

**RELEITURA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO
JUIZ EM MATÉRIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO
INCORPORADO AO SUS**

REINTERPRETATION OF THE PRINCIPLE OF REASONED FREE CONVICTION OF
THE JUDGE IN CASES INVOLVING THE PROVISION OF NON-INCORPORATED
MEDICATIONS IN THE UNIFIED HEALTH SYSTEM

Carlos Henrique Dias¹

<https://doi.org/10.55839/2358-7008RCDv13n1pa222-237>

RESUMO

O presente estudo analisa, a partir da visão do Poder Judiciário e da atuação da Advocacia Pública, as demandas judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, com destaque para o impacto do "livre convencimento motivado" nas decisões judiciais e necessidade de autocontenção do Judiciário em matéria técnica relativa à Saúde Pública. Discute-se a relevância da fundamentação judicial detalhada e a consideração de provas técnicas, como análise de recomendação da Conitec e notas técnicas da NATJUS, à luz das recém editadas teses vinculantes nº 6 e nº 1.234 de repercussão geral. Conclui-se pela manutenção do "livre convencimento motivado" do juiz, mas com necessária releitura, a fim de conferir à Política Pública de Saúde e aos órgãos técnicos que nela atuam a devida consideração, sem abdicar da autonomia judicial.

Palavras-chave: Fornecimento de medicamentos; Sistema Único de Saúde; Livre convencimento motivado; Autocontenção judicial.

ABSTRACT

The present study analyzes, from the perspective of the Judiciary and the role of Public Advocacy, legal claims related to the provision of medications not incorporated into the Universal Health System of Brazil, with emphasis on the impact of "reasoned free conviction" on judicial decisions and the need for judicial self-restraint in technical matters concerning Public Health. The discussion highlights the relevance of detailed judicial reasoning and the consideration of technical evidence, such as the analysis of recommendations from Conitec and technical notes from NATJUS, in light of the recently issued binding theses No. 6 and No. 1,234 of general repercussion. The study concludes that the judge's "reasoned free conviction" should

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Faculdade Aldete Maria Alves. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus. Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: carloshd.direito@gmail.com

be maintained but subject to a necessary reinterpretation to ensure due consideration of Public Health Policy and the technical bodies involved therein, without compromising judicial autonomy.

Keywords: Provision of medications; Unified Health System; reasoned free conviction; judicial self-restraint.

1. INTRODUÇÃO

As demandas judiciais sobre fornecimento de medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde é tema comum à Advocacia Pública Nacional e vem ganhando – merecidamente – especial atenção da Administração Pública, não apenas em razão do crescente número de ações propostas anualmente, com o consequente impacto orçamentário, mas também pela necessidade de adoção de estratégias processuais capazes de fazer frente à litigância de massa.

Nesse panorama, a capacidade de demonstrar ao Poder Judiciário a existência de Política Pública eficaz no âmbito do SUS é indispensável, não bastando a mera alegação de que o medicamento postulado pela parte autora não faz parte do arsenal terapêutico incorporado. É indispensável a efetiva demonstração de que, para o tratamento da doença que acomete a parte autora, existe um Protocolo Clínico na rede pública, dotado de alternativas terapêuticas medicamentosas ainda não utilizadas ou não afastadas técnica e fundamentadamente.

Referida providência é efetivamente realizada na fase de instrução probatória do processo, exigindo-se do juiz análise esmiuçada sobre o material apresentado pelas partes e fundamentação séria sobre a argumentação levantada em sede de defesa.

Contudo, conforme será aprofundado no decorrer deste trabalho, a adoção do “livre convencimento motivado do juiz” pelo Código de Processo Civil de 1973 e, em certa medida, pelo Código de Processo Civil de 2015, possibilitou o surgimento de decisões judiciais com conteúdo e expressões genéricas, muitas vezes desprovidas de relação com as provas apresentadas no processo. Com indicação de frases padronizadas, como “o laudo médico apresentado pela parte autora demonstra a existência da doença e a indicação do medicamento”, fundamenta-se a procedência de qualquer pedido, não raramente sem apresentação de fundamento para o afastamento das alternativas ofertadas pelo Estado em Contestação.

A finalidade do presente trabalho é demonstrar que referida problemática foi, ao menos teoricamente, solucionada pelas teses vinculantes firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos temas 6 e 1.234 de repercussão geral. Conforme será detalhado a seguir, foram fixados requisitos sérios para o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS, os quais devem ser comprovados pela parte autora, impedindo, assim, a adoção de “regras de experiência” pelo juiz que acabavam, na prática, invertendo o ônus probatório.

