, como, em princípio, direitos relativos, o que deve ser rechaçado, uma vez que sugere “um caráter absoluto que os direitos fundamentais não têm”.

Para Sarlet (2018, p. 299), embora as distinções entre os direitos de defesa e os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional ocasionem eventual entendimento no sentido de que aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional deve ser negada a condição de “autênticos direitos subjetivos (no sentido de gerarem, para o titular, uma prestação dedutível em juízo)”, tal consideração não corresponde à posição dominante (ao menos no direito constitucional pátrio), conquanto se admita que as diferenças em questão suscitam, especialmente em relação aos direitos fundamentais sociais prestacionais, problemas específicos em relação à sua realização, em especial, no que diz com a sua justiciabilidade, problemas esses que devem ser considerados.

No que se refere à eficácia dos direitos fundamentais sociais Sarlet (2018, p. 300) utiliza a terminologia genérica de “normas constitucionais” de “cunho programático” (e não normas programáticas), para nelas incluir todas as normas que, em princípio, reclamam uma concretização legislativa (sem desconsiderar eventuais especificidades). Para o autor no que tange às diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do constituinte costuma ser (não apenas no caso do Brasil), de que os direitos em questão sejam veiculados pela referida modalidade de norma.

Neste ponto, Sarlet (2018, p. 301) afirma que a escolha da expressão “normas constitucionais” de “cunho programático” não retira das normas que veiculam os direitos sociais prestacionais o caráter de eficácia, não podendo ser consideradas como “meras proclamações de cunho ideológico ou político”. Desse modo, para Sarlet (2018, p. 301)

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos

casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

Entretanto, deve-se contrapor à ideia de que as normas de direito social tenham cunho programático, ou seja, “definidoras de programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado ou como normas impositivas” (SARLET, 2018, p. 90). Isso porque, como já foi visto, o direito a uma ação positiva fática possui a seguinte estrutura: “a tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática  $h_f$ .” (ALEXY, 2017, p. 203), bem como “a tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa  $h_n$ ”. (ALEXY, 2017, p. 203). Dessa forma, os direitos sociais *sempre* possuem eficácia *imediata*, independentemente de uma regulamentação legislativa. Assim, a norma não veicula apenas um programa, fim ou tarefa a ser implementada, mas sim direitos a uma ação estatal.

Ocorre que as normas de direitos fundamentais possuem suporte fático amplo, ou seja, abarcam, *prima facie*, todas as situações pelo âmbito de proteção de um direito fundamental que, diante de uma situação concreta, passará pela ponderação antes de se decidir pela proteção definitiva ou não (SILVA, 2006, p. 34). Ao invés de prever fins, programas ou tarefas, os direitos sociais salvagam, na *máxima medida possível*, toda ação, estado ou posição jurídica que esteja sob seu âmbito de proteção (SILVA, 2006, p. 34-35). Eventuais restrições e regulamentações devem, portanto, ser motivadas e justificadas.

Por fim, cumpre destacar que o termo “*norma programática*” possui um significado histórico específico. No contexto da Constituição de Weimar, utilizava-se tal expressão no sentido de normas *não vinculantes ao legislador*, no sentido de que as próprias leis poderiam vulnerar os direitos fundamentais (BOROWSKI, 2003, p. 62). Os enunciados programáticos teriam, portanto, validade meramente política, moral ou divina. Tendo em vista o significado genético do termo, a expressão utilizada por Sarlet “normas de cunho programático” deve ser rechaçada.

### 1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

O conceito de saúde é dinâmico, tendo se transformado de modo a se adaptar às características de cada momento histórico (PIMENTA, 2021, p. 29). É fruto de um processo cultural, estabelecido e restabelecido “a partir das formas de

reação e intervenção que se desenvolvem por indivíduos e grupos em face do complexo de relações predominantes” (FERNANDES, 2018, p. 57).

Conquanto o pioneirismo, no plano internacional, da positivação do direito à saúde tenha ocorrido nos anos de 1917 e 1919, com as constituições sociais do México e de Weimar, respectivamente, um conceito universal de saúde somente restou viabilizado no ano de 1946, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), quando, então, o termo passou a designar “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (PINHEIRO, 2006, p. 103).

No Brasil, a saúde, integrante do rol dos direitos fundamentais, foi reconhecida como tal em virtude de movimentos ocorridos no período de redemocratização política, que culminaram na participação popular em prol da definição dos objetivos constitucionais na Assembleia Constituinte de 1987-1988. Conquanto tenha seguido a tendência mundial de ampliação da concepção de saúde, o processo brasileiro de efetivação desse direito foi mais tardio (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 45).

No decorrer do período colonial e imperial não foram desenvolvidas grandes políticas públicas de saúde, mas tão somente determinadas medidas pontuais e específicas, preponderantemente ligadas à política de imigração massiva de mão-de-obra dirigida à produção de café e cana-de-açúcar, bem como medidas destinadas ao controle de surtos de epidemias (AGUIAR, 2015, p. 18). O mesmo pode ser dito em relação ao período correspondente à Primeira República (1889-1930), no qual a predominância da atividade econômica baseada na produção de café direcionava as ações e programas de saúde ao controle de enfermidades que pudessem abalar a economia agrária, concentrando as intervenções baseadas em campanhas sanitárias nos portos, de modo a viabilizar a política de imigração (PAIM *et al.*, 2011, p. 16).

Não obstante na Era Vargas tenha ocorrido a primeira manifestação do constitucionalismo social no Brasil (BRASIL, 1934), isso não significou avanço considerável no campo do direito sanitário. Isso porque aos problemas já existentes foram acrescentados outros, advindos do processo industrial de produção, dentre os quais destacam-se a desnutrição, o estresse, bem como as doenças profissionais (AGUIAR, 2015, p. 24). Nesse sentido, o texto da Constituição (BRASIL, 1934) previu, tão somente, a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência e a

competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e assistência públicas (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 46).

O fim da II Guerra Mundial, em 1945, representou uma nova compreensão dos direitos fundamentais, com a consequente abertura dos países ao Direito Internacional, o que restou evidenciado em diversos documentos, dentre os quais citam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>1</sup>, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, e seu Protocolo Adicional, o Protocolo de São Salvador<sup>2</sup>, de 1988 (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 46).

O período do pós-guerra e a consequente progressão, no plano internacional, na concreção de direitos fundamentais refletiu no direito sanitário brasileiro, com a criação, em 1953, do Ministério da Saúde, e com a realização, em 1963, da 3ª Conferência Nacional da Saúde, na qual foram apresentados estudos visando a criação de um sistema de saúde único e descentralizado. O avanço do direito sanitário no país, prejudicado no período ditatorial, foi retomado no período de transição democrática, no qual o movimento reformista, que contava com ampla participação da sociedade, promoveu a institucionalização das discussões em torno do direito sanitário, com a consequente inclusão da saúde na agenda política, o que resultou na realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986. Tal evento, que teve como temas a saúde como direito, a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento setorial, foi considerado “um marco na pluralização do debate na consolidação da saúde como direito” (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 47).

Finalmente, “como resultado de um processo de lutas e reivindicações” (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 47), revelando a opção pelo constitucionalismo de cunho democrático-social, a inserção da saúde de forma definitiva e sistemática, no Brasil, foi efetivada em 1988 pela Constituição (BRASIL, 1988), que, buscando consagrar a universalização das políticas sociais brasileiras, estabeleceu, em seu 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.

---

<sup>1</sup> Internalizada pelo Decreto-legislativo nº 27, de 26 mai. 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 nov. 1992.

<sup>2</sup> Internalizada pelo Decreto-legislativo nº 56, de 19 abr. 1995, e promulgada pelo Decreto nº 3.321, de 30 dez. 1999.

Neste contexto, também foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, cuja regulamentação se deu pelas Leis nº 8.080, de 1990 (BRASIL, 1990a) e nº 8.142, do mesmo ano (BRASIL, 1990b).

A Lei nº 8.080 instituiu as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de estabelecer a saúde como dever do Estado, mediante a provisão das condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Conquanto o SUS, calcado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade, seja consagrado como um dos mais complexos sistemas de saúde pública no mundo, o real enfrentamento da questão da eficácia do direito à saúde, no Brasil, somente teve início no final dos anos 1990 e começo dos anos 2000, a partir do aumento do número de casos de contaminação por HIV no país.

Tal fenômeno ocasionou um vertiginoso crescimento da judicialização para obtenção de medicamentos essenciais ao tratamento dos pacientes portadores da doença, ocasionando a prolação de decisões que, conferindo efetividade ao art. 196 da Constituição (BRASIL, 1988), passaram a reconhecer que, ainda que não fosse viável a realização de todas as prestações inerentes ao direito à saúde – em face de sua colisão com outros direitos fundamentais, bem como em razão da limitação dos recursos necessários a sua implementação, as prestações mais essenciais desse direito necessitavam de uma efetividade mínima (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 311).

No que se refere à *interpretação constitucional do direito à saúde*, de acordo com Duarte e Vidal (2020, p. 48):

A adequada compreensão do alcance das normas constitucionais de direitos fundamentais e dos limites da intervenção estatal na provisão dos direitos sociais demanda, em primeiro lugar, o exame acerca de seu enquadramento como direito subjetivo. Isso porque, conquanto a Constituição (BRASIL, 1988) tenha afirmado a eficácia imediata dos direitos fundamentais, subsistem controvérsias acerca dos limites de sua justiciabilidade.

A fundamentabilidade do direito social à saúde acarreta uma dimensão subjetiva a ensejar a possibilidade de postulação individual deste direito, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Tais limites devem ser observados dada a natureza principiológica dos direitos fundamentais. A forma como tais direitos se estrutura faz como que eles se encontrem em constante rota de colisão.

O deslinde desta questão, que parte da distinção entre regras e princípios, possui no *pós-positivismo jurídico*, corrente de pensamento que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, o fundamento de suas discussões. Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2017), realizando um refinamento da proposta dworkiana (2002), precisa ainda mais o conceito de princípios, definindo-os como mandados de otimização. Remanesce ao aplicador do direito, dessa forma, a tarefa de examinar quais medidas se fazem necessárias para a concretização de um direito considerado.

Tratando-se o direito à saúde de um direito fundamental social, enquadra-se na categoria normativa de princípio, que como foi visto, possui como conteúdo um mandado de otimização a ser concretizado, num dado ordenamento jurídico, nos termos das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

A natureza de princípio implica o reconhecimento de que o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais sociais, não é absoluto, podendo ser efetivado em diversos graus, a depender das disponibilidades fáticas consubstanciadas, principalmente, na existência de recursos e nas possibilidades jurídicas, advindas da solução do conflito com outros direitos.

Tais limitações (fáticas e jurídicas), certamente, acarretarão restrições ao direito em questão, ocasionando a necessidade de verificação dos limites dessas restrições. Neste ponto, assume especial importância a máxima da proporcionalidade, bem como a proteção ao seu núcleo essencial, que possui natureza de regra, nos termos da teoria alexyana.

Na construção teórica de Alexy, o princípio da reserva do possível, ao entrar em *colisão* com princípios de direitos fundamentais (especialmente os sociais), afeta tais princípios. Essa afetação será tão maior quanto mais importante for a satisfação do princípio da reserva do possível, que se caracteriza por limitar aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado, tendo em vista a realidade fática da limitação dos recursos capazes de satisfazer suas demandas.

De acordo com Silva (2014, p.19), o argumento da reserva do possível envolve dois prismas: a) deve existir *razoabilidade* entre a satisfação do *interesse individual* pleiteado e o interesse coletivo, ou seja, deve ser razoável exigir da sociedade o ônus relativo ao cumprimento daquele interesse individual; b) o *empenho financeiro* necessário para a satisfação desse ônus deve ser compatível com o equilíbrio do *orçamento público*

Neste ponto, importante esclarecer que conquanto as normas que veiculam direitos fundamentais possuam a natureza de princípios, a parte concernente ao seu núcleo essencial possui natureza de regra, uma vez que apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mínimos forma o conteúdo do mínimo existencial (TOLEDO, 2017b, p. 104).

Desta forma, reconhecida a validade jurídica da norma instituidora de um direito social, as prestações concernentes ao seu núcleo essencial deverão ser forçosamente efetivadas, ou seja, não se pode opor o princípio da reserva do possível em face do núcleo essencial de um direito fundamental.

Neste sentido, afirma Toledo (2017b, p. 115, nota de rodapé 31):

Na medida em que o mínimo existencial satisfaz as exigências de (i) razoabilidade do pedido e (ii) não desequilíbrio das contas públicas, o argumento da reserva do possível não lhe é oponível.

Uma vez delimitado, o conceito de mínimo existencial é universal, conforme todo conceito; seu conteúdo, ao contrário, é relativo, variando conforme o tempo e lugar. Por essa razão, a delimitação de quais direitos fundamentais sociais serão considerados indispensáveis para um patamar elementar de dignidade humana, e qual conteúdo de cada um desses direitos será entendido como núcleo essencial, são questões que somente podem ser definidas em determinado momento e em um país específico. Fator decisivo para a delimitação desse conteúdo é a realidade socioeconômica nacional, pois nela residem as condições fáticas que irão determinar o direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, em cada país, em certo momento (TOLEDO *et al*, 2019, p.221).

Dessa forma, o conteúdo do mínimo existencial irá variar tanto em um mesmo país em momentos históricos distintos, quanto entre diferentes países em um mesmo momento histórico. Ou seja, quanto melhor for a situação socioeconômica do país no curso de sua história, mais amplo será o conteúdo do mínimo existencial nele considerado, em razão da maior capacidade econômica do Estado de arcar com os investimentos vultosos demandados pela implementação dos direitos fundamentais sociais (TOLEDO *et al*, 2019, p.221-222).

Neste ponto, importante é a diferenciação entre mínimo existencial e mínimo vital. De acordo com Toledo (2017b, p.114), o mínimo vital:

[...] é relativo às condições materiais mínimas necessárias para a sobrevivência do indivíduo, ou seja, os pressupostos materiais imprescindíveis para sua existência física. No entanto, para a mínima formação do indivíduo como ser humano, indo-se além da satisfação de suas necessidades físicas e biológicas – as quais qualquer ser vivo possui, deve ele ter condições elementares para a participação na vida social e cultural do país do qual é cidadão.

Partindo desta diferenciação realizada entre mínimo vital e mínimo existencial, Luciana Melquiades Duarte (2020, p. 186) distingue as *demandas de saúde de primeira necessidade* e as *demandas de saúde de segunda necessidade*. Dessa forma, as prestações abarcadas pelo núcleo essencial do direito à saúde corresponderiam àquelas que possuem nível grave de importância de satisfação, e, portanto, caracterizar-se-iam pela sua elevada essencialidade, consubstanciando-se no conteúdo elementar do direito à saúde e, portanto, apresentam-se como demandas de primeira necessidade. Por outro lado, Duarte (2020, p.186-187) caracterizou as demandas/prestações de saúde de segunda necessidade como aquelas cuja não satisfação afeta de forma leve ou moderada a dignidade da pessoa humana.

Com base nessa orientação, Duarte (2011, p.167) lista como exemplos de demandas de primeira necessidade aptas à tutela da vida aquelas relacionadas ao saneamento básico e ações preventivas, a exemplo da vacinação contra doenças letais, os tratamentos de doenças crônicas capazes de evoluir para o óbito, as situações de urgência e emergência, e, mais recentemente, as ações de prevenção e combate à COVID-19.

Também na condição de demandas de primeira necessidade, porém ligas à consagração da dignidade da pessoa humana de modo grave ou intenso, Duarte (2020, p.187) exemplifica citando as demandas correlatas aos membros superiores, inferiores e aos órgãos sensoriais.

Como exemplos de demandas de segunda necessidade, Duarte (2020, p.187) cita as cirurgias de redução de mama, quando não decorrentes de enfermidade apta a gerar impacto severo na saúde, o fornecimento de fraldas descartáveis pediátricas e a realização de procedimentos estéticos.

A delimitação, no plano judicial, de uma demanda como sendo de primeira ou de segunda necessidade repercutirá na decisão a ser prolatada. Nesse sentido, o descumprimento, por parte do Estado, das prestações inerentes ao núcleo essencial do direito à saúde – demandas de primeira necessidade, que possuem natureza de

norma-regra –, ensejará a determinação de seu cumprimento. Estará o Judiciário, em casos como esse, atuando como uma espécie de controlador das políticas públicas estatais, de modo a corrigir uma falha estatal desapropriada.

De outro modo, caso a demanda levada a juízo não configure prestação atinente ao núcleo essencial do direito à saúde, caracterizando-se, dessa forma, como uma demanda de saúde de segunda necessidade, sua natureza de norma-princípio revela a necessidade de que o juiz responsável pelo seu julgamento realize a ponderação entre o princípio que embasa o pedido postulado pelo indivíduo, de um lado, com outros princípios envolvidos, a exemplo do princípio da reserva do possível (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 53).

Dito isso e conforme já explicitado no tópico acima, ao positivar uma vasta gama de direitos fundamentais sociais, o constituinte de 1988 transpareceu sua eleição pelo constitucionalismo de índole democrático-social. O reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental social, constituiu valorosa conquista da sociedade, uma vez que o transmuta em verdadeiro direito subjetivo do cidadão, especialmente a partir da sua conformação como direito de todos e dever do Estado, a ensejar sua proteção individual.

#### 1.4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A Constituição (BRASIL, 1988) consagrou, no inciso XXXV do seu art. 5º, o princípio da inafastabilidade, universalidade ou unicidade da jurisdição, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pelo fato de a decisão judicial ter como finalidade precípua a solução da lide apresentada ao Judiciário, sendo dessa forma, o ato perseguido pelas partes quando o acionam, deve ter como fim a correção e para tanto necessita ser motivada, conforme determinação contida no inciso IX, do artigo 5º, da Constituição (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, assume elevada importância a postura assumida pelo Poder Judiciário perante as políticas públicas que têm por finalidade a implementação do direito à saúde.

Isso porque conquanto não caiba ao Poder Judiciário a formulação das políticas públicas de concreção dos direitos fundamentais sociais, daí não se infere não lhe competir o controle do exercício dessa função, de modo que se uma política

pública violar direitos ou deixar de contemplá-los devidamente, “a questão assume a roupagem de um conflito jurídico”, a desafiar a sua atuação (DUARTE, 2011, p. 278).

Por essa razão, cabe ao Judiciário todo o controle acerca da juridicidade dos atos administrativos de implementação das políticas públicas, sejam eles comissivos ou omissivos, de efeitos concretos ou não, devendo, no exercício dessa tarefa constitucional, “anular atos inválidos, aplicar condenações pecuniárias ou impor à Administração a adoção de condutas necessárias” (DUARTE, 2011, p. 278).

Diante do fato de a prestação de saúde envolver a distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, como a brasileira, a determinação do que é prioritário e de quem deve ser o foco dessas prioridades não é um tema fácil e que, obviamente, envolve disputas. Tais disputas se materializam na chamada “judicialização da saúde”.

Nesse ponto, importante salientar que conquanto a edificação do conceito de saúde tenha resultado em sua definição social enquanto direito, a abrangência de sua previsão na Constituição de 1988 não provocou a sua imediata efetividade e reconhecimento de cogência às normas de direito sanitário (SARLET, 2018, p. 301).

Até o final da década de 1990, prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais relativas ao direito sanitário ostentavam natureza meramente programática, ocasionando a ausência de efetividade de suas disposições (PIMENTA, 2021, p. 57).

Conforme brevemente tratado no tópico acima, a modificação desse entendimento ocorreu em razão do crescimento no número de casos de contaminação por HIV no Brasil, o que ocasionou representativo aumento no ajuizamento de ações com o objetivo de obter medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes contaminados (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 311).

As decisões favoráveis aos jurisdicionados, nos processos em questão, encorajaram o ajuizamento de novos pedidos por outros pacientes que se encontravam excluídos do alcance das prestações de saúde, confrontando o Judiciário com inúmeros debates em torno da saúde pública, provocando uma alteração no deslinde das questões em torno do direito sanitário, de forma a considerar a fundamentabilidade do direito à saúde, integrando-o ao conceito de mínimo existencial. Nesse sentido, o Judiciário se viu desafiado a decidir questões referentes aos mais diversos pleitos, tal como a obrigatoriedade do Poder Público

em custear tratamentos experimentais e tratamentos no exterior (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 312).

De acordo com Duarte e Vidal (2020, p.312):

O embasamento jurisprudencial para o deslinde das questões em torno do direito sanitário voltou-se para a fundamentabilidade do direito à saúde, integrante do conceito de mínimo existencial, utilizado de forma pioneira, em 2002, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação de nº 0006963-85.2001.8.19.001 (RIO DE JANEIRO, 2002), ao confirmar sentença que havia determinado o fornecimento de medicamentos no âmbito processual. Posteriormente, em 2004, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (BRASIL, 2004) para pleitear a tutela do direito à saúde por meio da garantia de dotação orçamentária mínima direcionada ao SUS, o Supremo Tribunal Federal corroborou esse posicionamento.

A atuação do Judiciário em defesa dos direitos fundamentais sociais se constitui em amadurecimento da cidadania, colaborando para o “robustecimento das bases necessárias para a participação popular na vida pública e o desenvolvimento institucional das atividades políticas, pelo Legislativo e pelo Executivo, de forma justa e aperfeiçoada” (DUARTE, 2011, p. 255).

Outrossim, embora represente significativo avanço em prol da efetividade do direito à saúde, percebem-se alguns problemas relacionados à intervenção do Judiciário na promoção e na condução dos programas estatais de direito sanitário, o que gera a necessidade da definição de critérios objetivos para a concessão judicial desses pleitos.

Dentre os problemas ocasionados pela exacerbada judicialização da saúde, Clenio Jair Schulze(2015, p. 1)enumera os seguintes:

- (1) *A percepção de que todas as tecnologias existentes no mercado mundial são passíveis de uso pela sociedade brasileira*, isso porque sendo finitos os recursos da administração pública, “é impossível custear tudo a todos”;
- (2) *O pensamento de que o Judiciário é o caminho mais fácil*: muitos judicializam, diretamente, sem recorrer à via administrativa, o que fomenta, indevidamente, a análise *per saltum* da questão pelo Estado-Juiz;

- (3) *Ausência de visão técnica adequada do Judiciário na análise das postulações*, tal situação ocorre pelo fato de que nem sempre os juízes estão tecnicamente preparados para usar a medicina baseada em evidências na análise dos casos que são a eles levados, o que pode ensejar a prolação de decisões que contrariem o sistema público de saúde e a ciência; aumento do impacto financeiro com o alto número de condenações judiciais, o que influencia, diretamente, as contas públicas, uma vez que muitas vezes as decisões judiciais causam dificuldades administrativas, em especial para os municípios que despendem uma vultosa parte do seu orçamento com saúde em razão do cumprimento de decisões judiciais;
- (4) *Aparente desorganização da administração*, tendo em vista que o impacto financeiro da condenação impede que a Administração Pública fomente determinadas práticas ou políticas previamente programadas;
- (5) *Uso indevido da máquina do Judiciário*, por meio da propositura de ações desnecessárias;
- (6) *Benefício prioritário aos que judicializam*, em detrimento dos cidadãos que não buscam ou não podem acessar o Poder Judiciário.

A relação acima traz uma descrição sumária de algumas consequências do aumento da judicialização da saúde, constituindo-se missão da sociedade e do Poder Judiciário permitir a superação dos referidos aspectos negativos e o fortalecimento dos seus pontos positivos (SCHULZE, 2015, p. 1).

Nesse sentido, os juízes e tribunais de todo o país passaram a utilizar a salvaguarda ao mínimo existencial como critério para o deslinde das questões suscitadas. Tal situação pode ser aferida por meio da análise dos julgamentos proferidos no Recurso Especial nº 1.488.639/SE<sup>3</sup> (BRASIL, 2014) e no Agravo de

---

<sup>3</sup> Cuida-se de Recurso Especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado (fl. 183, e-STJ): CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO. GESTANTE PORTADORA DE TROMBOSE AGUDA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO REJEITADA. O Recurso em questão não foi provido pelo STJ, segundo o qual:

"[...] Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

Instrumento nº 0023587-85.2019.8.19.0000/RJ<sup>4</sup> (RIO DE JANEIRO, 2019). Todavia, a incongruência na definição do conteúdo do mínimo existencial apontava para a necessidade de criação, por parte dos julgadores, de outros parâmetros aptos a tornarem mais objetivas as decisões no âmbito do direito à saúde, reduzindo as dissidências jurisprudenciais em torno da matéria (DUARTE e VIDAL, 2020, p. 312).

Tais parâmetros de julgamento foram definidos, pelos nossos Tribunais Superiores, em ações paradigmáticas, cujos critérios estabelecidos funcionariam como medida para o julgamento das demandas sanitárias por todos os juízes e tribunais do país. Nesse sentido, citam-se as seguintes ações: Mandado de Segurança nº 8.895/DF (BRASIL, 2003)<sup>5</sup>, Suspensão de Segurança nº 3.073<sup>6</sup> (BRASIL, 2007) e Recursos Extraordinários números 657.718 e 566.471 (BRASIL, 2020).

---

Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal[...].”

<sup>4</sup> Cuida-se de Agravo de Instrumento, no qual figurou como agravante o Município de Volta Redonda e agravado Sebastião Alves André. Os desembargadores integrantes da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos conheceram do recurso para negar-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a decisão agravada. Encontram-se entre seus principais argumentos: “[...] uma vez demonstrada a necessidade do medicamento prescrito e a imprescindibilidade de seu uso, bem como verificada a existência de registro na ANVISA, não podendo a parte autora arcar com os custos para sua aquisição, impõe-se ao réu o dever de fornecê-los gratuitamente, independentemente de estarem ou não inseridos em lista fornecida pelo Ministério da Saúde ou Farmácia Básica do Município, porquanto o direito à vida e à saúde não é condicional”.

<sup>5</sup> O Mandado de Segurança em questão, impetrado por Roberto Thomaz da Silva em face do Ministro de Estado da Saúde, bem como do Secretário de Assistência à Saúde, possui a seguinte EMENTA: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da "retinose pigmentar" no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado. (STJ - MS: 8895 DF 2003/0014265-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 22/10/2003, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 07/06/2004 p. 151)

<sup>6</sup> Na Suspensão de Segurança nº 3.073, o Estado de Rio Grande do Norte requereu a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. Transcreve-se os principais pontos de sua EMENTA: 1. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica.[...] Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em

No julgamento do Mandado de Segurança nº 8.895/DF (BRASIL, 2003), o STJ dispôs, inicialmente, acerca do descabimento de pleito relativo a tratamento experimental no exterior, mediante a alegação, em síntese, do risco de desorganização do sistema de saúde; nesse sentido, também se manifestou o STF no julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.073 (BRASIL, 2007).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718 (BRASIL, 2019a), com repercussão geral reconhecida, o STF decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na ANVISA. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial, sendo possível excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da agência em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrararas); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil<sup>7</sup>.

Por sua vez, em decisão recente, proferida em 11/03/2020, analisando o Recurso Extraordinário nº 566.471 (BRASIL, 2020), o STF decidiu que o Poder Público não está obrigado a fornecer medicamentos de alto custo que não estejam no rol da lista do SUS, salvo em algumas situações, que ainda serão definidas na

---

questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões," o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo "(fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte[...]” (STF - SS: 3073 RN, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 09/02/2007, Data de Publicação: DJ 14/02/2007 PP-00021).

<sup>7</sup> Conquanto no momento da pesquisa que deu origem ao presente trabalho vigesse o entendimento do STF no sentido de não poder o Estado ser obrigado a fornecer medicamento sem registro na ANVISA, salvo em hipóteses excepcionais contidas na decisão (Recurso Extraordinário nº 657.718), posteriormente, verificou-se uma evolução da sua jurisprudência quando do julgamento do RE nº 1.165.959, julgado em sessão virtual encerrada em 18/06/2021, no qual restou fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na Anvisa, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.”

formulação da tese de repercussão geral. O processo encontra-se, no momento da escrita deste trabalho, com o Ministro Gilmar Mendes, que pediu vista dos autos na Sessão Virtual ocorrida entre 21/08/2020 a 28/08/2020.

Ainda no sentido de fornecer parâmetros para uma maior equalização das decisões proferidas no âmbito do direito à saúde, o STJ, no ano de 2018, proferiu decisão no Resp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018), representativo de controvérsia. A tese afetada consistiu na “obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)” (BRASIL, 2018). Trata-se, portanto, exclusivamente, do fornecimento de medicamento previsto no inciso I do art. 19-M da Lei nº 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. O STJ fixou a seguinte tese, para fins do art. 1.036 do CPC/2015<sup>8</sup>:

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 na ANVISA do medicamento<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

<sup>9</sup> Posteriormente ao julgado em questão, o STF analisou, através do julgamento do RE nº 657.718/MG, decidido em 22/05/2019, um aspecto específico sobre o tema: a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA. Nele, o Tribunal,

Não obstante as decisões emanadas dos Tribunais Superiores veicularem orientação para as demais decisões a serem proferidas no âmbito do direito à saúde, pelos juízes e tribunais de todo o país, de modo a frear a multiplicação do fenômeno da judicialização, a busca pela tutela jurisdicional não diminuiu.

Tal realidade encontra-se documentada nos dados contidos no Relatório Analítico Propositivo “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a partir de pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper, incidente sobre as demandas ajuizadas para a tutela do direito à saúde, entre 2008 e 2017, perante os Tribunais de Justiça Estadual e os Tribunais Regionais Federais das cinco regiões do país. O objetivo primordial do relatório em questão foi contribuir para a compreensão do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, por meio de uma pesquisa com representatividade nacional, de modo a orientar a atuação jurisdicional e aprimorar a solução de conflitos na área da saúde (BRASIL, 2019b).

Dentre as principais questões evidenciadas no relatório, além da constatação do aumento de 130% nas demandas de direito sanitário, em 1ª instância, entre os anos de 2008 e 2017, encontram-se: a disparidade do fenômeno da judicialização da saúde entre os estados brasileiros; a diversidade e amplitude das prestações sanitárias pleiteadas judicialmente; a vulnerabilidade econômica da maioria da população que busca a tutela jurisdicional da saúde e a preterição das demandas coletivas em prol das individuais. Será aqui destacada, por ser ponto central do presente trabalho, a constatação de que as decisões judiciais sobre direito sanitário carecem de uma fundamentação racional (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 315-335).

Conquanto esse assunto vá ser abordado, com maior profundidade, no próximo capítulo deste trabalho, cabe aqui esclarecer que, nos termos da teoria da

---

apreciando o tema 500 da repercussão geral, ao dar parcial provimento ao referido recurso, fixou, por maioria, a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União"

argumentação jurídica, de Robert Alexy (2020), para que um pronunciamento jurisdicional seja considerado racional, deve haver o cumprimento, por parte daquele que o profere, de uma série de condições, critérios ou regras, materializados na utilização de argumentos consistentes, uniformizados, objetivos e racionais (DUARTE; CARVALHO, 2012). Uma das maneiras de efetivação dessa racionalização compreende no emprego de fundamentação técnica (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 328), através do respaldo em instrumentos e manifestações de órgãos de apoio técnico aos magistrados.

Nesse sentido, juntamente aos esforços de padronização alcançados pelos Tribunais Superiores, por meio de sua jurisprudência, outras atitudes foram tomadas com o objetivo de reduzir as diferenças e consolidar parâmetros interpretativos, de modo a tornar as decisões no âmbito da saúde mais equânimes e, conseqüentemente, mais justas.

Nesse contexto, mencionam-se, em razão de sua elevada importância e sem a pretensão de esgotar o tema: a *Audiência Pública nº 4* (BRASIL, 2009), convocada em 2009, pelo STF, com o objetivo de possibilitar o debate acerca da judicialização da saúde, por meio da participação de diversos setores envolvidos, na busca por soluções judiciais; o *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*, criado pela Resolução nº 107, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, possuindo a incumbência de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos. As ferramentas implantadas para subsidiar os magistrados com informações técnicas e científicas no âmbito da saúde e assegurar decisões baseadas em evidências científicas são os Núcleos de Apoio Técnico ao Poder Judiciário Estaduais e Nacional (*NATs*) (BRASIL, 2019c), bem como a plataforma e-NatJus Nacional, que já reúne 80 pareceres e cerca de 8.800 notas técnicas, além de 17.000 notas técnicas registradas pelos NatJus estaduais (informação coletada no portal TRF2). A previsão/obrigatoriedade de adoção dos *NATs* por todos os Estados foi instituída em 2016, por meio da Resolução nº 238/16, do CNJ.

O Fórum da Saúde, do CNJ, que em nível nacional atua por intermédio do comitê nacional, realizou nos anos de 2014, 2015 e 2019 três *Jornadas de Direito da Saúde* (BRASIL, 2019d). As jornadas em questão tiveram por objetivo a formulação

de enunciados para orientar os magistrados em decisões que envolvam a temática da saúde e culminaram na elaboração de 103 enunciados interpretativos<sup>10</sup>.

Além das iniciativas acima, importante citar a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS – *CONITEC* (BRASIL, 2011). Criada pela Lei 12.401 de 28 de abril de 2011 (BRASIL, 2011), tem por finalidade assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, alteração ou exclusão, pelo SUS, de tecnologias em saúde, como medicamentos, produtos e procedimentos, assim como na constituição ou na alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Trata-se de iniciativa diferente dos NATs; sendo parte de uma tentativa do Ministério da Saúde em tornar as decisões por incorporações de novas tecnologias ao SUS mais transparentes e responsivas aos diferentes atores – pacientes, médicos, indústria farmacêutica e gestores.

Analisando os dados do Relatório Analítico Propositivo “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução” (BRASIL, 2019b), Duarte e Vidal(2020, p. 329) explicitam:

Em levantamento junto aos Tribunais de Justiça do país, verificou-se que a CONITEC foi mencionada em 0,51% dos acórdãos proferidos, ao passo que o NATs e os Protocolos clínicos foram apontados em 15,06% e 5,83% das decisões, respectivamente (BRASIL, 2019c).

[...]

No que tange aos enunciados instituídos pelas Jornadas Nacionais de Direito da Saúde, realizadas em 2014 e 2015, o Relatório em tela apurou, a partir de busca pelas palavras e expressões “enunciado”, “enunciados”, “jornadas de saúde”, “jornada de direito da saúde” e “jornada de direito à saúde”, que, em 1ª instância, foram somente dezenove ocorrências em um universo de 107.497 decisões; em 2ª instância, foram duas as citações entre 82.233 decisões (BRASIL, 2019c)<sup>11</sup>.

Os dados do relatório do CNJ demonstram, com clareza, que a judicialização no país vem sendo utilizada como meio de efetivação do direito à saúde. Tal constatação traduz a necessidade de uma maior racionalização e

---

<sup>10</sup> Posteriormente à pesquisa realizada no presente trabalho verificou-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou, no dia 09 de setembro de 2022, a IV Jornada Nacional de Direito da Saúde, na qual foi apresentado o “Plano Nacional para o Poder Judiciário – Judicialização e Sociedade: ações para o acesso à saúde pública de qualidade”, de modo a oferecer nortes de atuação dialógica junto às Secretarias de Saúde com o fim de melhorar a prestação dos serviços, evitando, assim, sua judicialização. Foram apresentadas, também, as novas funcionalidades da Plataforma E-NATJUS, que facilitarão a utilização do sistema pelos magistrados, além de propiciar a pesquisa e a extração de relatórios quantitativos e qualitativos a respeito das doenças, dos medicamentos e dos procedimentos demandados.

<sup>11</sup> O Relatório não abarcou o exame dos enunciados aprovados pela III Jornada, realizada em 2019, ou seja, após a pesquisa do Insper.

padronização nas decisões judiciais, o que deve ser alcançado mediante processo argumentativo que considere as peculiaridades do caso levado a juízo, bem como as possibilidades fáticas e jurídicas que o permeiam.

Aqui cumpre fazer uma importante ressalva: conquanto a baixa referência, por parte do Poder Judiciário nacional, aos órgãos e instrumentos de apoio técnico a ele disponibilizados sinalize uma deficiência na padronização argumentativa, tal fato não enseja a conclusão no sentido da existência “de uma indevida ingerência jurisdicional na garantia do direito à saúde, mesmo porque os magistrados não se encontram atrelados àqueles meios de padronização, que sequer podem ser concebidos como exaustivos” (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 332). Tal conclusão se deve ao fato de que a função jurisdicional não se restringe a reiterar o conteúdo de diplomas infralegais, mas consiste em fazer cumprir os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, de modo a suprir as indevidas omissões por parte do Poder Público, garantindo aos cidadãos a igualdade material e as condições mínimas para desfrutarem de liberdade, tendo como perspectiva o “princípio da integralidade de acesso às prestações sanitárias” (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 332).

Além do que foi dito, uma maneira relevante de se alcançar a pretendida racionalidade nas decisões judiciais proferidas no âmbito do direito à saúde consiste na consideração da “essencialidade da prestação”, razão pela qual a delimitação do conteúdo essencial do direito à saúde se faz tão importante (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 332).

Nesse sentido e conforme já exposto no tópico referente ao direito social à saúde, adota-se o conceito de Duarte (2020, p. 186-187), para a qual a essencialidade da prestação de saúde corresponde ao grau grave de importância de satisfação.

Caracteriza-se pela elevada essencialidade das prestações voltadas para a tutela da vida, além daquelas intensamente atreladas à noção de dignidade humana, capazes de garantir aos cidadãos condições mínimas de saúde e sua inserção nos meios social e político.

A constatação do vertiginoso aumento do fenômeno da judicialização da saúde no país denota que a busca por uma decisão judicial favorável vem sendo utilizada, pela população, como meio de efetivação do direito à saúde. Esse cenário traduz a necessidade de uma maior racionalização e padronização nas decisões judiciais. A aplicação da teoria da argumentação jurídica alexyana no processo

decisório ao mesmo tempo que conduz a um controle crítico da decisão judicial, afastando o decisionismo jurídico, materializa a segurança jurídica e a igualdade, proporcionando a otimização da prestação jurisdicional e a uniformização do entendimento sobre o tema (DUARTE; CARVALHO, 2012).

A racionalização e conseqüente otimização da prestação jurisdicional assume maior importância no âmbito do direito à saúde. Neste sentido, afirma PIMENTA (2021, p. 27) que,

Ao prestigiar a isonomia, a atuação jurisdicional fomenta a busca pela universalização da cobertura do Sistema Único de Saúde, garantindo o mínimo essencial ao maior número possível de usuários, o que vai ao encontro da dignidade da pessoa humana e da opção social do constitucionalismo contemporâneo.

Tal desiderato deve ser alcançado mediante processo argumentativo que considere as peculiaridades do caso levado a juízo, bem como as possibilidades fáticas e jurídicas que o permeiam. Acredita-se que a adoção de uma racionalidade argumentativa, assegurada, em especial, pela delimitação da essencialidade das prestações e por uma padronização técnica, oriunda do diálogo entre os diferentes atores implicados na efetivação do direito à saúde, poderá refletir na otimização da prestação jurisdicional e conseqüente fruição do direito previsto constitucionalmente (DUARTE; VIDAL, 2020, p. 335).