Doravante, exige-se do juiz fundamentação detalhada, muitas vezes com adoção de autocontenção em matérias técnicas alheias ao Direito e colheita de pareceres de pessoas ou órgãos com expertise na área.

Com isso, objetiva-se discutir a manutenção do “livre convencimento motivado do juiz” em matéria de Saúde Pública, sem pretender adotar sistema rígido de tarifação da prova.

2. BREVES DIGRESSÕES SOBRE A FASE INSTRUTÓRIA NAS AÇÕES SOBRE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

As demandas judiciais sobre fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS não ostentam características específicas que as diferenciem dos pedidos de imposição de obrigação de fazer em geral. Em linhas gerais, cabe à parte autora comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao ente público requerido comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, conforme artigo 373 do Código de Processo Civil.

Ao juiz cabe dirigir o processo, autorizando a produção das provas que não sejam contrárias ao ordenamento jurídico. Pode, ainda, aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, bem como regras de experiência técnica, nos termos do artigo 375 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, cabe à parte autora comprovar (i) o diagnóstico da doença que a acomete, (ii) a imprescindibilidade e eficácia do medicamento postulado e (iii) a ausência de alternativa terapêutica eficaz incorporada ao Sistema Único de Saúde, associada à (iv) incapacidade para custeio e outras circunstâncias específicas ao caso concreto². Ao ente público requerido cabe comprovar a existência de alternativa terapêutica capaz de substituir o

² Estes são, em linhas gerais, os requisitos fixados pelo Superior Tribunal de Justiça para o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS, conforme julgamento prolatado no REsp 1.657.156-RJ (tema 106 dos recursos repetitivos).

medicamento postulado sem prejuízo à saúde da parte autora, além de outra circunstância ínsita ao concreto.

Inexiste qualquer regra determinando a inversão do ônus da prova ou dispensando a parte autora de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Todavia, a atuação cotidiana nesses processos vem mostrando a adoção, por juízes e Tribunais, de uma inversão do ônus da prova “camuflada” ou, pelo menos, não expressamente registrada no processo.

Adotando-se o simples laudo médico que acompanha a petição inicial, inúmeras sentenças de procedência são prolatadas diariamente com fundamentos como “o laudo médico comprovou a necessidade do medicamento”, “o requerido não afastou a prescrição médica”, “o requerido não comprovou a existência de alternativa terapêutica”, entre outros. Na prática, sentenças com essa característica transferem ao requerido, de forma inadvertida e sem previsão legal ou jurisprudencial, todo o ônus da prova, pois adotam o laudo médico apresentado na exordial como prova pronta, acabada e suficiente para se acolher o pedido.

Conforme demonstrado acima, cabe à parte autora comprovar a impossibilidade de substituição do medicamento pelas alternativas incorporadas ao SUS, seja por eventual ineficácia ou contraindicação. É isso o que consta da tese vinculante firmada pelo STJ no julgamento do Tema 106. Ao requerido incumbe comprovar a existência da alternativa, sendo ônus da parte autora comprovar a suposta ineficácia, sendo insuficiente, para tanto, a simples indicação do medicamento postulado através de laudo médico.

Embora o artigo 375 do Código de Processo Civil autorize o juiz a aplicar as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, não é possível adotar como verdade a premissa – equivocada – de que o arsenal terapêutico do SUS é insuficiente.

Conforme ensinam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “as máximas da experiência são, enfim, o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece; podem ser formuladas em abstrato por todo aquele de nível mental médio”³.

Em nosso país, há uma ideia equivocada de que o sistema público de saúde não funciona. A adoção dessa premissa equivocada pode levar à presunção de que, se o

4 DIDIER Jr., Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil – v.2 – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória** – 19. Ed. – São Paulo: Editora JusPodivm 2024, p. 82.

medicamento foi indicado por um médico, ele é necessário, bem como de que os medicamentos incorporados ao SUS são ineficazes. Haveria, na visão do juiz, uma prova *prima facie*⁴.

Entretanto, os Protocolos Clínicos do SUS são editados a partir da soma de esforços de órgãos dotados de conhecimento técnico no assunto, a exemplo da CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e Ministério da Saúde, de modo que os medicamentos incorporados à rede pública não são aleatoriamente selecionados. Se estão incorporados, é porque tiveram sua eficácia e segurança comprovadas.

Indispensável, portanto, a condução da fase instrutória do processo de maneira séria, condizente com o princípio constitucional ao contraditório, o que deve abranger o deferimento das provas pleiteadas pelo requerido, como prova pericial e oitiva de órgãos técnicos, a exemplo do NATJUS⁵ (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário), pois não é adequada a adoção do laudo médico, produzido fora do contraditório, como prova pronta, acabada e inquestionável.