## CAPÍTULO 2 – TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

### 2.1 DISCURSO JURÍDICO – TESE DO CASO ESPECIAL

Em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy (2020, p. 161) conceitua os discursos, em geral, como sendo “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições” (ALEXY, 2020, p. 161). Os discursos *práticos* tratam da correção das proposições normativas, ao passo que o discurso *jurídico* é concebido como um “caso especial do discurso prático geral” (ALEXY, 2020, p. 161), que se processa mediante condições limitadoras, como a *lei*, a *doutrina* (dogmática) e os *precedentes* (ALEXY, 2020, p. 161). Na teoria alexyana, os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de normas jurídicas, produzindo-se, com isso, a transição para o discurso jurídico (ALEXY, 2020, p. 183). Tais limites do discurso prático geral se encontram no fato de que, em tais discursos, podem ser fundamentadas regras que permitem decidir entre duas soluções contraditórias, mas discursivamente possíveis, bem como não chegar a um acordo discursivo (ALEXY, 2020, p.183).

Os discursos jurídicos assumem diversas formas, quais sejam, a deliberação parlamentar, o discurso da dogmática jurídica e o discurso judicial. Tal qual o discurso prático geral, também faz referência ao que pode ser feito ou omitido e formula a pretensão de correção (ALEXY, 2020, p.188-189). A diferença entre o discurso prático geral e o discurso jurídico em suas diversas formas se dá uma vez que *a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente* (ALEXY, 2020, p. 189).

De vital importância para a formação do pensamento alexyano, o tema *pretensão de correção* foi brilhantemente analisado por Toledo em seu artigo “*Pretensão de Correção no Pensamento de Robert Alexy – Da necessária formulação da pretensão de correção pelo Direito e da necessária conexão entre Direito e Moral*”. Nele, analisando o tratamento dado por Alexy ao tema pretensão de correção desde sua primeira referência, na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, até sua atual abordagem nos últimos textos do autor, de modo a demonstrar o seu desenvolvimento ao longo de cinco décadas, Toledo (no prelo, p. 18) a conceitua como sendo a “pretensão de validade levantada no discurso prático, do qual o discurso jurídico é um caso especial”.

Toledo (no prelo, p. 18) preceitua que pelo fato de o discurso prático geral não ser suficiente para a resolução “dos problemas de coordenação e cooperação da vida social”, uma vez que nele não se chega necessariamente a decisões, o discurso jurídico revela-se essencial por nele se obterem decisões que, por se revestirem de institucionalidade, porquanto advindas do Estado, asseguram a segurança jurídica nas relações sociais. Dessa forma, sendo a Moral insuficiente para a garantia da segurança jurídica, reclama-se o império do Direito, o que comprova a necessária conexão entre ambas as esferas normativas, no âmbito do Estado Democrático de Direito (TOLEDO, no prelo, p. 18).

Tal como o discurso prático geral, o discurso jurídico trata de enunciados normativos e levanta a pretensão de correção, encontrando-se, porém, vinculado aos chamados argumentos institucionais – leis, precedentes e doutrina, diferentemente do que ocorre com o primeiro.

Afirma Toledo (no prelo, p. 18)

Sob esse prisma discursivo, a pretensão de correção significa a *ideia regulativa* de que enunciado normativo afirmado deve ser acertado. A demonstração de sua correção ocorre mediante sua fundamentação, a qual é a exposição de razões que justificam o seu acerto. A exposição de razões e contra-razões relativas a enunciados normativos trata-se do próprio discurso prático (se o conteúdo dos enunciados normativos forem questões pragmáticas, éticas ou morais) ou jurídico (se o conteúdo dos enunciados normativos forem leis, precedentes ou doutrina).

Delimitado o conceito de pretensão de correção, Toledo (no prelo, p. 19) passa a analisar, do ponto de vista da teoria do discurso, a *tese da necessidade*, que assevera a presença da noção de necessidade em dois âmbitos: (i) necessidade da formulação de pretensão de correção pelo Direito, e (ii) necessidade de conexão entre o Direito e a Moral.

A primeira (i) é sustentada pelo fato de ser a pretensão de correção “pressuposto implícito aos atos de fala jurídicos – leis e decisões judiciais” – pretensão de correção *formal*; a segunda (ii), que diz respeito ao aspecto substancial da correção ou à pretensão de correção *material*, evidencia-se, especialmente, nos casos difíceis, nos quais existe lacuna legal (ausência de regulamentação da matéria pelo direito positivo). Em casos como esses, diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e do princípio do *non liquet*, o juiz não pode se esquivar de proferir decisão à questão suscitada em juízo, não podendo fazê-lo

com base em suas concepções pessoais e intuições, o que se caracterizaria como *decisionismo*, nem como se legislador fosse, o que configuraria *ativismo judicial* (TOLEDO, no prelo, p. 19).

Por essa razão e sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, no caso de lacuna legal, o juiz deverá se valer dos argumentos que compõem o discurso prático geral – argumentos pragmáticos, éticos e morais. Afirma Toledo (no prelo, p. 19) serem os argumentos em questão

[...] enunciados normativos que estipulam o que *deve ser feito*, ainda que tenham enfoques distintos, segundo o que é *adequado, bom* ou *justo*, respectivamente. Isto é, são normas que envolvem não apenas o valor *justiça*, mas também a *tradição* e *cultura* dos envolvidos, assim como seus *interesses* e *necessidades*.

Assim dizendo, prossegue Toledo (no prelo, p.19) no sentido de que sendo correta a tese do caso especial, não resta ao juiz outra alternativa, diante de lacuna legal, salvo utilizar os argumentos morais “(conexos aos argumentos éticos e pragmáticos, mas a eles prioritários)” para a integração do direito positivo, tratando-se, dessa forma, de uma vinculação *necessária*. Sendo assim, ausentes os argumentos institucionais próprios do discurso jurídico, deverá o juiz, “inequivocamente”, se valer dos argumentos não institucionais, típicos do discurso prático geral, o que denota a necessária conexão entre Direito e Moral.

Nesse sentido, afirma Toledo (no prelo, p. 20):

[...]da conexão necessária entre Direito e Moral advém a também necessária vinculação entre Direito e Justiça, bem como entre pretensão de correção e pretensão de justiça, porquanto questões de justiça são questões morais. Assim, Alexy conclui dizendo que a norma satisfará a pretensão de correção material se, do ponto de vista do conteúdo, for “possível falar em correção moral ou simplesmente em justiça”.

Ainda no sentido no sentido da complementariedade existente entre a argumentação prática geral e a argumentação jurídica, e ao tratar do papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico, Alexy dispõe que a argumentação prática geral pode ser necessária (2020, p. 245-246),

(1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levem a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados

dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.

Para Alexy, embora possam se utilizar, no lugar de argumentos práticos de tipo geral, enunciados dogmáticos ou enunciados de precedentes, tal situação ocorre sempre de forma provisória. Isso porque os enunciados dogmáticos nem sempre podem ser fundamentados a partir de enunciados dogmáticos. Para a sua compreensão, assim como para a fundamentação da aplicabilidade dos precedentes, é necessária, em última instância, a utilização de argumentos práticos de tipo geral. Conclui-se, pois, que a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica (ALEXY, 2020, p. 246).

Alexy (2020, p. 247) ao tratar, especificamente, do discurso jurídico e do discurso prático geral reafirma a “inextricável união do discurso jurídico com o discurso prático geral” citando quatro aspectos desta vinculação: (1) a necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral; (2) a coincidência parcial na pretensão de correção; (3) a coincidência estrutural das regras e formas do discurso jurídico com aquelas do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentos práticos gerais no âmbito da argumentação jurídica.

A necessidade do discurso jurídico em virtude da natureza do discurso prático geral (1) surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que, em diversos casos, não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva. No que tange à coincidência parcial com a pretensão de correção (2), importante frisar que, diversamente do que ocorre na argumentação prática geral, a pretensão de correção na argumentação jurídica não se refere à necessidade absoluta de racionalidade dos enunciados normativos em questão, mas à sua fundamentabilidade racional no âmbito do ordenamento jurídico vigente. Por sua vez, a conexão do discurso jurídico com o discurso prático geral evidencia-se, especialmente, na (3) coincidência estrutural entre as regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral. Outrossim, o aspecto mais frequentemente ressaltado acerca da vinculação entre ambas as formas de discurso não consiste na referida coincidência estrutural, mas sim na (4) necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica.

Viu-se, até aqui, que a argumentação jurídica depende, normalmente, da argumentação prática geral e que, por essa razão, pode-se falar que a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica. Neste ponto, importante frisar que o fato de a argumentação jurídica depender da argumentação prática geral não significa que seja idêntica ou que se possa reduzir a ela. A argumentação jurídica pode ser vista como uma “forma especial da argumentação prática geral” que é exigida por razões práticas do tipo geral; que é dependente, quanto à sua estrutura, de princípios gerais; que não pode prescindir da argumentação prática geral; que se dá segundo formas especiais de acordo com regras especiais e sob condições especiais; e que não se restringe à argumentação prática geral (ALEXY, 2020, p. 251).

Com base no exposto, tem-se que as debilidades do discurso prático geral se amenizam de forma considerável no discurso jurídico, fator esse que confere à Ciência do Direito o caráter de uma ciência ou de uma atividade racional. Isso porque não é a produção de segurança que constitui o seu caráter racional, mas sim o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, os quais foram evidenciados na obra de Alexy. A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá, nesta investigação, mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas, e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão de correção que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como “correto”. As regras e formas do discurso jurídico constituem, por isso, um critério de correção para as decisões jurídicas (ALEXY, 2020, p. 252-253).

## 2.2 TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Na Apresentação à Edição Brasileira da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy (2020), Toledo (ALEXY, 2020, p. 1) assevera que, apesar de algumas críticas acerca da utilidade do estudo de uma teoria da argumentação jurídica em países periféricos, que ainda caminham para se tornarem “verdadeiros Estados Democráticos de Direito”, em virtude, especialmente, de suas desigualdades sociais, é mediante a “observância de critérios e objetivação de metas” que podem tais Estados se pautar para a consecução dos ideais de “institucionalização da democracia”, por meio de seus procedimentos

argumentativos em qualquer instância, desde a intersubjetiva particular quanto a pública, realizada nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Quanto mais se cumprem as regras da argumentação jurídica, maiores são as chances de consensos fundados que consolidam a democracia estatal (ALEXY, 2020, p.1).

Toledo (ALEXY, 2020, p. 2) destaca que, dentro desse contexto, surge o trabalho pioneiro de Robert Alexy, na elaboração de uma teoria da argumentação jurídica. Baseado na teoria do discurso prático racional geral, Alexy desenvolve a sua teoria demonstrando a necessária integração existente entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral (abordada no tópico anterior). Aponta as formas e regras dos argumentos jurídicos, chamadas de *formas e regras de justificação interna* e de *justificação externa*, com as quais se satisfaz a exigência de consistência da decisão jurídica, promovendo, cada vez mais, a sua controlabilidade, quesito esse indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade de um Estado Democrático de Direito. O objetivo direcionador da tese de Alexy é a análise do discurso jurídico, e a formulação de regras e formas para sua correção (ALEXY, 2020, p. 4).

Toledo (ALEXY, 2020, p. 6-7) segue explicando que se trata de uma teoria analítico-normativa do discurso; é analítica porquanto explica a estrutura do discurso (desvendando o que estava implícito), e normativa por estabelecer como algo *deve ser*. Para que se obtenha o máximo de racionalidade no discurso, são necessárias, dentre outras, as seguintes regras: 1) qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção; 2) se o falante aplicar um predicado a determinado objeto, deve aplicá-lo também a qualquer outro objeto semelhante nos aspectos essenciais; 3) o falante não pode se contradizer; 4) o falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; 5) o falante não pode usar a mesma expressão que outros falantes com significados diferentes; 6) o falante deve fundamentar o que afirma se lhe for pedido.

De acordo com Toledo (ALEXY, 2020, p. 8),

O objetivo retor de Alexy é, precisamente, esclarecer como pode ser também o *discurso jurídico* fundamentado *racionalmente*, satisfazendo a pretensão de correção, indispensável à sua validade. A diferença entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral está em ser o primeiro vinculado ao *direito vigente*, apresentando-se por isso como um *caso especial* do discurso prático racional geral.

No sentido acima exposto e conforme tratado no tópico anterior do presente trabalho, todas as regras diretivas da racionalidade do discurso prático geral são aplicadas também ao discurso jurídico, devido à integração entre eles. Conforme Toledo (ALEXY, 2020, p. 9), a racionalidade e a universalidade, próprias do discurso prático geral conferem ao discurso jurídico a necessária legitimidade e controlabilidade das decisões judiciais, favorecendo a imparcialidade do discurso, de modo a consolidar a democracia e o Estado Democrático de Direito.

Quanto mais pautada em critérios objetivos, mais racional será a decisão. A utilização das regras e formas da argumentação jurídica, ao possibilitar a fundamentação dos argumentos nela utilizados, conduz à sua racionalidade e universalidade. Tal universalidade consiste no fato de que qualquer um, empregando os mesmos parâmetros descritos na decisão, poderá chegar à mesma conclusão. Essa possibilidade, que torna a decisão universalizável, não significa, contudo, a existência de uma única resposta correta no discurso jurídico.

Conquanto a amplitude da abrangência normativa do ordenamento jurídico impossibilite a determinação de um único resultado correto, mediante a argumentação jurídica (tal como ocorre no discurso prático geral), em face da especificidade do discurso jurídico, é essencial a formulação de regras que lhe são próprias, além das regras do discurso prático geral. Trata-se das *formas e regras de justificação interna e de justificação externa* do discurso jurídico.

Como expõe Toledo (ALEXY, 2020, p. 15), para Alexy, a procedimentalidade da teoria da argumentação jurídica é vinculada aos limites de um modelo procedimental de quatro graus: o discurso prático geral; o procedimento legislativo; o discurso jurídico; e o procedimento judicial. Dessa forma, a premissa que chega ao discurso jurídico já passou por todas as regras do discurso prático racional geral e por todo o debate do procedimento legislativo, positivando-se em lei. Esse caminho a ser percorrido para a determinação, no caso concreto trazido ao procedimento judicial, de direitos definitivos a partir de direitos *prima facie*, apenas se faz discursivamente, seguindo-se de maneira obrigatória as formas e regras da argumentação jurídica para ser tido como racional, ou seja, como correto – a despeito, mais uma vez, de não se afirmar como o único necessariamente possível. Formalmente, a controlabilidade da decisão judicial somente pode ser feita pelo exame do procedimento racional de justificação efetivado, pelo que se afasta, na

maior medida possível, a arriscada arbitrariedade de um decisionismo na esfera dos três poderes estatais e, em especial, no âmbito do Poder Judiciário.

Por mais que exista uma margem aceitável de subjetividade do julgador, fato que não se discute, isso não pode conduzir a uma decisão que seja fruto, exclusivamente, de valorações maculadas por convicções subjetivas, o que afronta diretamente a democracia. As escolhas do julgador devem ser passíveis de objetivação, o que ocorrerá por meio das normas do direito positivo e das regras de argumentação jurídica. Obviamente, a aplicação de tais normas e regras não ensejará uma objetividade absoluta, mas o fará na maior medida possível.

Ao tratar dos traços fundamentais da argumentação jurídica e ao afirmar tratar-se o discurso jurídico da justificação “de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas”, Alexy (2020, p. 195) distingue dois aspectos do processo de justificação: a *justificação interna* e a *justificação externa* (ALEXY, 2020, p. 195).

Na *justificação interna* se verifica se a decisão decorre logicamente das premissas do silogismo jurídico, devendo-se desenvolver o maior número de etapas possíveis na argumentação jurídica. Alexy (2020, p. 196-201) identifica as seguintes regras da justificação interna:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M<sup>1</sup>, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

De acordo com Alexy (2020, p. 201), as regras e formas da justificação interna se referem à estrutura *formal* da fundamentação jurídica. Sua importância primordial consiste na “segurança da universalidade”. Designam-se “regras e formas da justiça formal”. Acrescentar ou apresentar tais regras proporciona a consistência da decisão judicial, contribuindo, dessa forma, para a justiça e para a segurança jurídica. A racionalidade garantida pela adoção das regras de justificação interna, acima vistas, refere-se à racionalidade das premissas.

Por sua vez, o juízo acerca da racionalidade de uma decisão pertence ao campo da justificação externa, conforme Alexy (2020, p. 203). A *justificação externa* tem como objeto a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Tais premissas podem ser de diferentes tipos, distinguindo-se em: (1) regras de direito positivo; (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. A esses diferentes tipos de premissas correspondem diferentes métodos de fundamentação. A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar a sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas, pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo, aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica” (ALEXY, 2020, p. 203).

Pelo fato de a justificação externa se desenvolver, sobretudo, com base em argumentos institucionais (leis, precedentes e doutrina), suas regras possuem intrínseca relação com esses argumentos, classificando-se nos seguintes grupos: regras e formas (1) *de interpretação*, (2) *da argumentação da Ciência do Direito (dogmática)*, (3) *do uso dos precedentes*, (4) *da argumentação prática geral* e (5) *da argumentação empírica*, assim como (6) *das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos* (ALEXY, 2020, p. 204).

Alexy (2020, p. 206-219) especifica as seguintes regras de interpretação:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

Os cânones hermenêuticos podem ser: *semânticos*, *genéticos*, *históricos*, *comparativos* e *sistemáticos*, e ao discorrer sobre seu peso, Alexy (2020, p. 207-214, 219) considera que conquanto eles não forneçam a garantia de que se

“encontre o único resultado correto...com uma segurança relativamente grande”, não consistem em “simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão”, constituindo-se em ferramentas de que tem de se servir a argumentação jurídica se pretende atingir a pretensão de correção, que nela se afirma.

Conforme Alexy (2020, p.231-237), as regras de *argumentação dogmática* são as seguintes:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

Na *argumentação dogmática*, tem-se um controle de consistência da decisão judicial, de modo a se descobrir todos os argumentos possíveis, em busca de uma maior coerência do *decisum*. Tal finalidade se concretiza mediante a análise do direito vigente (tanto por um viés descritivo, quanto sistemático e conceitual), com a elaboração de propostas, por parte da doutrina, para a solução de questões jurídicas, possibilitando a sistematização de respostas uniformizadas para tais questões (SILVA, 2020, p.40-41).

As regras de uso dos *precedentes* são:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.(ALEXY, 2019, p.240)

Para Alexy (2020, p. 241), “o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”. Dessa forma, tem-se que “o Direito do precedente é também um Direito de normas”. A sua utilização se mostra, assim, como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nesse sentido, racional. Referido uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de tipo geral (ALEXY, 2020, p.241).

Em relação à *argumentação empírica*, conquanto não seja objeto de uma análise minuciosa na obra de Alexy (2020), depreende-se estar contida em quase todas as formas de argumentação jurídica e de argumentação prática geral. Além

disso, sua importância encontra-se expressa por uma regra de transição do discurso prático geral que se aplica, igualmente, ao discurso jurídico. Trata-se da regra 6.1 que apregoa que “para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)” (ALEXY, 2020, p.182).

*As regras e formas de argumentos jurídicos especiais* se referem à analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum* (ALEXY, 2020, p.241). Para o uso das formas de argumentos jurídicos especiais vigora a regra J.18, segundo a qual “as formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas” (ALEXY, 2020, p.245).

Finalmente, Alexy (2020, p. 167-182) formula as seguintes regras da *argumentação prática geral* (que também integram o discurso jurídico): regras fundamentais, de razão, sobre a carga da argumentação, as formas de argumento, de fundamentação e de transição. A argumentação prática geral pode ser necessária:

(1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levem a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. (ALEXY, 2019, p.245-246)

Conforme Toledo (ALEXY, 2020, p. 11),

Com essas regras e formas de justificação interna e externa do discurso jurídico, satisfaz-se a exigência de *consistência* da decisão jurídica, promovendo, cada vez mais, sua *controlabilidade*, quesito indispensável para a promoção da *legalidade* e da *legitimidade* em um *Estado Democrático de Direito*.

Verifica-se que a teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, fornece parâmetros para justificar uma escolha, dentre alternativas decisórias possíveis, de modo a proporcionar uma prática jurídica mais racional e, conseqüentemente, sujeita a um maior controle, o que é de grande valia para a cientificidade do Direito. Não se trata de alcançar uma “exatidão numérica do processo decisório” (SILVA, 2019, p.38), mas sim uma racionalidade na maior medida do possível.

As regras acima vistas têm o condão de oferecer critérios pelos quais o julgador deve se pautar na fundamentação da decisão; quanto mais e melhores tais

regras forem seguidas, mais racional ela será. Com o estabelecimento de critérios para justificações, o que se busca é uma elevação do grau de racionalidade das decisões judiciais. A teoria da argumentação jurídica de Alexy se funda na demonstração da viabilidade de um discurso racional, no âmbito da fundamentação jurídica, o que é atingido mediante o cumprimento dos procedimentos traçados pelas regras discursivas descritas (SILVA, 2019, p.42).

### 2.3 TIPOLOGIADOS ARGUMENTOS

Para o estudo analítico das decisões judiciais examinadas neste trabalho, foi efetuado o registro da situação fática configuradora do caso concreto em debate, das suas principais razões fundamentadoras e de seu dispositivo, passando-se à utilização, propriamente dita, dos elementos constantes da teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, acima vistos (2020). Foram então selecionados os dados dos acórdãos relativos à justificação interna do discurso jurídico, seguindo-se então para a justificação externa.

Na *justificação interna*, foram considerados os argumentos institucionais, ou seja, as razões autoritativas caracterizadoras do discurso jurídico – os *dispositivos normativos*, os *precedentes* e a *doutrina*. Por se tratar o discurso jurídico de um “caso especial do discurso prático geral”, que se processa mediante condições limitadoras, como a lei, a doutrina (dogmática) e os precedentes, tais argumentos possuem primazia, *prima facie*, em relação aos demais tipos de argumentos (ALEXY, 2020, p. 161, 187-188).

Neste ponto, importante frisar a diferença de vinculação que existe em relação a cada um dos argumentos institucionais. A vinculação do discurso jurídico à lei é maior do que sua vinculação à jurisprudência, que por sua vez também é maior do que à doutrina (TOLEDO, 2021, p. 86). Conquanto a existência dos diferentes graus de vinculação, a presença de ao menos uma razão institucional é condição necessária para que a decisão seja considerada um discurso jurídico. Neste sentido, as regras de justificação interna J.2.1 e J.2.2 estabelecem que a decisão judicial deve se pautar, ao menos, em uma norma universal, de modo que, se tal norma não constar da legislação, deverá ser buscada nos demais argumentos institucionais (TOLEDO; BAPTISTA; CASTILHOS, no prelo).

Na *justificação externa*, de acordo com a tipologia proposta por Alexy (2020, p. 204), foram adotados os “seis grupos de regras e formas de justificação externa” – *cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, argumentos de precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos*. Conquanto tratados no tópico anterior, abaixo será explicado, de forma esquemática, a que se refere cada uma destas categorias de argumentos.

Os *cânones hermenêuticos* são, conforme Alexy (2020, p. 207-214):

- a) *Cânone Literal*: também chamado de *argumento semântico*, é utilizado para justificar, criticar ou mostrar que uma interpretação é admissível a partir do conteúdo semântico do dispositivo normativo;
- b) *Cânone Genético*: tal cânone é utilizado para expressar o teor da norma em conformidade com a vontade do legislador;
- c) *Cânone Histórico*: trata-se da exposição de fatos relativos à história do problema jurídico discutido como razões para fundamentação do sentido atribuído à norma;
- d) *Cânone Comparativo*: seu uso se dá na forma de comparação entre o sistema jurídico nacional com os sistemas jurídicos estrangeiros;
- e) *Cânone Lógico-sistemático*: consiste na interpretação e atribuição de sentido a um dispositivo normativo em relação a outras normas, fins e princípios do interior do sistema jurídico;
- f) *Cânone Teleológico*: orienta a decisão tendo como referência os fins “prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente”, com base em “argumentação racional”.

A *dogmática do Direito* é definida por Alexy (2020, p. 219-237), como uma (1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.

Acerca dos *precedentes*, em sua obra, Alexy (2020, p. 237-241) estabelece duas considerações diferentes: (1) o papel da sua observância do ponto de vista da teoria do discurso jurídico por ele esboçada; e (2) a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico. Conforme já visto, conquanto o princípio da universalidade constitua o fundamento do uso dos precedentes, tratando-se de exigência própria à concepção formal de

justiça, que consiste em tratar os iguais de igual maneira, não pode ser o princípio exclusivamente seguido. Isso porque é possível que um caso seja igual a outro anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira, porque a valoração dessas circunstâncias mudou. Neste caso, se se quisesse seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível proferir decisão diferente da anterior. Em situações como esta, surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo-se afastar-se deles, mas cabendo, em tal circunstância, a carga da argumentação a quem queira se afastar. Tal ocorre por aplicação do princípio da inércia perelmaniano, segundo o qual uma decisão só pode ser mudada se podem ser apresentadas razões suficientes para tanto (ALEXY, 2020, p. 237-241).

Os *argumentos jurídicos especiais* são constituídos pela analogia, *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*. Neste ponto, Alexy (2020, p. 241-245) afirma que, tal como acontece com os cânones hermenêuticos, o uso das formas de argumentos jurídicos especiais só é racional na medida em que forem saturados e em que os enunciados inseridos para a saturação puderem ser fundamentados no discurso jurídico.

Os argumentos não institucionais integram a *argumentação prática geral* e são compostos por razões não autoritativas, classificadas por Habermas como pragmáticas, éticas ou morais (HABERMAS, 1989, p. 11-12; HABERMAS, 2020, p. 213-215). Em analogia às razões que formam seu conteúdo, os argumentos não institucionais práticos gerais podem ser classificados como:

- (a) *Argumentos pragmáticos*: dizem respeito aos critérios de eficiência e utilidade para a escolha de um meio necessário para a realização de um fim;
- (b) *Argumentos éticos*: correspondem a valores concretos de uma determinada coletividade ou de um determinado indivíduo e concernem ao modo de vida compartilhado, ou seja, ao conjunto de valores, crenças e ideais de uma sociedade concreta;
- (c) *Argumentos morais*: imperativos categóricos relacionados ao princípio da universalidade. Sua distinção para os argumentos éticos está justamente na abstração de uma comunidade política concreta, bem como na sua pretensão de universalidade.

Por fim, no tocante à *argumentação empírica*, foram considerados argumentos relativos a  *fatos concretos* e a  *dados científicos*. Ao tratar da

argumentação empírica, Alexy (2020, p. 205) afirma que sua relevância consiste no fato de quase todas as formas de argumentação prática geral incluírem enunciados empíricos, que nada mais são do que “enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas”. Podem se tratar, também, de enunciados sobre dados das ciências naturais ou sociais ou sobre ações, acontecimentos ou estados de coisas (passados, presentes e futuros), podendo corresponder às diversas áreas da ciência (ALEXY, 2020, p. 205).

## 2.4 RACIONALIDADE DO DISCURSO

Para uma melhor compreensão dos critérios e tipos de racionalidade utilizados na segunda fase deste trabalho (pesquisa empírico-documental), faz-se necessária a análise do que está sendo chamado de racionalidade.

Ao analisar as relações entre Direito e Razão, Norberto Bobbio (1980, p. 18-19, 25) leciona que, durante a história da Filosofia do Direito, o termo “razão” já foi utilizado em dois sentidos: forte e fraco. O sentido forte, comum às teorias jusnaturalistas, corresponde à faculdade própria aos seres humanos de alcançarem a essência das coisas, chamada comumente pelos juristas de “natureza das coisas”, identificando, dessa forma, as leis de conduta absolutamente vinculantes. Por outro lado, o sentido fraco do termo razão corresponde à capacidade de raciocínio nas suas mais diversas formas, nas quais se incluem as inferências, os cálculos, as argumentações, dentre outras. De acordo com Bobbio, hodiernamente, prevalece o uso da razão em seu sentido fraco, pelo fato de ser predominante o seu uso formal e instrumental.

Aqui importante frisar ser o sentido fraco do termo racionalidade o condizente com a teoria da argumentação jurídica. Isso ocorre pelo fato de que, como bem ressaltou Bobbio (1980, p. 26), as atuais teorias da decisão racional respondem à pergunta sobre qual é a melhor conduta dentro de um contexto específico. Por se tratar a teoria da argumentação jurídica de uma teoria procedimental, o seu foco não consiste em traçar as respostas corretas para um caso concreto, mas sim em definir procedimentos e formas para que se chegue a um consenso racional fundado no melhor argumento.

Por esse ângulo, existem três formas pelas quais a racionalidade se pronuncia:

- *Racionalidade lógica*: relaciona-se à validade do raciocínio dedutivo, por meio do qual se infere a conclusão de um conjunto de premissas que sejam consistentes e corretas do ponto de vista linguístico (AARNIO, 1991, p. 247; PECZENIK, 2009, p. 47);
- *Racionalidade substancial(ou de suporte)*: referente à racionalidade da própria premissa (PECZENIK, 2009, p. 47);
- *Racionalidade discursiva*: correspondente à adoção de um procedimento discursivo sujeito a regras que garantam a igualdade, liberdade de forças e universalidade dos participantes do discurso (AARNIO, 1991, p. 247; PECZENIK, 2009, p. 47).

Para uma melhor compreensão do que seja cada um dos tipos de racionalidade acima descritos, proceder-se-á ao seu detalhamento a seguir.

#### 2.4.1 Racionalidade lógica

Peczenik (2009, p. 157) e MacCormick (2008, p. 247-249) afirmam que a *racionalidade lógica* se satisfaz por meio da *correção linguística* e da *consistência*, que tem como elemento mínimo a não contradição.

AulisAarnio (1991, p. 254), por sua vez, afirma que a racionalidade lógica é também composta por outras regras da Lógica Formal, tais como o *princípio do terceiro excluído* e a *regra da transitividade*. Conquanto seja apropriada a observação de Aarnio de que outros princípios integrantes da Lógica Formal fornecem parâmetros para a análise das decisões, entende-se que o ponto de vista de Peczenik e MacCormick, quanto ao conceito de consistência, seja o mais adequado, tendo em vista que, nos termos da Lógica, “um sistema é considerado inconsistente se possui enunciados contraditórios” (TOLEDO; BAPTISTA; CASTILHOS, no prelo).

Neste nível de racionalidade, o padrão a ser realizado consiste na *inferência válida*, que corresponde à derivação de um juízo a partir de elementos dados (UEBERWEG, 1871, p. 225). Em outras palavras, a Lógica cuida de critérios formais para que se obtenha uma conclusão válida a partir de premissas das quais a conclusão se segue (UEBERWEG, 1871, p. 226).

Tratando-se a inferência de um procedimento de justificação de um enunciado (conclusão) a partir de outros enunciados (premissas) tomados como verdadeiros e dos quais a conclusão seguir-se-á logicamente, de acordo com Friedrich Ueberweg (1871, p. 225-226), a validade desse processo depende da observância de alguns princípios basilares da Lógica clássica, tais como o princípio da identidade, da não contradição e do terceiro excluído.

De acordo com o *princípio da identidade*, “tudo é idêntico a si mesmo” (UEBERWEG, 1871, p. 231).

O *princípio da não contradição* assevera que duas asserções contrapostas não podem ser igualmente válidas (UEBERWEG, 1871, p. 235). De acordo com a posição ocupada pelos modais deônticos do chamado quadrado lógico de Norberto Bobbio (1995, p. 82, 85), tem-se que a contradição entre as asserções pode se dar em razão de uma relação de contrariedade ou de contraditoriedade. A relação de contrariedade ocorre quando a incompatibilidade normativa se dá entre uma ordem/obrigação e uma proibição. Neste sentido, duas normas contrárias entre si podem ser ambas falsas, mas de modo algum podem ser simultaneamente verdadeiras. A relação de contraditoriedade, por sua vez, ocorre quando a incompatibilidade advier de uma norma que ordena (ordem/obrigação) e uma norma que permita não fazer (permissão negativa) ou entre uma norma que proíba (proibição) e outra que permita fazer (permissão positiva). Dessa forma, duas normas contraditórias não podem ser nem ambas verdadeiras, nem ambas falsas, conjuntamente (TOLEDO; BAPTISTA; CASTILHOS, no prelo).

Por fim, de acordo com o *princípio do terceiro excluído* (UEBERWEG, 1871, p. 261), ou uma proposição é falsa ou é verdadeira, não existindo um terceiro tipo de juízo.

Importante salientar que conquanto as leis da lógica estabeleçam padrões para um diálogo racional, uma vez encontrarem-se fixadas no domínio de uma compreensão intersubjetiva do mundo, de modo a estabelecer um padrão mínimo de racionalidade (NEUMANN, 2002, p. 347-350), elas não garantem, por si sós, a verdade e a correção da própria premissa, uma vez que a Lógica se refere à estrutura formal do pensamento e não propriamente ao seu conteúdo.

Por essa razão, a obediência aos princípios lógicos acima vistos permite tão somente o afastamento de decisões que sejam logicamente incorretas, sendo, dessa maneira, fundamental a formulação de outros critérios que forneçam balizas

para a aferição da *verdade* das premissas empíricas e da *correção* das premissas normativas.

#### 2.4.2 Racionalidade substancial (ou de suporte)

A racionalidade substancial satisfaz-se, por sua vez, primeiramente, pela *coerência*, conceito mais abrangente e complexo do que o de consistência (TOLEDO; BAPISTA; CASTILHOS, no prelo).

A coerência engloba dois aspectos, consistentes na coerência normativa, voltada a um conjunto de normas que objetivam a realização de alguns valores comuns; e na coerência narrativa, que se refere à inexistência de inconsistências lógicas entre os elementos fáticos expostos, com base nas provas juntadas (MACCORMICK, 2008, p. 252, 295; ATIENZA, 2017, p. 133).

A coerência narrativa não será explorada neste trabalho pelo fato de que as decisões analisadas foram extraídas do STJ, tribunal no qual é proibido o reexame fático-probatório dos autos.

Primeiramente a coerência foi conceituada por AulisAarnio, Robert Alexy e Aleksander Peczenik (1981, p. 436) como a *compatibilidade de uma proposição com o conjunto de declarações aceitas como fontes de Direito* (leis, precedentes e doutrina). Extrai-se de tal conceito que quanto mais embasada por uma diversidade de fontes uma interpretação for, mais coerente ela se mostrará.

Por seu turno, Alexy e Peczenik (1990, p. 130ss.) expressaram o conceito de coerência da seguinte maneira: “quanto mais as asserções relativas a uma determinada teoria se aproximam de uma estrutura de apoio perfeita, mais coerente a teoria”. Esse “grau de perfeição” dependerá, segundo os autores, do grau de satisfação de dez critérios de coerência. Dessa forma, de acordo com Alexy e Peczenik, a estrutura de apoio de uma teoria será tão mais aperfeiçoada quanto (1) maior o número de asserções fundamentadas a ela relativas; (2) maior o número e a extensão das cadeias de razão com ela relacionadas; (3) maior o número de asserções universais a ela referentes; e (4) maior o número de casos por ela cobertos.

Para Alexy (1998, p. 42) a *coerência* abrange três características fundamentais que consistem na *consistência*, como requisito mínimo; na *abrangência*, que relaciona a coerência de um conjunto de proposições ao maior

número e à maior diversidade de proposições possível; e a *conexão*, pela qual são exigidas tantas relações de justificação entre as proposições pertencentes ao sistema quanto possíveis.

#### 2.4.2 *Racionalidade discursiva*

Dos estudos de Peczenik (2009, p. 153) extrai-se possuir a *racionalidade discursiva* como exigência mínima a racionalidade substancial, adicionada a exigências procedimentais relativas a não coerção e à igualdade entre as partes do discurso. Aarnio (1991, p. 247), por sua vez, não diferencia a racionalidade substancial da discursiva.

Entende-se, porém, ser necessária tal distinção tendo em vista a importante diferença entre a exigência de não arbitrariedade ou de aceitabilidade racional de uma premissa (racionalidade substancial) e a exigência do cumprimento das regras do discurso (racionalidade discursiva). Enquanto a racionalidade substancial refere-se às premissas do discurso, o objeto da racionalidade discursiva é o discurso em si aliado ao agir dos falantes.

Pelo fato de a racionalidade discursiva exigir, para sua aferição, a análise do comportamento dos interlocutores do discurso, esse nível de racionalidade não foi examinado nesta pesquisa, tendo em vista que a fonte documental utilizada não me permitia fazer o seu estudo, pois não restou nela registrado o agir dos falantes, mas sim o conteúdo do discurso. Ante a informação que a referida fonte pôde fornecer, o objeto da investigação centrou na fundamentação das decisões judiciais, de modo a aferir o seu grau de racionalidade.

## CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PESQUISA EMPÍRICA

### 3.1 PESQUISA EMPÍRICO-DOCUMENTAL

Tendo sido dedicada a primeira parte deste trabalho à pesquisa teórico-bibliográfica, de modo a extrair os conceitos essenciais ao estudo, passa-se, nesta segunda etapa, à investigação empírico-jurisprudencial, realizada por meio de pesquisa exploratória qualitativa, a fim de averiguar o nível de racionalidade dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, relativos ao direito à saúde, no período selecionado.

Em que pese a existência de diversas metodologias de pesquisa com base empírica, que se diferenciam pela forma de coleta e seleção do material – como observação participante, entrevista, grupo focal, pesquisa documental e historiográfica, pesquisa de fluxo e estudo de caso (SILVA, 2019, p. 59), adotou-se o método de *análise documental*, com base no exame crítico de documentos virtuais disponibilizados no site do Superior Tribunal de Justiça (STJ), relativos às decisões atinentes ao tema objeto da pesquisa (BAETA, 2021, p. 53).

Sobre a pesquisa documental, afirma Cellard (2012, p. 295):

No plano metodológico, a análise documental apresenta também algumas vantagens significativas. Como o enfatizou Kelly (apud GAÜTHIER, 1984: 296-297), trata-se de um método de coleta de dados que elimina, ao menos em parte, a eventualidade de qualquer influência a ser exercida pela presença ou intervenção do pesquisador – do conjunto das interações, acontecimentos ou comportamentos pesquisados, anulando a possibilidade de reação do sujeito à operação de medida.

Dessa forma, por se tratarem as decisões judiciais de registros documentais, o método utilizado – pesquisa documental –, teve como finalidade a objetivação dos resultados encontrados, de modo a possibilitar sua coleta sem a influência das partes que atuam junto ao sistema de justiça (SILVA, 2019, p. 59). Além disso, a

análise documental aumenta significativamente as possibilidades de pesquisa no campo jurídico, permitindo a identificação da forma como um Tribunal compreende um instituto jurídico, de modo a evidenciar eventuais posições estabelecidas, divergências e incoerências nos julgados, beneficiando, assim, a observação do processo social como um todo (BAETA, 2021, p. 53).

A disponibilização do inteiro teor dos acórdãos, no endereço eletrônico do STJ, possibilitou a análise do tratamento jurídico dado aos casos analisados, no período preestabelecido, de modo a viabilizar o entendimento acerca da racionalidade das decisões proferidas pelo Tribunal, no âmbito do *direito à saúde*, mais precisamente em relação aos *pedidos de concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos*.

A disponibilização de documentos, na forma virtual, proporciona o aumento das pesquisas jurídicas com propósito empírico, tendo se tornado, atualmente, uma técnica fundamental para a exploração dos comportamentos institucionais junto ao sistema de justiça (BONFIM, 2017, p. 14-15).