3. SISTEMA DE VALORAÇÃO DAS PROVAS

O sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional é adotado pelo sistema processual brasileiro há bastante tempo, apontando-se, como exemplo, o artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a expressão “livremente”. De acordo com o artigo 371 do CPC vigente, “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”⁶. Embora a supressão possa ter tido alguma finalidade ou

⁴ “A prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece”. Ibid, p. 91.

⁵ O NAT-Jus é um projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que prevê a criação dos Núcleos vinculados aos tribunais. No TJSP, o setor iniciou suas atividades em setembro de 2018, em um projeto-piloto na Capital, e foi ampliado gradativamente para atender todas as varas do Estado de São Paulo. Descrição fornecida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em [https://www.tjsp.jus.br/natjus#:~:text=O%20NAT%2DJus%20%C3%A9%20um,do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.](https://www.tjsp.jus.br/natjus#:~:text=O%20NAT%2DJus%20%C3%A9%20um,do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.,), acesso em 14/01/2025.

⁶ A exclusão da expressão “livremente” é compreendida por parte da doutrina como silêncio eloquente, de modo que não seria mais correto se falar em livre convencimento motivado. Conforme indicado por Fredie Didier Jr.: “Todas as referências ao ‘livre convencimento motivado’ foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é

mensagem específica, fato é que, na prática, não se viu grande mudança na fundamentação apresentada em sentenças sobre fornecimento de medicamento, até porque o Código de 1973 já exigia do juiz a apresentação “dos motivos que lhe formaram o convencimento”⁷.

Segundo o sistema mencionado, o magistrado tem a atribuição de examinar as provas trazidas pelas partes, atribuindo a elas o peso que considerar adequado, uma vez que não há previsão legal que estabeleça previamente o valor probatório específico para cada elemento de prova produzido. Assim, com base na importância atribuída a cada prova, o juiz fundamentará sua decisão, expondo as razões que justificam sua valoração.

Embora o sistema conceda ao juiz espaço para valoração das provas, não é possível acolher o laudo apresentado pela parte autora do processo como prova suficiente a justificar o acolhimento de qualquer pedido. É fato que o juiz não possui conhecimento técnico em medicina suficiente para estabelecer o melhor tratamento para cada moléstia. Todavia, a ausência de conhecimento não pode justificar o acolhimento ilimitado do laudo apresentado, ainda que assinado por profissional da área.

A sentença deve indicar expressamente os motivos que levaram o juiz a afastar as alternativas terapêuticas indicadas pelo Estado requerido, sob pena de admitirmos um contraditório fantasioso, mera formalidade para atender à Constituição Federal. O contraditório deve ser efetivo, o que significa não apenas conferir à parte a oportunidade de indicar e produzir provas, mas, principalmente, que referidas provas sejam levadas em consideração no momento do julgamento.

Não basta a indicação das provas que justificaram o julgamento de procedência. É indispensável a fundamentação sobre as razões que não levaram o juiz a decidir de modo contrário, pois, se uma prova é produzida, é porque entendeu-se pela sua pertinência. A parte que vê produzida a prova indicada tem a fiel convicção de que a mesma será levada em consideração no momento do julgamento. Conforme bem apresentado por Fredie Didier Jr., “de

eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz, adotado pelo CPC-2015”. Ibid, p.132.

⁷ Pela manutenção do livre convencimento motivado: “Trata-se de afirmação equivocada. O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livro convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>, acesso em 15/01/2025.

pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo”⁸.

Ponto problemático também reside no reiterado indeferimento de pedidos de realização de prova e oitiva da NATJUS, cujo fundamento apresentado por juízes seria a suficiência do laudo médico apresentado pela parte autora, respaldado na confiança e credibilidade que devem ser conferidas ao médico prescritor. Adotando-se referido fundamento e a prerrogativa conferida pelo artigo 355, I, do Código de Processo Civil, realiza-se o julgamento antecipado do mérito, com julgamento de procedência⁹.

Referida prática está vedada, pois as teses vinculantes firmadas pelo Supremo Tribunal Federal nos temas 6 e 1.234 de repercussão geral impedem o julgamento de procedência respaldado unicamente no laudo médico apresentado, dando ensejo à discussão sobre a manutenção do livre convencimento motivado em matéria de saúde pública.