Particularmente, em relação ao material selecionado neste trabalho, para assegurar sua confiabilidade, necessárias algumas ressalvas: 1) a análise do inteiro teor dos acórdãos e a coleta dos documentos ocorreu no próprio ambiente virtual disponibilizado pelo STJ, em base de dados específica. Tal conduta possibilita a certificação de autenticidade dos documentos; 2) o site acessado se trata de espaço virtual pertencente a organismo oficial do Poder Judiciário – Superior Tribunal de Justiça –, com domínio específico – jus ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)) –, sendo tal domínio extensível à base de dados; 3) o espaço para acesso ao banco de dados (consulta processual) possui os objetivos institucionais claramente estabelecidos – permitir que o cidadão obtenha informações sobre o andamento dos processos que tramitam ou tramitaram no STJ, disponibilizando o inteiro teor das decisões já publicadas, além de gerar certidão de andamento do processo diretamente no resultado da busca; 4) a organização e a apresentação das informações em questão facilitam o acesso ao público (SILVA, 2019, p. 59-60).

Além disso, os acórdãos analisados diretamente no ambiente virtual do STJ, visualizados em seu inteiro teor, estão estruturados da seguinte forma: (i) ementa, na qual consta a síntese da decisão colegiada, com principais pontos da questão analisada e o que foi decidido; (ii) acórdão, no qual consta a decisão em si; (iii) repetição da ementa; (iv) relatório, contendo a descrição fática da lide, um resumo

das alegações das partes e eventuais pareceres do MPF e/ou de *amicus curiae*; (v) voto do relator e, em seguida, de eventual ministro(a) que tenha pedido vista dos autos (voto-vista), com os argumentos que ensejaram a conclusão do julgado; e, por fim (vi) termo ou certidão de julgamento, no qual constam dados do processo e resumo do que restou decidido (em alguns julgados, esse termo de julgamento aparece, também, logo após o acórdão).

### 3.1.1 Recortes metodológicos (institucional, temático, processual, temporal)

Dedicando-se a presente pesquisa à análise qualitativa, com o objetivo de compreender as informações apresentadas, bem como o discurso envolvido (CELLARD, 2012, p. 299-303), fez-se essencial a realização de recortes na coleta dos dados, mediante o estabelecimento de critérios definidos objetivamente. Nesse contexto, foram utilizados como base os seguintes recortes: institucional, temático, processual e temporal.

O recorte *institucional* se refere à escolha dos órgãos julgadores, cujas decisões serão pesquisadas, e se justifica por medidas de pertinência temática e relevância decisória. A pertinência temática consiste na adequação entre o que se pretende analisar e o âmbito decisório do órgão julgador consultado. A relevância decisória, por sua vez, refere-se ao impacto da discussão no campo jurídico (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 10-11).

Nesta pesquisa, foram analisadas as decisões dos órgãos colegiados que compõem o STJ.

O Tribunal é composto por 33 ministros, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, os quais se dividem, internamente, em órgãos especializados para o julgamento das ações. É formado pelo Plenário, que possui competência administrativa e é composto por todos os ministros; a Corte Especial, composta pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal e com competência para julgar as ações penais contra governadores e outras autoridades, sendo responsável, ainda, por decidir recursos quando há interpretação divergente entre os órgãos especializados do Tribunal (BRASIL, 1989).

Em relação às Seções e Turmas, compõe-se o Tribunal de três seções especializadas. Dentro de cada especialidade, elas julgam mandados de segurança, reclamações e conflitos de competência. Elas também são responsáveis pelo

juízo dos recursos repetitivos. Cada Seção reúne ministros de duas Turmas, também especializadas. As Seções são compostas por dez ministros e as Turmas por cinco ministros cada uma.

Nas Turmas são julgados os recursos especiais sem caráter repetitivo, *habeas corpus* criminais, recursos em *habeas corpus*, recursos em mandado de segurança, entre outros tipos de processo.

A Primeira Seção é composta da Primeira e Segunda Turmas e julga matéria de direito público; a Segunda Seção é formada pela Terceira e Quarta Turmas e é responsável pelo julgamento de ações que tenham como objeto matéria de direito privado. A Terceira e última Seção, abarca a Quinta e Sexta Turmas e julga matérias de direito penal.

Com base na composição e competência do STJ, acima descritas, nesta pesquisa foram analisadas as decisões dos órgãos colegiados que formam o STJ, mais especificamente sua Primeira Seção, que possui como objeto/matéria questões de direito público, sendo composta pela Primeira e Segunda Turmas.

Em relação à pertinência temática, a opção pela análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se fez, a princípio, por ser ele a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, responsável por uniformizar e padronizar a interpretação da lei federal em todo o país, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado Democrático de Direito. Por se tratar da última instância da Justiça brasileira para o julgamento das causas infraconstitucionais, sendo órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todo o território nacional, em todas as vertentes jurisdicionais.

Constituindo-se objeto da presente pesquisa a aferição do grau de racionalidade das decisões atinentes ao direito à saúde e sabendo-se que a racionalidade em questão é alcançada, com maior eficiência, por meio da adoção de critérios com vistas à padronização do *decisum*, vislumbrou-se, no Tribunal em questão, terreno fértil para a realização da análise pretendida.

Além disso, considerou-se, também, a observação de que as pesquisas e trabalhos com enfoque em direitos fundamentais se concentram, muito fortemente, na análise dos julgados do STF, razão pela qual pretendeu-se, no presente trabalho, analisar um enfoque diverso do tratamento dado ao direito fundamental social à saúde.

Sabendo-se que o direito à saúde é composto de uma vasta gama de questões que, conseqüentemente, dão ensejo aos mais diversos pedidos junto ao Judiciário, que vão desde a concessão de insumos até pleitos mais complexos, relacionados à cobertura de procedimentos por planos de saúde, entre outros, optou-se por restringir a presente pesquisa às ações cujo objeto principal fosse a concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos. A necessidade de restrição se deu em razão da exiguidade do prazo do curso de Mestrado para a realização de pesquisas bibliográfica e empírica.

Tal escolha se deu pelos fundamentos a seguir expostos:

(i) *Relevância do tema*: o relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência” (BRASIL, 2015), elaborado pelo Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integridade em Saúde, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o CNJ, apontou que o fornecimento de medicamentos representa 76,60% dos casos analisados. A preponderância das demandas por medicamentos em juízo também foi confirmada no Relatório Analítico Propositivo “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução” (BRASIL, 2019b);

(ii) *Pertinência com o objeto da pesquisa*: centrando-se o presente estudo na aferição do grau de racionalidade das decisões proferidas pelo STJ, no âmbito do direito à saúde, e tendo em vista a tentativa do CNJ de criar instrumentos objetivando uma maior padronização dessas decisões, tais como as Jornadas de Direito da Saúde, os Nats, dentre outros citados na primeira parte deste trabalho e tendo eles como objeto, primordialmente, estudos, pareceres e recomendações relacionados a medicamentos, insumos e tratamentos médicos, tais ações (de concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos) foram selecionadas como objeto da presente pesquisa.

Para seleção de tais ações, realizou-se o acesso ao banco de dados existente no endereço eletrônico [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Na página inicial do site do Tribunal, selecionou-se o item Jurisprudência – Pesquisar – Jurisprudência do STJ. Em seguida, na página Pesquisa de Jurisprudência, preencheu-se o campo com o termo de busca “direito à saúde”, clicou-se em “Pesquisa avançada”, inserindo-se a data que se pretendia pesquisar (recorte temporal a seguir explicado), juntamente com a opção “julgamento”, marcando-se o campo Pesquisar.

No recorte *temático*, a pesquisa empírica limitou-se a busca à expressão “direito à saúde”, porquanto abrangeria a totalidade das demandas sanitárias, no âmbito do Tribunal escolhido.

O recorte *processual*, por seu turno, compreende as decisões definitivas proferidas em órgãos colegiados (Primeira Seção, composta pela Primeira e Segunda Turmas).

Finalmente, o recorte *temporal* abrangeu o período compreendido entre o ano de 2017–ano seguinte à edição da Resolução nº 238, de 06/09/2016, pelo CNJ(BRASIL, 2016) –, e o ano de 2020 –primeiro ano do curso de Mestrado. Por meio da referida Resolução, o CNJ dispôs sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, de Comitês Estaduais de Saúde, também chamados de NATs. O seu art. 2º prevê a criação de sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, que será criado e mantido pelo CNJ, para consulta pelos magistrados e demais operadores do Direito, para uma maior padronização das decisões no âmbito do direito à saúde.

O intuito foi analisar a evolução da jurisprudência do STJ, mais precisamente no aspecto atinente à sua racionalidade, em face da criação de uma ferramenta técnica com o claro objetivo de promover/auxiliar na parametrização das decisões judiciais.

Por meio dos recortes acima explicitados foram selecionados, a princípio, em relação a cada ano pesquisado: (i) 2017: 91 acórdãos; (ii) 2018: 47 acórdãos; (iii) 2019: 54 acórdãos; e (iv) 2020: 36 acórdãos.

Após a leitura da ementa de todos os acórdãos encontrados e tendo em vista a escolha, explicada acima, da análise apenas dos processos atinentes à concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos, foram novamente selecionados: em (i) 2017: 15 acórdãos; (ii) 2018: 8 acórdãos; (iii) 2019: 12 acórdãos e, finalmente (iv) 2020: 5 acórdãos.

A grande diferença entre o número de decisões encontradas na primeira seleção e o número de decisões acima referido se deve à verificação de que, na grande maioria dos julgados analisados, o direito à saúde teve um tratamento meramente secundário, de modo que o *objeto da lide* não possuía correlação direta com o direito em questão. Entre os principais assuntos abordados nessas decisões encontram-se: conflito negativo de competência instaurado entre Juízos Estadual e

Federal, cobertura securitária, valores de honorários advocatícios e sucumbenciais, impossibilidade de exame de matéria constitucional em sede de Recurso Especial, questões atinentes a multas, responsabilidade dos entes federados, impossibilidade de reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial, ressarcimento de valores ao erário, dentre outros. Nesses processos, conquanto exista uma proximidade com a temática de direito à saúde, não foi analisado o conteúdo essencial deste direito fundamental social, mas tão-somente questões instrumentais e secundárias.

Após a seleção referida no parágrafo acima, procedeu-se à leitura do inteiro teor de todas as decisões encontradas. A partir da leitura em questão, verificou-se que o direito à saúde teve um tratamento meramente secundário em mais 6 delas, não se tratando o objeto central da lide de questões atinentes ao recorte temático eleito, qual seja, concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos.

Segue quadro contendo as decisões descartadas:

**Quadro 1** - Decisões descartadas

<b>Ano</b>	<b>Ações</b>
2017	Resp 1.608.019 – CE.
2018	Resp 1.712.163 – SP, Resp 1.726.563 – SP
2019	Resp1.559.180 – MG, Resp 1.804.657 – SP
2020	AgInt no AREsp 1.544.749 – SP

Fonte: Elaborado pela autora, 2021.

Conquanto numa primeira análise os recursos em questão tivessem sido selecionados, ao proceder à leitura do inteiro teor da decisão, restou verificado, em relação a cada um deles:

- Resp 1.608.019 – CE: situação de urgência e emergência e cobertura securitária pelo FUSEX;
- Resp1.712.163 – SP: cobertura securitária em face da AMIL – Assistência Médica Internacional Ltda. E ITAUSEG Saúde S.A.;
- Resp 1.726.563 – SP: cobertura securitária em face da AMIL – Assistência Médica Internacional Ltda.;

- Resp 1.559.180 – MG: Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, celebrado entre o Município de Carangola e o Ministério Público Federal, sobre matadouro sem condições adequadas de higiene e funcionamento;
- Resp 1.804.657 – SP: não adentrou no mérito da questão de concessão de medicamento, insumo ou tratamento médico: recurso não conhecido;
- AgInt no AREsp 1.544.749 – SP: atribuições legais da Agência Nacional de Saúde – ANS.

Após essa análise, com o descarte das decisões acima referidas, foram finalmente selecionados somente os acórdãos nos quais o direito à saúde (na forma de concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos) foi efetivamente tratado: (i) 2017: 14 decisões; (ii) 2018: 6 decisões; (iii) 2019: 10 decisões e (iv) 2020: 4 decisões.

Trata-se dos seguintes julgados:

**Quadro 2 - Decisões analisadas**

<b>Ano</b>	<b>Ações</b>	
2017	AgInt no AREsp 474.300 – PE AgInt no Resp 1.234.968 – SC AgInt no Resp 1.553.112 – CE AgInt no Resp 1.574.773 – PI AgRg no AREsp 649.229 – MG Resp 1.645.847 – RJ, Resp 1.650.790 – PE	AgRg no Resp 1.366.857 – PR AgRg no Resp 1.377.162 – RS Resp 1.645.067 – RS Resp 1.645.846 – RJ Resp 1.653.004 – RJ Resp 1.655.043 – RJ Resp 1.660.425 – RJ
2018	AgInt no Resp 1.695.597 – SE AgInt nos Edcl no AgRg no Resp 908.045 – RS AgREsp 1.303.664 – MS	Resp 1.657.156 – RJ Resp 1.682.973 – RJ Resp 1.730.852 – SP
2019	AgInt no AREsp 1.464.492 – PE AgInt no AREsp 1.498.607 – SP AgInt no AREsp 873.437 – MG Resp 1.784.258 – RJ RMS 61.891 – GO	Resp 1.797.829 – RS AgInt no RMS 47.529 – SC Resp 1.053.375 – RS Resp 1.794.059 – RJ Resp 1.803.426 – RN
2020	AgInt no AREsp 1.144.147 – PE AgInt no Resp 1.365.842	AgInt no RMS 63.987 – GO AREsp 1.579.684 – SP

Fonte: Elaborado pela autora, 2021.

É importante lembrar que há expressa vedação de reexame do conjunto fático-probatório dos autos em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. Ora, tratando-se os processos nos quais, em sua maioria, se analisa a situação do indivíduo que busca a tutela jurisdicional, inclusive com a realização de perícia médica para a comprovação da necessidade da prestação requerida, o óbice em questão afeta, diretamente, a sua análise pelo Tribunal eleito.

Conquanto tal constatação tenha gerado dúvidas acerca do acerto da escolha do STJ para a realização da pesquisa empírico-jurisprudencial, por ser ele o Tribunal responsável pela padronização da legislação infraconstitucional e por constituir objeto central deste estudo a verificação da racionalidade das decisões no âmbito do direito à saúde, prosseguiu-se com a ideia inicial.

Isso porque, atento à necessidade de equacionar o aumento da judicialização da saúde no Brasil, o STJ enfrentou importantes julgamentos, a exemplo do ocorrido no REsp nº 1.657.156 (BRASIL, 2018), por meio do qual fixou critérios para o fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS. Tais tentativas de padronização das decisões judiciais, pelos tribunais, através da jurisprudência, possuem o escopo de minimizar as disparidades por meio da fixação de parâmetros interpretativos para o tema.

A padronização da legislação infraconstitucional vai ao encontro da pretensão de maior racionalidade das decisões judiciais, uma vez que para que um pronunciamento jurisdicional seja considerado racional e, conseqüentemente, correto, é necessário que seja destituído de subjetivismos capazes de inviabilizar o seu controle crítico. Para tanto, deverá observar o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras, com vistas a viabilizar o alcance da pretensão de correção.

Ao fixar critérios baseados em argumentos consistentes, o tribunal evita que sejam prolatadas decisões diferentes em casos semelhantes.

Outro fator que ensejou a permanência do recorte institucional eleito, foi a constatação de que as pesquisas empíricas, no âmbito jurídico, concentram-se, em sua grande maioria, no seu órgão de cúpula, Supremo Tribunal Federal (STF), razão pela qual proceder à análise das decisões do STJ traria uma visão diferente acerca do tema estudado.

Dessa forma, realizou-se, ao final, a análise das 34 decisões acima explicitadas, que serão especificadas e tratadas nos tópicos subsequentes.

### 3.1.2 Elementos do Quadro-Padrão de Fichamento

Para o estudo analítico das decisões judiciais examinadas neste trabalho, foi efetuado o registro da situação fática configuradora do caso concreto em debate, das suas principais razões fundamentadoras e de seu dispositivo, passando-se à utilização, propriamente dita, dos elementos constantes da teoria da argumentação jurídica, de Robert Alexy, acima vistos (2020).

Foram então selecionados os dados dos acórdãos relativos à justificação interna do discurso jurídico, seguindo-se então para a justificação externa.

Na *justificação interna*, foram considerados os argumentos institucionais, ou seja, as razões autoritativas caracterizadoras do discurso jurídico – os *dispositivos normativos*, os *precedentes* e a *doutrina*.

Na *justificação externa*, de acordo com a tipologia proposta por Alexy (2020, p. 204), foram adotados os “seis grupos de regras e formas de justificação externa” – *cânones de interpretação*, *argumentos dogmáticos*, *argumentos de precedentes*, *argumentação prática geral*, *argumentação empírica* e *formas especiais de argumentos jurídicos*.

Para a análise da *argumentação prática geral*, utilizou-se a classificação de Habermas relativa às razões ou argumentos que compõem o discurso prático geral - *argumentos pragmáticos*, *éticos* e *morais* (HABERMAS, 1989, p. 11-12; HABERMAS, 2020, p. 213- 215).

Finalmente, no que se refere à argumentação empírica, conquanto não a tenha examinado detalhadamente, Alexy (2020, p. 205-206) denota a sua importância, ressaltando que quase todas as formas de argumentação jurídica – assim como quase todas as formas de argumentação prática geral – incluem enunciados empíricos. Divisa, então, os argumentos empíricos em argumentos relativos a  *fatos concretos* e a  *dados científicos*.

A análise da jurisprudência levou em consideração os principais argumentos constantes da decisão. Para se aferir a relevância do argumento considerou-se, além de sua repetição, a importância que desempenha na fundamentação do julgado. Esses argumentos foram submetidos às análises qualitativas e quantitativas, mediante a integração dos dados.

Referida convergência se fez possível mediante uma análise inicial sob um viés qualitativo, seguida por uma análise quantitativa. Para tal fim, na primeira análise utilizou-se um quadro-padrão de fichamento da pesquisa empírico-jurisprudencial (Apêndice A), dividido em três partes. Os dados nele apurados foram submetidos, posteriormente, à Tabulação Cruzada quantitativa (Apêndice B), cujos resultados foram apresentados na forma de gráficos, em tópico posterior, para uma melhor compreensão.

O quadro-padrão da pesquisa empírico-jurisprudencial, utilizado para o fichamento dos acórdãos do STJ, é composto de 3 partes: a 1ª parte é composta por (1) dados do processo; (2) argumentos institucionais, e (3) argumentos não institucionais; a 2ª parte é formada pela (1) justificção interna (silogismo jurídico), e (2) justificção externa; na 3ª parte estão contidos (1) os critérios de avaliação dos argumentos, e (2) os tipos e graus de racionalidade. Esses elementos foram analisados no capítulo 2, tópicos 2.3 (“Tipologia dos Argumentos”) e 2.4 (“Racionalidade do Discurso”), e estão dispostos no Apêndice A.

Os *dados do processo* referem-se às informações identificadoras do processo analisado, sendo os seguintes:

- *Tribunal*
- *Órgão julgador*
- *Ação*
- *Relator*
- *Requerente*
- *Requerido*
- *Data do julgamento*
- *Endereço eletrônico*

No item *argumentos institucionais* constam as três condições limitadoras do discurso jurídico, ou seja, os três argumentos institucionais que caracterizam o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 2020). São eles:

- *Dispositivos normativos*
- *Precedentes*
- *Doutrina*

No item referente aos *argumentos não institucionais*, com base no pensamento de Robert Alexy (2020) e Habermas (1989) são tratados os:

- *Argumentos práticos gerais*: argumentos pragmáticos, éticos e morais;
- *Argumentos empíricos*: argumentos relativos a fatos concretos e a dados científicos.

A 2ª parte da tabela é formada pela (1) justificação interna (silogismo jurídico), e (2) justificação externa.

A justificação interna (silogismo jurídico) é composta pelos seguintes elementos (1):

- *Premissa maior*: principais normas gerais reguladoras da decisão, ou seja, de qual norma geral e abstrata se funda a decisão prolatada;
- *Premissa menor*: consiste na situação fática ensejadora da decisão analisada;
- *Principais razões da decisão*: trata-se dos argumentos responsáveis pela saturação da dedução lógica da decisão;
- *Conclusão*: trata-se da decisão (da conclusão do silogismo jurídico).