4. TESES DE REPERCUSSÃO GERAL RECÉM FIRMADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando que a tese firmada no tema 106 pelo Superior Tribunal de Justiça não se mostrou efetiva em conferir segurança jurídica às demandas sobre fornecimento de medicamento, bem como que a discussão possui inegável conteúdo constitucional, o Supremo Tribunal Federal afetou dois novos temas à sistemática da repercussão geral, quais sejam Tema 6 (RE 566.471¹⁰) e Tema 1.234 (RE 1.366.243¹¹) de repercussão geral.

As teses firmadas são fruto de julgamento conjunto realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Além de outras importantes questões, foram definidos requisitos para o

⁸ Ibid, p. 57.

⁹ Nesse ponto, sempre reflexivas e dignas de nota as palavras de Lenio Luiz Streck: “Como justificar, na democracia, o livre convencimento ou a livre apreciação da prova? Se democracia, lembro Bobbio, *é exatamente o sistema das regras do jogo, como pode uma autoridade pública, falando pelo Estado, ser “livre” em seu convencimento?* Pergunto: A sentença (ou acórdão), afinal, é produto de um sentimento pessoal, de um subjetivismo ou deve ser o resultado de uma análise do direito e do fato (sem que se cinda esses dois fenômenos) *de uma linguagem pública e com rigorosos critérios republicanos?* Porque a democracia é o respeito às regras do jogo”. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento/>, acesso em 15/01/2025.

¹⁰ Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

¹¹ Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 23, II, 109, I, 196, 197 e 198, I, da Constituição Federal, a obrigatoriedade de a União constar do polo passivo de lide que verse sobre a obtenção de medicamento ou tratamento não incorporado nas políticas públicas do SUS, embora registrado pela Anvisa.

fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS, independente do custo, bem como cuidados a serem observados por juízes e tribunais.

O primeiro requisito digno de nota consiste na necessidade de comprovação da “ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011”.

Mesmo antes do julgamento em questão, a existência de pareceres técnicos da Conitec contrários à incorporação do medicamento ao SUS já era tema de defesa da Advocacia Pública. Entretanto, eram raros os casos em que a decisão técnica do órgão influenciava o julgamento do caso concreto. Via de regra, a decisão técnica da Conitec, dotada de natureza abrangente e expedida no âmbito da Política Pública do SUS, cedia espaço ao laudo médico apresentado no processo, a partir do quadro clínico do paciente/autor.

Referida prática foi sepultada pela tese vinculante do Supremo Tribunal Federal. Havendo prévia recomendação da Conitec contrária à incorporação do medicamento postulado, o pedido somente poderá ser acolhido mediante comprovação da ilegalidade do procedimento administrativo. O mesmo vale para os casos em que o pedido de incorporação foi apresentado à Conitec, mas ainda não finalizado, sendo indispensável a comprovação do transcurso do prazo regulamentar.

Trata-se de evidente situação na qual o Poder Judiciário deve realizar uma autocontenção. Isso porque o único exame passível de ser realizado no caso concreto diz respeito ao exame de legalidade, sendo impossível a incursão no mérito do ato administrativo, que, no caso, são as razões que levaram a Conitec a recomendar a não incorporação do fármaco.

Conforme consta no tópico 4.2 da tese vinculante 1.234 de repercussão geral, a análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado se restringe ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

Irretocável, nesta parte, a tese vinculante firmada pelo STF. Ao contrário do juiz, a Conitec conta com aparato técnico suficiente para analisar a questão à luz da medicina e da Política Pública do SUS.

Outro relevante requisito fixado pelo STF consiste na necessidade de comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise. Ao juiz é obrigatório perquirir acerca da presença desse requisito. Nesse sentido, deverá, obrigatoriamente, consultar o posicionamento do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação.

Com isso, impede-se o reconhecimento do laudo médico como prova pronta e acabada, apta a justificar o decreto de procedência. Ainda que o juiz possua seus dogmas pessoais, frutos das regras de experiência, mostra-se indispensável a realização da prova, a qual, até então, não raro era tida por dispensável em nome do princípio do livre convencimento motivado do juiz.

5. MANUTENÇÃO (?) DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

A necessidade de colheita de parecer da NATJUS ou de pessoa com expertise na área e a análise acerca da ilegalidade do parecer técnico da Conitec são claros exemplos de situação na qual o juiz não pode julgar a partir das próprias convicções, ainda que mediante motivação nas provas apresentadas por requerente e requerido. Por mais que confie na lisura e competência técnica do médico que acompanha a parte autora, não pode adotar o laudo médico como única razão para o julgamento de procedência, ignorando a Política Pública do SUS, como geralmente se via nessas ações¹².