A justificação externa (2), por sua vez, é composta por:

- *Argumentos de precedentes*;
- *Argumentos dogmáticos*;
- *Cânones hermenêuticos*: literal, histórico, genético, sistemático, teleológico e comparativo;
- *Forma de argumentos jurídicos especiais*: analogia; argumento a contrário, a fortiori, ad absurdum.

Na 3ª parte estão contidos (1) os critérios de avaliação dos argumentos, e (2) os tipos e graus de racionalidade.

Nos *critérios de avaliação dos argumentos* (1) são analisadas:

- *Correção linguística*;
- *Consistência*;
- *Coerência*.

Nos *tipos e graus de racionalidade* (2), têm-se:

- *Racionalidade lógica*;
- *Racionalidade substancial*.

Esses elementos foram analisados de forma pormenorizada no capítulo 2 – “Teoria da Argumentação Jurídica”, tópicos 2.3 (“Tipologia dos Argumentos”) e 2.4 (“Racionalidade do Discurso”), e estão dispostos no Apêndice A.

### 3.2 Pesquisa Empírica Quantitativa e Qualitativa

Realizada a pesquisa, nos moldes dos critérios inicialmente traçados e após os recortes acima referidos, o *corpus* para análise foi composto dos 34 acórdãos (Quadro 1 acima).

Da análise dos quadros-padrão de fichamento dos 34 acórdãos colhidos e da tabulação cruzada quantitativa realizada, extraíram-se os seguintes números.

**Tabela 1** - Utilização de argumentos de justificação interna nas decisões analisadas

<b>Argumentos Institucionais</b>	<b>Número de Decisões</b>	<b>(%)</b>
Dispositivos Normativos	28	82%
Precedentes	33	97%
Doutrina	0	0%

Fonte: Elaboração da autora, 2021

O primeiro dado que pode ser notado a partir da tabela acima diz respeito ao fato de que o uso de precedentes supera o uso de dispositivos normativos, que são a fonte primária do Direito no sistema jurídico romano-germânico a que pertence o direito brasileiro.

Neste ponto, importante fazer uma ressalva: o direito à saúde não possui regulação material por leis ordinárias ou complementares, de maneira que apenas atos administrativos normativos dos órgãos sanitários federais, estaduais, municipais ou distritais dispõem sobre as prestações materiais do direito, ou seja, preveem quais tratamentos serão oferecidos pelo SUS, quais os medicamentos que serão dispensados à população etc. As leis limitam-se a estruturar o sistema, prevendo quais órgãos o integrarão, quais as competências de cada um, como se dará a relação entre eles (de coordenação, de subordinação etc.). Certo é que toda a regulação legal ou pela via dos atos administrativos normativos tem como fundamento e como limites a matriz constitucional do direito à saúde.

Isso ocorre, também, com outros direitos sociais, uma vez sua qualificação como direito fundamental depende da positivação constitucional, mas as ações de efetivação não dependem impreterivelmente de leis, ainda que elas possam existir,

caso em que serão de observância necessária pelo Estado. No entanto, as prestações de materialização de direitos fundamentais que não impliquem restrição de direitos não contam com a imprescindibilidade da previsão legal, uma vez que esta exigência apenas opera, nos termos do inciso II do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), em relação a ações estatais restritivas.

Pelo exposto, uma das hipóteses para a maior fundamentação em precedentes das decisões do STJ sobre o direito a saúde analisadas, pode derivar da natureza prestacional dos pedidos normalmente levados a juízo. Ou seja, a pesquisa jurisprudencial que tome como palavra-chave algo que remeta a ações restritivas pode, eventualmente, encontrar resultado diverso, ou seja, maior fundamentação em leis, à vista da necessidade de previsão legal, nos termos do citado inciso II do art. 5º.

Importante salientar, outrossim, que nas decisões em que não houve citação de dispositivos normativos, houve a utilização de precedentes, ou seja, não existiram decisões que não utilizassem argumentos institucionais.

Por outro lado, não se observa nenhuma citação doutrinária no decorrer das decisões abordadas. Entretanto, argumentos dogmáticos são essenciais para a garantia da *coerência* do sistema jurídico como um todo, organizando, sistematizando e estabelecendo conexões positivas entre normas de diferentes subsistemas (direito civil, direito administrativo etc.).

De acordo com Alexy (2020, p. 222, 230), a dogmática possui como funções precípuas: “(1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução desta análise a um sistema, e (3) a aplicação dos resultados desta análise na fundamentação das decisões jurídicas”. Sua necessidade decorre da constatação da insuficiência da exclusividade da análise lógica do direito vigente, o que torna de extrema importância a utilização de argumentos sistemático-conceituais no âmbito da argumentação jurídica. A dogmática possibilita um “controle de consistência” dos juízos a serem fundamentados.

Alexy (2020, p. 232-236) distingue ao menos seis funções para a dogmática jurídica: (1) de estabilização, (2) de progresso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de controle e (6) heurística. A função de *estabilização* consiste no fato de que, com a ajuda de enunciados dogmáticos, fixam-se e conseqüentemente se reproduzem determinadas soluções a questões práticas. Tal fato é extremamente relevante, na medida em que, diante do vasto campo das possibilidades discursivas, se se tivesse

que discutir sempre e a cada vez um determinado conceito, resultados diversos seriam alcançados a cada discussão. A função de *progresso*, que guarda uma estreita conexão com a de estabilização, concretiza-se mediante a ampliação da discussão jurídica nas dimensões temporal, objetiva e pessoal, tornando possível o oferecimento de comprovações e diferenciação dos enunciados dogmáticos, o que proporciona o progresso da dogmática. Por sua vez, a possibilidade de se adotarem, nas fundamentações dogmáticas, enunciados que já foram comprovados e aceitos, pelo menos de maneira provisória, supõe uma *descarga*, na medida em que enseja a sua utilização sem a necessidade de uma nova comprovação. A função *técnica* da dogmática jurídica, de considerável importância, concretiza-se ao promover a informação, o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica, ampliando, com isso, a sua capacidade de transmissão. A função de *controle* consiste no fato de que a dogmática faculta ao juiz decidir os casos a ele levados de modo a considerar outros casos já decididos, aumentando com isso o grau de eficácia do princípio da universalidade, que serve diretamente à justiça. Por fim, de acordo com Alexy, a função *heurística* consiste no fato de que a dogmática “contém uma série de modelos de solução, distinções e pontos de vista que não apareceriam se se tivesse de começar sempre novamente”.

Alexy (2020, p. 237) sintetiza a importância da argumentação dogmática ao dizer que, conquanto não seja necessário, o uso de argumentos dogmáticos no discurso jurídico é aconselhável, para fins de densidade da fundamentação da decisão. Em relação a eles vigora a regra J.12 que diz que “se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados”.

A ausência de citação da dogmática jurídica nas decisões analisadas favorece o tratamento superficial da matéria em debate, uma vez que as funções de estabilização, progresso, descarga, técnica, de controle e heurística contribuem para a maior *racionalidade* do que é decidido. Pelo fato de trazer consolidação, densidade, aprofundamento à fundamentação de uma decisão, sua utilização é *aconselhável* no discurso jurídico.

A tabela a seguir trata dos dados relativos à justificação externa:

**Tabela 2** - Utilização de argumentos de justificação externa nas decisões analisadas

<b>Justificação Externa</b>	<b>Número de decisões</b>	<b>(%)</b>
Cânones Hermenêuticos	13	37%
Argumentos de Precedentes	30	88%
Argumentos Dogmáticos	0	0%
Argumentos Pragmáticos	3	9%
Argumentos Éticos	7	20%
Argumentos Morais	9	26%
Fatos Concretos	5	14%
Dados Científicos	0	0%
Formas Especiais Argum. Jurídicos	0	0%

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

Os dados acima explanados, analisados conjuntamente às informações constantes da Tabela 1, demonstram que, muito embora a referência a dispositivos normativos tenha ocorrido em 28 das 34 decisões analisadas, em apenas 13 decisões (37% dos julgados) foram utilizados *cânones hermenêuticos*, como forma de atribuição de sentido ao conteúdo exposto na legislação.

Tal verificação conduz à conclusão de que os dispositivos normativos tendem a ser utilizados, nestas decisões, apenas para atribuir peso ao posicionamento assumido, sem a devida busca pelo sentido da própria norma.

No entanto, importante frisar que se a norma é clara, realmente não é necessária a utilização de cânones hermenêuticos. Assim, a pequena referência a esses cânones pode ser devido à clareza da legislação aplicável aos casos analisados, por exemplo.

A análise dos acórdãos referidos levou a outra conclusão não menos importante. Nos julgados analisados, verificou-se que a decisão final, na maior parte dos casos, foi tomada mediante a ponderação do direito à saúde com o princípio da *reserva do possível*. Nos termos preconizados por Alexy, a solução dessa colisão deve ser feita mediante a aplicação da máxima da proporcionalidade, que exige que a resolução do conflito passe pelos testes da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

Tal análise leva em conta, essencialmente, argumentos pragmáticos, uma vez que o juiz deverá realizar a referida ponderação levando em consideração, especialmente, se o deferimento da demanda sanitária alcançará o fim visado (satisfação do direito à saúde), tendo em vista as limitações atinentes ao princípio da reserva do possível.

De acordo com SILVA (2019, p. 43-47), o argumento da reserva do possível envolve dois aspectos: (i) deve haver razoabilidade entre a satisfação do interesse individual pleiteado e o interesse coletivo, ou seja, deve ser razoável exigir da sociedade o ônus relativo ao cumprimento daquele interesse individual, (ii) o empenho financeiro necessário para a satisfação desse ônus deve ser compatível com o equilíbrio do orçamento público.

Assim sendo, considerando o caráter eminentemente pragmático que permeia as decisões analisadas, esperava-se que ao menos uma *razão pragmática* fosse citada em cada uma das decisões.

Por sua vez, a prevalência incontestada dos argumentos de precedentes, citados em 33 das 34 decisões recortadas (97% do total) sugere uma “massificação” das decisões, que são fundamentadas por outras decisões emanadas do próprio Tribunal, sem considerar os elementos individuais do caso concreto.

Aqui, importante uma ressalva: conquanto o excesso de argumentos práticos gerais possa ser entendido como um sinal forte de ativismo judicial (TOLEDO, 2021, p. 85), sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral (limitado pelo direito vigente), viu-se no tópico 2.1 (“Discurso Jurídico – Tese do Caso Especial”) a “inextricável” união entre os dois discursos (ALEXY, 2020, p. 247). Dentre outros aspectos, dessa imprescindível união encontra-se a necessidade de argumentação prática de tipo geral no âmbito da argumentação jurídica (ALEXY, 2020, p. 247), uma vez que esta depende de argumentos práticos de tipo geral, conforme já se indicou (tópico 2.1).

A importância de argumentos práticos gerais no contexto da argumentação jurídica é sintetizada por Alexy (2020, p. 251):

A argumentação jurídica pode por isso ser vista como uma forma especial da argumentação prática geral, que é exigida por razões práticas de tipo geral; que é dependente, quanto à sua estrutura, de princípios gerais; que não pode prescindir da argumentação prática geral; que se dá segundo formas especiais de acordo com regras especiais e sob condições especiais (o que a torna especialmente eficaz) [...].

Tendo em vista que o excesso de argumentos práticos do tipo geral seja sintomático do ativismo judicial e servindo os argumentos institucionais para garantir o valor *segurança* do ordenamento jurídico, simplificando o exercício da razão, a presença maciça de argumentos institucionais (à exceção da doutrina) eleva a

chance de que o STJ esteja atuando dentro de sua competência – portanto, menor a probabilidade de ativismo judicial (TOLEDO, 2021, p. 80-104).

Outra conclusão importante da análise da tabulação cruzada qualitativa consistiu na baixíssima referência aos argumentos empíricos: os fatos concretos foram citados em 5 das 34 decisões analisadas (14% dos julgados), não tendo havido nenhuma citação de dados científicos.

Verificou-se no tópico 1.4 deste trabalho (“Judicialização da Saúde”) ter o Judiciário, em especial o CNJ, implementado iniciativas com a finalidade de minimizar as disparidades nas decisões sobre direito à saúde, por meio da fixação de parâmetros interpretativos para o tema, de modo a alcançar maior racionalização das decisões judiciais, como uma tentativa de frear o vertiginoso aumento da sua judicialização, mediante uma maior padronização. Neste sentido, mencionam-se, a título de exemplo, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, as Jornadas de Direito da Saúde e os Núcleos de Avaliação de Tecnologias da Saúde – NATs.

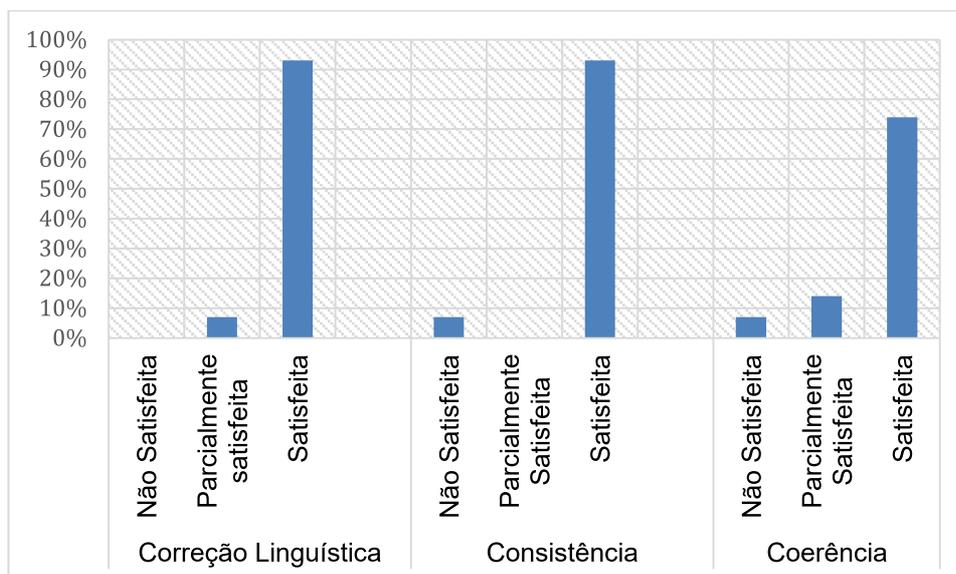
Visto isso, a constatação de ausência de citação de dados científicos nas decisões analisadas é preocupante, uma vez consistirem em elementos importantes, em especial diante do objeto das ações: concessão de medicamentos, insumos e tratamentos médicos.

*Aqui, porém, faz-se importante salientar que a referida ausência pode ser decorrente da impossibilidade de reanálise do conteúdo fático-probatório dos autos, no âmbito do STJ, nos termos da sua súmula 7.*

As conclusões acima são corroboradas pela primazia dos argumentos de precedentes da própria Corte, que foram citados em 33 das 34 decisões analisadas (97%). Tal dado enseja a conclusão de que as decisões do STJ possuem como característica a autorreferência.

No que se refere aos critérios de racionalidade, consistentes na correção linguística, consistência e coerência, percebe-se que, em sua maioria, foram considerados satisfeitos, conforme a tabulação cruzada realizada.

Os gráficos abaixo demonstram, em percentual, seu nível de satisfação.

**Gráfico 1 - Grau de Satisfação dos Critérios de Racionalidade**

Fonte: Elaboração da autora, 2021.

No que se refere aos critérios de avaliação dos argumentos, sua satisfação foi notoriamente elevada. A correção linguística foi satisfeita em 97% das decisões e parcialmente satisfeita em 2% (não houve decisão em que a correção linguística não tenha sido satisfeita). A título de exemplo, foram verificados alguns erros gramaticais na decisão proferida no AgInt no REsp 1.797.829 – RS, consistente na omissão de palavras.

O critério de consistência foi satisfeito em 94% das decisões, parcialmente satisfeito em 2% e não satisfeito em 2% delas.

A satisfação da consistência ocorreu, a título de exemplo, no *decisum* referente ao AgInt no AREsp 873.437 – MG. Em tal ação constatou-se a não-contradição (entre as premissas, entre as proposições, na própria conclusão alcançada a partir das premissas), ou seja, a inferência dedutiva em relação às premissas.

Para exemplificar a parcial satisfação de tal critério, cita-se a decisão proferida no AgInt no RMS 47.529 – SC, no qual na última “razão da decisão”, o min. relator da ação diz “como se colhe do acórdão recorrido (fls.228), o direito da paciente ao tratamento médico já havia sido reconhecido, na ação ordinária, em primeiro e segundo graus de jurisdição, de maneira que eventuais recursos manejados pela UNIÃO não teriam efeito suspensivo”. Entretanto, não indicou a

norma onde consta tal determinação, o que afetou a conclusão alcançada a partir das premissas.

Como exemplo de não satisfação do critério analisado, tem-se a decisão proferida nos autos do REsp 1.653.004 – RJ. Nele, a inconsistência da decisão consistiu na existência de contradição entre a fundamentação do voto e a conclusão do julgado. Isso porque, preliminarmente, o relator, em seu voto, afastou a alegação do recorrente de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 (p.4) e afirmou que, no mérito, “a pretensão do recorrente também não merece amparo” (p.4). Nesse sentido, ele desenvolve toda a fundamentação, com a juntada de extensa jurisprudência. Porém, ao final, o relator decide da seguinte maneira: “Por tudo isso, conheço em parte do Recurso Especial e, nesta parte, nego-lhe provimento. É como voto” (p.8). Dessa forma, existe contradição entre a fundamentação e a conclusão, porquanto, se na fundamentação ele afastou os argumentos aduzidos pelo recorrente, no dispositivo deveria ter negado provimento ao recurso. Da forma como fez, fica ainda a dúvida: que parte do Recurso Especial foi conhecida e que parte não foi?

Finalmente, o critério de coerência foi satisfeito em 82% dos acórdãos, parcialmente satisfeito em 14% dos casos, e não satisfeito em 2% deles.

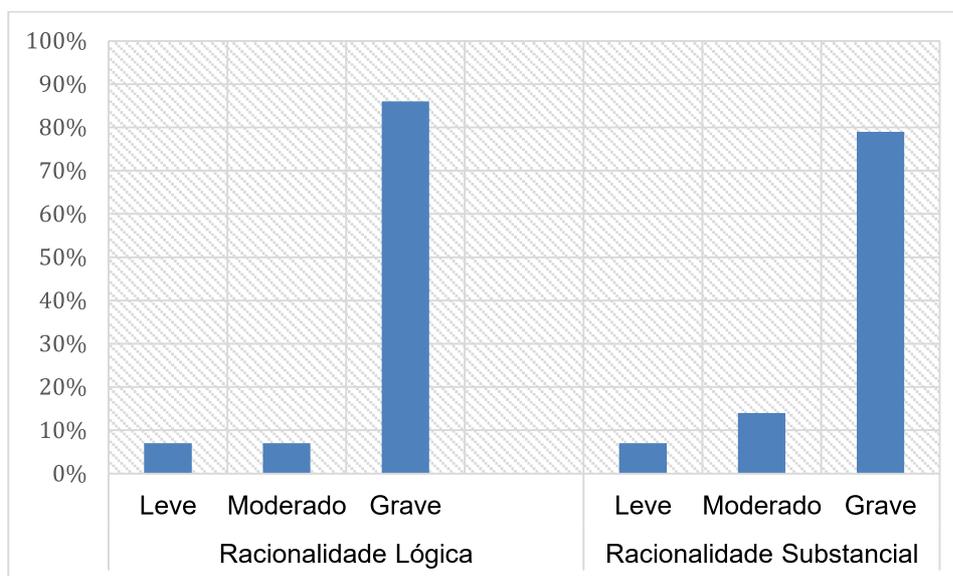
A satisfação plena ocorreu, por exemplo, na decisão proferida no AREsp 1.579.684 –SP, tendo em vista não ter sido verificada, após a análise dos elementos da justificação externa, a existência de contradição entre as premissas, consideradas verdadeiras e corretas e das quais se seguiu logicamente a decisão.

Como exemplo de satisfação parcial deste critério, cita-se a decisão proferida no AgInt no REsp 1.797.829 – RS, no qual um dos argumentos utilizados pela União em suas razões de recurso consistiu, em síntese, no fato de ser soberana a análise probatória do Tribunal de origem, em face do óbice estabelecido pela Súmula 7 do STJ, que diz que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Em seu voto, a relatora, ao afastar a incidência da referida súmula no caso em análise, limitou-se a dizer: “Portanto, o Tribunal *a quo* reformou a sentença, a fim de julgar improcedente o pedido formulado pela parte autora, diante da ausência de suposto requisito de urgência para realização da cirurgia. Desta forma, fixadas premissas de que a autora necessita do tratamento médico, como constam do acórdão recorrido, que afastou a cirurgia porquanto não teria sido comprovada sua urgência, não é caso de aplicação do enunciado da Súmula 7 desta Corte”(p. 11-12). Tal fundamentação carece de coerência tanto em seu conteúdo,

como no fato de não ter a relatora saturado a questão da ausência de aplicabilidade da Súmula 7, uma vez que o primeiro critério de coerência consiste no fato de que toda afirmação deve ser justificada e o segundo apregoa que a cadeia de razões deve ser a mais longa possível. No caso em questão, dessa forma, a relatora afirma que a análise da urgência ou não urgência na realização da cirurgia não depende do exame do arcabouço fático-probatório; tal afirmação, porém, não se encontra amparada em razões aptas a justificá-la.

Já a não satisfação do critério de avaliação coerência pode ser vista no julgamento do AgInt no REsp 1.784.258 – RJ, no qual o relator se restringiu a dizer que a decisão do Tribunal de origem adotou tese jurídica divergente da sedimentada no STJ sem, entretanto, colacionar precedente no qual conste o entendimento em questão, limitando-se a citar os artigos da CF/88 que tratam do direito à saúde e da responsabilidade pelo seu financiamento.

**Gráfico 2** - Estatística do Grau de Racionalidade das decisões



Fonte: Elaboração da autora, 2021.

No que se refere aos tipos e graus de racionalidade (aferidos mediante a escala triádica alexyana – leve, moderado, grave), verificou-se que a racionalidade lógica foi avaliada como dotada de grau grave em 91% das decisões, grau moderado em 4%, e grau leve em 2% dos casos. Por seu turno, o grau de racionalidade substancial foi mensurado como grave em 82% dos acórdãos, moderado em 11%, e leve em 2% dos casos.

Como exemplo de decisão na qual a racionalidade lógica foi analisada como grave, cita-se a proferida no AgInt no RMS 63.987 – GO. Nele, os critérios de avaliação dos argumentos referentes à correção linguística e à consistência foram satisfeitos.

A moderação do grau de racionalidade lógica pode ser vista na decisão proferida no AgInt no RMS 47.529 – SC, o qual teve a consistência parcialmente satisfeita. Nele, na última “razão da decisão”, o min. Relator da ação diz “como se colhe do acórdão recorrido (fls.228), o direito da paciente ao tratamento médico já havia sido reconhecido, na ação ordinária, em primeiro e segundo graus de jurisdição, de maneira que eventuais recursos manejados pela UNIÃO não teriam efeito suspensivo”. Entretanto, não indicou a norma onde consta tal determinação, o que afetou a conclusão alcançada a partir das premissas.

Já a decisão proferida nos autos do REsp 1.653.004 – RJ trata-se de exemplo de racionalidade lógica leve, uma vez que a inconsistência existente na decisão foi grave, pois a sua fundamentação foi em um sentido e a conclusão em outro; ou seja, houve contradição entre a fundamentação do voto e a conclusão do julgado. Isso porque, preliminarmente, o relator, em seu voto, afastou a alegação do recorrente de ofensa ao art. 535 do CPC/1973 [p.4] e afirmou que, no mérito, “a pretensão do recorrente também não merece amparo” [p.4]. Nesse sentido, ele desenvolve toda a fundamentação, com a juntada de diversas decisões. Porém, ao final, o relator decide da seguinte maneira: “Por tudo isso, conheço em parte do Recurso Especial e, nesta parte, nego-lhe provimento. É como voto”. [p.8]. Dessa forma, a contradição se manifesta no fato de que no juízo de admissibilidade foram apresentados argumentos/premissas pelo não conhecimento do recurso, e ao final a decisão vai em sentido contrário, ao decidir pelo seu parcial conhecimento.

A racionalidade substancial grave, vista na decisão do REsp 1.645.847 – RJ advém da ausência de incoerência do quanto decidido. As premissas nela contidas são verdadeiras e a decisão seguiu de forma lógica desse conjunto coerente.

A mesma racionalidade foi considerada moderada nos autos do REsp 1.650.790 – PE. Tal processo teve o critério de coerência parcialmente satisfeito, tendo em vista que no curso da fundamentação do seu voto, o relator afasta, fundamentadamente, os argumentos trazidos pelo recorrente, de modo a negar provimento ao REsp, como de fato o fez ao final. Entretanto, no último argumento por ele utilizado, ele aduz: “[...]Finalmente, ressalto que, na leitura do aresto

recorrido, depreende-se que foram debatidas matérias de natureza constitucional e infraconstitucional. No entanto, a recorrente interpôs apenas o Recurso Especial, sem discutir a matéria constitucional, em Recurso Extraordinário, no excelso Supremo Tribunal Federal. Assim, aplica-se na espécie o teor da Súmula 126/STJ: ‘É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário’. A propósito: [...]”. [p.12] Ou seja, se a decisão da Turma, por unanimidade, foi no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Estado de PE, foi incoerente ao inserir no voto essa parte que fala de “não admissão”, uma vez que não admissão é diferente de não provimento.

Já a racionalidade substancial leve foi observada no AgInt no REsp 1.784.258 – RJ. Isso ocorreu pelo fato de não ter sido satisfeito o critério da coerência nesta ação, uma vez que o relator se restringiu a dizer que a decisão do Tribunal de origem adotou tese jurídica divergente da sedimentada no STJ sem, entretanto, colacionar precedente no qual conste o entendimento em questão, limitando-se a citar os artigos da CF/88 que tratam do direito à saúde e da responsabilidade pelo seu financiamento.

## CONCLUSÃO

A elaboração deste trabalho foi dividida em duas partes: a primeira, a realização de pesquisa teórico-bibliográfica, que objetivou investigar os conceitos essenciais para a realização do estudo, tais como a definição de direitos fundamentais sociais, direito à saúde e sua judicialização, bem como conceitos centrais da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, ambas de Robert Alexy, marco teórico do presente trabalho; a segunda parte consistiu em pesquisa empírico-jurisprudencial, analisando-se as decisões do STJ, no âmbito do direito à saúde, nos termos dos recortes referidos no item 3.1.1 (“3.1.1 Recortes metodológicos - institucional, temático, processual, temporal”).

O objetivo central deste trabalho foi aferir o grau de racionalidade das decisões atinentes ao direito à saúde prolatadas pelo STJ, especificamente em relação aos pedidos de medicamentos, insumos e tratamentos médicos, mediante a utilização dos critérios constantes da teoria da argumentação jurídica, de Alexy, bem como dos parâmetros de aferição de racionalidade citados por Alexy, Peczenik e Aarnio.

Para tanto, foram realizados: (i) análise da justificação interna e externa da argumentação jurídica justificadora das decisões analisadas; (ii) estudo dos argumentos não institucionais integrantes da argumentação prática geral e da argumentação empírica que, eventualmente, compõem a fundamentação das decisões; (iii) utilização dos critérios de avaliação dos argumentos; e (iv) definição dos tipos e graus de racionalidade.

Da análise discursiva do grau de racionalidade das decisões analisadas, extraíram-se as seguintes conclusões:

- A despeito de ser a *lei* a fonte primária do direito brasileiro, que faz parte do sistema jurídico romano-germânico ou *civil law*, os *precedentes*— decisões emanadas do próprio Poder Judiciário – foram mais utilizados nas decisões analisadas do que dispositivos normativos. Das 34 decisões investigadas, 33 citaram precedentes, o que corresponde a um percentual de 97% dos julgados, ao passo que em 28 decisões foram citados dispositivos normativos (82% dos acórdãos);
- O dado consistente na doutrina não ter sido citada em nenhuma das 34 decisões analisadas favorece o tratamento superficial da matéria em debate,

uma vez que as funções de estabilização, progresso, descarga, técnica, de controle e heurística contribuem para a maior *racionalidade* do que é decidido. Pelo fato de trazer consolidação, densidade, aprofundamento à fundamentação de uma decisão, sua utilização é *aconselhável* no discurso jurídico;

- A baixa citação de argumentos práticos gerais em comparação aos argumentos institucionais eleva a chance de que o STJ esteja atuando dentro de sua competência: enquanto os dispositivos normativos e os precedentes foram citados em 82% e 97% das 34 decisões analisadas, respectivamente, tem-se os seguintes percentuais relativos aos argumentos práticos gerais – 9% de argumentos pragmáticos, citados em 3 decisões; 20% de argumentos éticos, citados em 7 decisões; e 26% de argumentos morais, citados em 9 decisões. Tal conclusão advém do fato de que, se por um lado conforme Toledo (2021, p. 80-104), o excesso de argumentos práticos do tipo geral possa ser sintomático do ativismo judicial, também a falta de tais argumentos pode se revelar como um problema. A argumentação prática geral, para Alexy (2020, p. 245-246), pode ser necessária ao discurso jurídico especialmente (1) na fundamentação das premissas normativas que dão base para a saturação das formas de argumentos; (2) na fundamentação da escolha de diferentes formas de argumentos que levam a resultados díspares; (3) na fundamentação de enunciados dogmáticos; (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e; (5) na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. Neste ambiente, também se faz fundamental considerar que a *necessária aplicação da máxima da proporcionalidade* (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) nas decisões atinentes ao direito sanitário, para a solução da colisão entre o princípio do direito fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível, deveria ensejar um maior número de argumentos práticos do tipo geral, tendo em vista tratar-se de uma análise preponderantemente pragmática (eficiência, utilidade);

- A alta utilização de dispositivos normativos sem a referência aos cânones interpretativos pode indicar uma baixa preocupação argumentativa. Diante da citação de dispositivos normativos, que foram apontados 85 vezes, em 28 decisões, a utilização de cânones hermenêuticos é notoriamente baixa: nas

34 decisões analisadas, o cânone literal foi citado em 9 delas (26%) e o teleológico em 4 acórdãos (11%), não havendo menção, em nenhuma das decisões, aos demais cânones (histórico, genético, sistemático e comparativo). Importante ressaltar, neste ponto, que a baixa preocupação argumentativa pode advir da ausência de dúvida ou questionamento em relação ao sentido da norma;

- A ausência de citação de dados científicos nos acórdãos analisados pode ser indicativa de decisões com baixa fundamentação técnica. Um dado relevante é a *baixíssima referência aos argumentos empíricos*: os fatos concretos foram citados em 5 das 34 decisões analisadas (14%), não tendo havido nenhuma citação de dados científicos. No âmbito do direito à saúde, uma das formas de efetivação da racionalização pretendida se dá mediante a utilização de fundamentação técnica. Como forma de auxiliar o Poder Judiciário nesse desiderato, o CNJ criou instrumentos para uma maior racionalização das decisões judiciais, de modo a proporcionar critérios para uma maior padronização. Como exemplo cita-se a plataforma on-line e-NatJus, hospedada na página eletrônica do CNJ, contando com um repositório de pareceres médicos para respaldar os juízes de todo o país em decisões que envolvam temas da saúde, como pedidos de medicamentos. Além disso, como foi visto anteriormente, a proporcionalidade possui como duas primeiras máximas parciais questões eminentemente pragmáticas. Neste ambiente, cumpre ressaltar a observação de Habermas (1989, p.13) para quem questões pragmáticas possuem afinidade com a argumentação empírica. Pode-se dizer, para utilizar o vocabulário alexyano, que argumentos pragmáticos dependem de argumentos empíricos para serem saturados;

- O fato de o grau de satisfação dos critérios de racionalidade ter sido notoriamente elevado, aliado à classificação dos graus de racionalidade, em sua maioria, como grave, conduz à constatação da prevalência de elevada racionalidade nas decisões do STJ investigadas, no tratamento do direito à saúde, no período compreendido entre 2017 e 2020;

- Finalmente, constatou-se que, conquanto se tenha verificado uma argumentação focada, precipuamente, em argumentos institucionais (à exceção da doutrina), tal realidade não comprometeu o seu nível de

racionalidade, uma vez que foram consideradas elevadas tanto a racionalidade lógica (91% das decisões), quanto a racionalidade substancial (82% delas). Isso se deve ao fato de que, por mais que haja um critério de coerência que demanda a maior extensão possível das cadeias de razões, os argumentos institucionais possuem função de descarga (ALEXY, 2020, p. 233-234; p. 239). Neste sentido, tais argumentos já partem de justificações aceitas como corretas e suas razões subjacentes ingressam no discurso de forma entimemática ao enunciado.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: 1991.

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafio**. São Paulo: Martinari, 2015.

ALEXY, Robert. Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criteria less super Criterion. *In*: AARNIO, Aulis et al. **On Coherence Theory of Law**. Lund: Juristförlaget i Lund: 1998, p. 36-48.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2 ed. 5ª tiragem, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica e Apresentação Cláudia Toledo. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. **Ratio Juris**, v. 3, n. 1, p. 130-147, 1990.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde: Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentação Jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017.

BAETA, Camila Silva. **Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira: uma análise da aplicação da máxima da proporcionalidade e da fórmula do peso aos julgados do STF sobre o princípio da liberdade de expressão**. Juiz de Fora: UFJF, 2021.

BAPTISTA, Flávia de Souza Martins; CASTILHOS, Ian Fernandes de; TOLEDO, Cláudia. **Racionalidade Argumentativa no Supremo Tribunal Federal durante a Pandemia de Covid-19**. No prelo.

BOBBIO, Norberto. La Razón en el Derecho (observaciones preliminares). **DOXA**. Alicante, n.2, p.17-26. 1980.

BONFIM, Bruna. Os desafios da pesquisa empírica no âmbito do direito. **Revista Direito UNIFACS**. Salvador, n. 242, ago. 2020, p. 14-15.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Universidad Externado de Colombia. Colombia: 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde**. Brasília: CNJ, 2019d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em 29 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 84, de 14 de agosto de 2019c**. Dispõe sobre o uso e funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa: Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das Demandas, causas e propostas de solução. Brasília, CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e Resolução das demandas de assistência à saúde. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 abr. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. DJe/CNJ, nº 160, de 09/09/2016, p. 8-9. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 16 de julho de 1934. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990a**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990b**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá

outras providências. Portal da Legislação, Brasília, 31 dez. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm). Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de abr. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm). Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça** (1989). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1.657.156 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. DJe: 04/05/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=04/05/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Agravo em Recurso Especial 474.300 – Pernambuco**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 02/08/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201400291930&dt\\_publicacao=02/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400291930&dt_publicacao=02/08/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Agravo em Recurso Especial 1.498.607 – São Paulo**. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe: 02/12/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201901303311&dt\\_publicacao=06/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901303311&dt_publicacao=06/12/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Agravo em Recurso Especial 873.437 – Minas Gerais**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 02/04/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600511902&dt\\_publicacao=02/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600511902&dt_publicacao=02/04/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.234.968 – Santa Catarina**. Relatora: Mina. Regina Helena Costa. DJe: 21/11/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201100187287&dt\\_publicacao=21/11/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100187287&dt_publicacao=21/11/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.553.112 – Ceará**. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe: 10/03/2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502204528&dt\\_publicacao=10/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502204528&dt_publicacao=10/03/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.574.773 – PiauÍ**. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe: 04/05/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201503097378&dt\\_publicacao=04/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201503097378&dt_publicacao=04/05/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.797.829 – Rio Grande do Sul**. Relatora: Mina. Regina Helena Costa. DJe:

13/08/2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900437900&dt\\_publicacao=14/08/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900437900&dt_publicacao=14/08/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso em Mandado de Segurança 47.529 – Santa Catarina**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 18/06/2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500234050&dt\\_publicacao=25/06/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500234050&dt_publicacao=25/06/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.365.842 – Santa Catarina**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJe: 09/03/2020.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300259172&dt\\_publicacao=11/03/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300259172&dt_publicacao=11/03/2020). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt no Recurso em Mandado de Segurança 63987 – Goiás**. Relatora: Mina. Regina Helena Costa. DJe: 07/12/2020. Disponível em:

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001737853&dt\\_publicacao=11/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001737853&dt_publicacao=11/12/2020). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgInt nos EDcl no AgRgnoRecurso Especial 908.045 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 24/08/2018. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200602671014&dt\\_publicacao=24/08/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602671014&dt_publicacao=24/08/2018). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgIntnoRecurso Especial 1.695.597 – Sergipe**. Relator: Min. Gurgel de Faria. DJe: 19/02/2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201702325890&dt\\_publicacao=19/02/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702325890&dt_publicacao=19/02/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo emRecurso Especial 1.303.664 – Mato Grosso do Sul**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 10/10/2018. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801326896&dt\\_publicacao=10/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801326896&dt_publicacao=10/10/2018). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg no Agravo em Recurso Especial 649.229 – Minas Gerais**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 06/04/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500052573&dt\\_publicacao=06/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500052573&dt_publicacao=06/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg no Recurso Especial 1.366.857 – Paraná**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 31/03/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300474661&dt\\_publicacao=31/03/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300474661&dt_publicacao=31/03/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg no Recurso Especial 1.377.162 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe: 07/04/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201300933820&dt\\_publicacao=07/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300933820&dt_publicacao=07/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.464.492 – Pernambuco**. Relatora: Mina. Assusete Magalhães. DJe: 24/09/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900743573&dt\\_publicacao=24/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900743573&dt_publicacao=24/09/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **AgInt no Agravo em Recurso Especial 1.144.147 – Pernambuco**. Relatora: Mina. Assusete Magalhães. DJe: 29/04/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701861058&dt\\_publicacao=05/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701861058&dt_publicacao=05/05/2020). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **AgInt no Recurso Especial 1.784.258 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 18/10/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802843150&dt\\_publicacao=18/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802843150&dt_publicacao=18/10/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo em Recurso Especial 1.579.684 – São Paulo**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 18/05/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902674453&dt\\_publicacao=18/05/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902674453&dt_publicacao=18/05/2020). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso em Mandado de Segurança 61.891 – Goiás**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 19/12/2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201902863122&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902863122&dt_publicacao=19/12/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1.645.067 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 20/04/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603111409&dt\\_publicacao=20/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603111409&dt_publicacao=20/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.645.846 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 20/04/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603220934&dt\\_publicacao=20/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603220934&dt_publicacao=20/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.645.847 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 20/04/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603221778&dt\\_publicacao=20/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603221778&dt_publicacao=20/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.650.790 – Pernambuco**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 20/04/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603358053&dt\\_publicacao=20/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603358053&dt_publicacao=20/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.653.004 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 24/04/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700141041&dt\\_publicacao=24/04/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700141041&dt_publicacao=24/04/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.655.043 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 30/06/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700293962&dt\\_publicacao=30/06/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700293962&dt_publicacao=30/06/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.660.425 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 20/06/2017.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700386978&dt\\_publicacao=20/06/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700386978&dt_publicacao=20/06/2017). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.682.973 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. OG Fernandes. DJe: 11/06/2018.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701673577&dt\\_publicacao=11/06/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701673577&dt_publicacao=11/06/2018). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.730.852 – São Paulo**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 28/11/2018.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800545080&dt\\_publicacao=28/11/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800545080&dt_publicacao=28/11/2018). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1.053.375 – Rio Grande do Sul**. Relator: Min. OG Fernandes. DJe: 22/05/2019.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200800937021&dt\\_publicacao=22/05/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800937021&dt_publicacao=22/05/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial 1.794.059 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 22/04/2019.

Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900220394&dt\\_publicacao=22/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900220394&dt_publicacao=22/04/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial**

**1.803.426 – Rio Grande do Norte**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe:

30/05/2019. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900814426&dt\\_publicacao=30/05/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900814426&dt_publicacao=30/05/2019). Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8.895/DF.

Impetrante: Roberto Thomaz da Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Saúde e outro. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 22 de outubro de 2003. **Pesquisa**

**de Jurisprudência**, Acórdão, 07 jun. 2004. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200300142650&dt\\_publicacao=07/06/2004](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300142650&dt_publicacao=07/06/2004). Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.488.639/SE.

Recorrente: União. Recorrida: Sylvania Maria Nascimento Santos. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 20 de novembro de 2014. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 16 dez. 2014. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402691190&dt\\_publicacao=16/12/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402691190&dt_publicacao=16/12/2014). Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ.

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 04 maio 2018. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=04/05/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018). Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº4**. Brasília, DF, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível

em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator:

Ministro Marco Aurélio. Brasília, 11 de março de 2020. **Pesquisa de Jurisprudência**. Informativo, 17 mar.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de maio de 2019a. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de maio de 2019. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3.073. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Impetrante: Luis Carlos Fernandes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. **Pesquisa de Jurisprudência**, Decisões da Presidência, 14 fev. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em: 08 nov. 2021.

DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos direitos fundamentais sociais. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 14, n. 102, p. 233-250, fev./maio de 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e Limites do Controle Judicial sobre as Políticas Públicas de Saúde – Um contributo para a Dogmática do Direito à Saúde**. Prefácio de Vicente de Paula Mendes. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; CARVALHO, Ecaroline Pessoa. Aplicabilidade da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy nas Decisões Judiciais. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, Ano 6, n. 21, p. 124-144, out./dez., 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades (Coord); VIDAL, Víctor Luna (Coord). **Direito à Saúde – Judicialização e Pandemia do Novo Coronavírus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

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

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Lianade Barros. **IX. A Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde: Uma Análise do Relatório Analítico**

**Propositivo "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução", do Conselho Nacional de Justiça** *in*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Víctor. **Direito à Saúde - Ed. 2020**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Universitas Jus**, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez.2010. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/1149>. Acesso em: 19 nov. 2021.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 13, n. 7, set/dez, p. 4-19, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. São Paulo: Unesp, 2020.

KLATT, Mathias. Argumentação Jurídica e Devido Processo Legal *in*: TOLEDO, Cláudia. **O pensamento de Robert Alexy como Sistema**. 2017, p. 57.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 21 ed., 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 30 ed., 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá Editora, 1 ed., 2012.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Célia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *in*: Cesar Gomes Victora, Maria do Carmo Leal, Maurício Lima Barreto, Maria Inês Schmidt, Carlos Augusto Monteiro (org.). **Saúde no Brasil: a série The Lancet**, 2011, p. 11-31.

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Springer, 2009.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Análise da argumentação jurídica em decisão judicial: desenvolvimento e aplicação de modelo analítico-sintético. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 206-222, set./dez., 2017.

PIMENTA, Liana. **O custo da judicialização da saúde: uma análise do emprego eficiente dos recursos públicos na promoção do direito à saúde a partir de pesquisa empírica realizada em município fluminense**. Universidade Federal de Juiz de Fora: UFJF, 2021.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 102-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92449>. Acesso em: 27 fev. 2022.

Portal do TRF2. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/ao-completar-11-anos-forum-nacional-da-saude-enfatiza-uso-de-evidenciascientificas-nas-decisoes-judiciais/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0023587-85.2019.8.19.0000. Agravante: Município de Volta Redonda. Agravado: Sebastião Alves André. Relator: Desembargador Fernando Fernandy Fernandes. Rio de Janeiro, 22 de julho de 2019. **Consulta de Jurisprudência**, 30 jul. 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2019.066.008110-5&USER=>. Acesso em: 08 nov. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0006963-85.2001.8.19.0001. Autor: J.P. Réu: Estado de Rio de Janeiro. Relator: Desembargador Carlos Coelho Lavigne de Lemos. Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2002. **Consulta de Jurisprudência**, 20 mar. 2003. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.15.1>. Acesso em: 08 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 13 ed., 2018.

SCHULZE, Clênio Jair. **A Judicialização é o remédio para a saúde?** Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-judicializacao-e-o-remedio-para-a-saude-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em 11 nov. 2021.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. **A aplicação limitada da reserva do possível**. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora: UFJF, 2014.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. **O Princípio da Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Juiz de Fora: UFJF, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, São Paulo, n. 4, p. 23-51, out./dez.2006.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo, Landy, 2003.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais: conteúdo, princípio da proporcionalidade e efetivação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v.27, n.2, p.225-236, jul./dez.2011.

TOLEDO, Cláudia. Fundamental social rights and existenzminimum. *In*: GALUPPO, Marcelo; LOPES, Mônica Sette, GONTIJO, Lucas, SALGADO, Karine, BUSTAMANTE, Thomas. **Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts – und Sozialphilosophie. Belo Horizonte, *Initia Via*, 2015, p. 1774-1785.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. *In*: TOLEDO, Cláudia. **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Gen, 2017a, p.278-292.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. **Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, ano VI, v. 11, n. 01, p. 102-119, fev. 2017b. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

TOLEDO, Cláudia. Judicial Activism or Judicial Review – Distinction Criteria And Comparative Analysis: Brazil, Argentina, Mexico, Germany. **Comparative Law Review**, vol. 10, p. 80-104, 2021.

TOLEDO, Cláudia. O Impacto da Regulamentação do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016) na Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. **Perspectivas de Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, 2021.

TOLEDO, Cláudia. **Pretensão de Correção no Pensamento de Robert Alexy** - Da necessária formulação da pretensão de correção pelo Direito e da necessária conexão entre Direito e Moral. No prelo.

TOLEDO, Cláudia *et al.* Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino Americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p.213-239, jul/dez. 2019.

## APÊNDICES

### Apêndice A – Quadro-padrão de fichamento das decisões

<b>TERMO/Expressão de busca:</b> "direito à saúde"					
<b><u>DADOS DO PROCESSO</u></b>					
<b>TRIBUNAL</b>	<b>ÓRGÃO JULGADOR</b>	<b>AÇÃO</b>	<b>RELATOR(A)</b>	<b>AGRAVANTE</b>	<b>AGRAVADO</b>
<b>DATA DO JULGAMENTO</b>			<b>ENDEREÇO ELETRÔNICO</b>		
<b><u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u></b>					
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>		<b>PRECEDENTES</b>		<b>DOCTRINA</b>	
<b><u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u></b>					
<b>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</b>					
<b>Argumentos Pragmáticos</b>		<b>Argumentos Éticos</b>		<b>Argumentos Morais</b>	
<b>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</b>					
<b>Fatos Concretos</b>			<b>Dados Científicos</b>		
<b><u>JUSTIFICAÇÃO INTERNA</u></b>					

PREMISSA MAIOR				PREMISSA MENOR				
PRINCIPAIS RAZÕES DA DECISÃO								
CONCLUSÃO								
<u>JUSTIFICAÇÃO EXTERNA</u>								
ARGUMENTOS DE PRECEDENTE				ARGUMENTOS DOGMÁTICOS				
CÂNONES HERMENÊUTICOS								
LITERAL	HISTÓRICO	GENÉTICO	SISTEMÁTICO	TELEOLÓGICO	COMPARATIVO			
FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS								
Analogia		A Contrario		A Fortiori		Ad Absurdum		
<u>CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO</u>								
CORREÇÃO LINGUÍSTICA			CONSISTÊNCIA			COERÊNCIA		
Não Satisfeita	Parcialmente Satisfeita	Satisfeita	Não Satisfeita	Parcialmente Satisfeita	Satisfeita	Não Satisfeita	Parcialmente Satisfeita	Satisfeita
<u>TIPOS E GRAUS DE RACIONALIDADE</u>								
RACIONALIDADE LÓGICA				RACIONALIDADE SUBSTANCIAL				
Leve	Moderado	Grave	Leve	Moderado	Grave			

## Apêndice B - Tabulação Cruzada

<b><u>TOTAL DE DECISÕES ANALISADAS: 34</u></b>					
<b><u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u></b>					
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>		<b>PRECEDENTES</b>		<b>DOCTRINA</b>	
<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>	
85		293		0	
<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>
28	82%	33	97%	0	0%
<b><u>ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS</u></b>					
<b><u>ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS</u></b>					
<b>Argumentos Pragmáticos</b>		<b>Argumentos Éticos</b>		<b>Argumentos Morais</b>	
<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>	
4		7		10	
<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>
3	9%	7	20%	9	26%
<b><u>ARGUMENTOS EMPÍRICOS</u></b>					
<b>Fatos Concretos</b>			<b>Dados Científicos</b>		
<b>Nº Total de Incidências</b>			<b>Nº Total de Incidências</b>		
7			0		
<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>
5	14%	0	0%		
<b><u>JUSTIFICAÇÃO INTERNA</u></b>					
<b>PREMISSA MAIOR</b>			<b>PREMISSA MENOR</b>		
<b>Nº de Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de Decisões</b>	<b>(%)</b>
34	100%	34	100%		

<b>JUSTIFICAÇÃO EXTERNA</b>											
<b>ARGUMENTOS DE PRECEDENTE</b>						<b>ARGUMENTOS DOGMÁTICOS</b>					
<b>Nº Total de Incidências</b>						<b>Nº Total de Incidências</b>					
72						0					
<b>Nº de decisões</b>			<b>(%)</b>			<b>Nº de decisões</b>			<b>(%)</b>		
30			88%			0			0%		
<b>CÂNONE LITERAL</b>		<b>CÂNONE HISTÓRICO</b>		<b>CÂNONE GENÉTICO</b>		<b>CÂNONE SISTEMÁTICO</b>		<b>CÂNONE TELEOLÓGICO</b>		<b>CÂNONE COMPARATIVO</b>	
<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>		<b>Nº Total de Incidências</b>	
14		0		0		0		5		0	
<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>
9	26%	0	0%	0	0%	0	0%	4	11%	0	0%
<b>FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS</b>											
<b>Analogia</b>			<b>A Contrario</b>			<b>A Fortiori</b>			<b>Ad Absurdum</b>		
<b>Nº Total de Incidências</b>			<b>Nº Total de Incidências</b>			<b>Nº Total de Incidências</b>			<b>Nº Total de Incidências</b>		
2			1			0			0		
<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº de decisões</b>	<b>(%)</b>
2	5%	1	2%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%

<b>CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO</b>																	
<b>CORREÇÃO LINGUÍSTICA</b>						<b>CONSISTÊNCIA</b>						<b>COERÊNCIA</b>					
<b>Não Satisfeita</b>		<b>Parcialmente Satisfeita</b>		<b>Satisfeita</b>		<b>Não Satisfeita</b>		<b>Parcialmente Satisfeita</b>		<b>Satisfeita</b>		<b>Não Satisfeita</b>		<b>Parcialmente Satisfeita</b>		<b>Satisfeita</b>	
<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>
0	0%	1	2%	33	97%	1	2%	1	2%	32	94%	1	2%	5	14%	28	82%
<b>TIPOS E GRAUS DE RACIONALIDADE</b>																	
<b>RACIONALIDADE LÓGICA</b>						<b>RACIONALIDADE SUBSTANCIAL</b>											
<b>Leve</b>		<b>Moderado</b>		<b>Grave</b>		<b>Leve</b>		<b>Moderado</b>		<b>Grave</b>		<b>Leve</b>		<b>Moderado</b>		<b>Grave</b>	
<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>	<b>Nº Decisões</b>	<b>(%)</b>
1	2%	2	2%	4	4%	31	91%	1	2%	4	11%	28	82%				

## Apêndice C – Exemplo de quadro-padrão de fichamento de acórdãos no âmbito do STJ

<b>TERMO/Expressão de busca:</b> “direito à saúde”					
<b><u>DADOS DO PROCESSO</u></b>					
<b>TRIBUNAL</b> STJ	<b>ÓRGÃO JULGADOR</b> Primeira Turma	<b>AÇÃO</b> AgInt no Recurso Especial nº 1.234.968 – SC	<b>RELATOR(A)</b> Regina Helena Costa	<b>AGRAVANTE</b> União	<b>AGRAVADO</b> Ministério Público Federal
<b>DATA DO JULGAMENTO</b> 07-11-2017			<b>ENDEREÇO ELETRÔNICO</b> <a href="https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100187287&amp;dt_publicacao=21/11/2017">https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100187287&amp;dt_publicacao=21/11/2017</a>		
<b><u>ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS</u></b>					
<b>DISPOSITIVOS NORMATIVOS</b>		<b>PRECEDENTES</b>		<b>DOCTRINA</b>	
Art. 557, caput, do CPC/1973; artigos 2º, 37, caput, 102, III, 105, III, alíneas a/c, 127, 129, III, 196, 198 CF/88; art. 83 da LC n. 75/93; artigos 543-C, 1.021, §4º do CPC/15.		Súmulas 284, STF e 83 do STJ; EDcl no AgRg nos EREsp 1054064/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/04/2013, DJe 02/05/2013; AgRg no AREsp 401.883/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014; AgRg no AREsp 441.462/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014; AgRg no AREsp 322.523/RJ, 1ª T., Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 11.10.2013; e AgRg no REsp 1.452.950/PE, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.08.2014; AgRg no REsp 1.318.139/SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 03.09.2012; REsp 1365202/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 25/04/2014; AgRg no REsp 1350734/MG, Rel. Ministra MARGA TESSLER - JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO -, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 03/06/2015; Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006; REsp 869.843/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 15/10/2007; REsp 1.655.043/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe			

30/06/2017 (...).

**ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS****ARGUMENTOS PRÁTICOS GERAIS****Argumentos Pragmáticos****Argumentos Éticos****Argumentos Morais**

“A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.” [p12]

“O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.” [p.10]

“Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.” [p.11]

**ARGUMENTOS EMPÍRICOS**

## Fatos Concretos

## Dados Científicos

Tabela 2

**JUSTIFICAÇÃO INTERNA****PREMISSA MAIOR – Norma Geral**

SÚMULA 284 STF - É INADMISSÍVEL O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO A DEFICIÊNCIA NA SUA FUNDAMENTAÇÃO NÃO PERMITIR A EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA.

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

SÚMULA 83 STJ - NÃO SE CONHECE DO RECURSO ESPECIAL PELA DIVERGÊNCIA, QUANDO A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DA DECISÃO RECORRIDA.

**PREMISSA MENOR – Situação Fática**

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de manejo de ação civil pública pelo Ministério Público na defesa de direitos individuais indisponíveis, bem como acerca da necessidade de previsão orçamentária para a concessão de provimento judicial que objetive concretizar direitos fundamentais [p.5]

**PRINCIPAIS RAZÕES DA DECISÃO – Argumentos responsáveis pela saturação da dedução lógica da decisão**

“Em relação aos fundamentos adotados pela decisão monocrática no tocante à impossibilidade de conhecer, em sede de recurso especial, de violação a dispositivos constitucionais, à aplicação, por analogia, da Súmula n. 284/STF, quanto à apontada afronta ao art. 83 da LC n. 75/93, à incidência da Súmula n. 83/STJ no que tange à possibilidade de manejo de ação civil pública pelo Ministério Público na defesa de direitos individuais indisponíveis, quanto à legitimidade passiva da União e acerca da necessidade de previsão orçamentária para a concessão de provimento judicial que objetive concretizar direitos fundamentais, a Agravante informa sua concordância com a solução alcançada pela julgadora, procedimento que encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde que o capítulo no qual a desistência foi requerida seja independente e não interfira na análise do mérito da irresignação.” [p.5]

“Em relação aos argumentos trazidos pela Agravante no recurso ora analisado, ressalto que na decisão agravada não houve qualquer reforma do acórdão prolatado pelo tribunal de origem, em razão da negativa de seguimento ao recurso especial. Dessa forma, a referência ao

entendimento desta Corte quanto à amplitude dos efeitos de decisão proferida em ação civil pública, desde que demonstrada a titularidade do direito transindividual quando da liquidação e execução individual da sentença, consistiu em obter dictum, motivo pelo qual não há o que se modificar no julgado agravado, devendo ser mantida a decisão nos termos em que foi proferida, ante a inexistência de quaisquer erros de julgamento ou de procedimento.” [p.5/6]

### **CONCLUSÃO**

Os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negaram provimento ao agravo interno da União. [p.25]

### **JUSTIFICAÇÃO EXTERNA**

#### **ARGUMENTOS DE PRECEDENTE**

“Com efeito, o recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar possível ofensa a norma constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

Dessa forma, a presente insurgência não pode ser conhecida no que tange à alegada violação aos arts. 127, 129, III, e 198 da Constituição da República.

A respeito do tema, o precedente: [...]” [p.6]

“Outrossim, em relação à alegação de afronta ao art. 83 da Lei Complementar n. 75/93, verifica-se a ausência de demonstração precisa de como tal violação teria ocorrido, porquanto referido dispositivo legal diz respeito às competências do Ministério Público do Trabalho. Assim, fica impedido o conhecimento do recurso especial neste ponto.

Desse modo, em consonância com o entendimento desta Corte, nos casos em que a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se ao recurso especial, por analogia, a incidência da orientação contida na Súmula 284, do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: [...]” [p.6/7]

“Ademais, firmou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual o recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas a e/ou c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontrar-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula 83, verbis:

Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” [p.8]

#### **ARGUMENTOS DOGMÁTICOS**

<p>“No caso, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual é possível o manejo de ação civil pública pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, por coadunar-se com as suas funções institucionais.” [p.8]</p> <p>“Também no ponto referente à legitimidade passiva da União, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento pacificado nesta Corte, segundo o qual o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de acesso a medicamentos ou a realização de tratamento médico, conforme denotam as ementas dos seguintes julgados: [...]”. [p.12]</p>					
<b>CÂNONES HERMENÊUTICOS</b>					
<b>LITERAL</b>	<b>HISTÓRICO</b>	<b>GENÉTICO</b>	<b>SISTEMÁTICO</b>	<b>TELEOLÓGICO</b>	<b>COMPARATIVO</b>
<p>“Com efeito, o recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar possível ofensa a norma constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.” [p.6]</p> <p>“Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses Individuais indisponíveis,</p>				<p>“É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à proibição da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas”. [p.10]</p>	

podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129)".[p. 10]					
<b>FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIAIS</b>					
<b>Analogia</b>	<b>A Contrario</b>		<b>A Fortiori</b>		<b>Ad Absurdum</b>

Tabela 3

**CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO**

<b>CORREÇÃO LINGUÍSTICA</b>			<b>CONSISTÊNCIA</b>			<b>COERÊNCIA</b>		
<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>	<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>	<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>
		<b>X</b>			<b>X</b>			<b>X</b>
<b>TIPOS E GRAUS DE RACIONALIDADE</b>								
<b>RACIONALIDADE LÓGICA</b>				<b>RACIONALIDADE SUBSTANCIAL</b>				
<b>Leve</b>	<b>Moderado</b>		<b>Grave</b>	<b>Leve</b>	<b>Moderado</b>		<b>Grave</b>	
			<b>X</b>					<b>X</b>

**CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO**

<b>CORREÇÃO LINGUÍSTICA</b>			<b>CONSISTÊNCIA</b>			<b>COERÊNCIA</b>		
<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>	<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>	<b>Não Satisfeita</b>	<b>Parcialmente Satisfeita</b>	<b>Satisfeita</b>
		<b>X</b>			<b>X</b>			<b>X</b>
<b>TIPOS E GRAUS DE RACIONALIDADE</b>								

RACIONALIDADE LÓGICA			RACIONALIDADE SUBSTANCIAL		
Leve	Moderado	Grave X	Leve	Moderado	Grave X