¹² “Em razão da ausência de expertise (capacidade institucional) e da visão dos possíveis efeitos sistêmicos (pragmatismo jurídico) da solução a ser adotada em questões técnicas e complexas, Poder Judiciário deve atuar com maior deferência às decisões órgãos técnicos da Administração Pública, limitando-se o controle ao exame de legalidade dos autos”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 317.

O Supremo Tribunal Federal já assentou a necessidade de imposição de autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) por parte do Poder Judiciário em situações que envolvam a revisão de decisões técnicas proferidas por órgãos públicos dotados de expertise alheia ao âmbito do conhecimento jurídico. A título ilustrativo, no julgamento do MS 36.993 AgR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou-se o entendimento de que o Judiciário deve exercer autocontenção e deferência em relação às valorações realizadas por órgãos técnicos especializados, especialmente aqueles com previsão constitucional expressa, em razão de sua superior capacidade institucional para tratar das matérias sob sua competência.

O termo “autocontenção” ainda carece de definição precisa na doutrina nacional, mas as lições apresentadas por Mônia Clarissa Hennig Leal e Mateus Henrique Schoenherr são ilustrativas¹³:

O conceito de “autocontenção” judicial tem origem em 1803 no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, porque, nesta mesma decisão que outorgou o poder de revisão judicial à Suprema Corte, também se assentou a sua “autolimitação” quanto ao julgamento de questões políticas, como medida de preservação e sobrevivência institucional da Corte diante da imbricada disputa travada entre federalistas e republicanos (GROSTEIN, 2020, p. 64). Assim, a doutrina das questões políticas remonta, em verdade, ao próprio surgimento histórico do fenômeno da “autocontenção” judicial e da *judicial review*, uma vez que, processualmente, a Suprema Corte entendeu pela possibilidade de anular atos normativos incompatíveis com a Constituição, mas, meritoriamente, não adentrou na questão por entender ser de cunho eminentemente político.

No cenário de possível interferência em decisões técnicas e políticas, o Poder Judiciário deve analisar, previamente, se não é caso de se autoconter, conferindo à decisão sob análise o respeito que merece.

É exatamente o que ocorre com as recomendações proferidas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre incorporação de fármacos à Política Pública, positivas ou negativas, pois são proferidas após profunda análise técnica, no que diz respeito à eficácia, segurança e acurácia da tecnologia, e política, referente à sustentabilidade do próprio Sistema Único de Saúde após o início do custeio do medicamento incorporado. Afinal, por mais promissor que seja o medicamento, o custeio sairá do orçamento, sustentado, em grande medida, por impostos pagos pelos contribuintes, questão eminentemente política.

¹³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHOENHERR, Mateus Henrique. Três dimensões das posturas autocontidas da jurisdição constitucional: Liberdade de conformação, capacidades institucionais e critérios processuais. In: 10 Journal of Institutional Studies 3 (2024). **Revista Estudos Institucionais** – v. 10, n. 3, p. 871 – 901, set./dez. 2024. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/807/979/4212>, acesso em 15/02/2025.

A dupla análise pela CONITEC – técnica e política – está prevista em Lei, no caso a Lei 8.080/1990, artigo 19-Q, §2º, incisos I e II (dispositivo incluído pela Lei 12.401/2011). De acordo com referido dispositivo legal, a análise da CONITEC levará em consideração não apenas as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, mas também a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas ao sistema.

Nesse sentido, o artigo 15 do Decreto 7.646/2011¹⁴ prevê inúmeras etapas a serem observadas, como análise de conformidade e elaboração de relatório pela Secretaria-Executiva da CONITEC; deliberação preliminar dos Comitês da CONITEC, seguida de consulta pública; deliberação final dos Comitês da CONITEC; decisão da Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde e julgamento de eventual recurso pelo Ministro de Estado da Saúde.

A farta legislação sobre o assunto confere a noção de que a decisão sobre a incorporação de um medicamento ao SUS vai muito além de “sim ou não”. Consequentemente, ao ignorar uma recomendação da CONITEC acolhida pelo Ministério da Saúde, com profunda demonstração das razões técnicas e políticas que a sustentam, o juiz estará ignorando também todo o arcabouço normativo que sustenta o funcionamento da Política Pública.

Justamente por isso é que a necessidade de autocontenção foi especialmente reforçada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 566.471/RN (tema 6 de repercussão geral), que tratava da possibilidade de imposição de obrigação de fazer para fornecimento de medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde.

Através de Voto Conjunto, os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso realçaram a deferência que os órgãos técnicos merecem, a exemplo da CONITEC. Pertinente a transcrição de trecho do Voto Conjunto em questão, tamanha a importância para o trato da matéria no âmbito do Poder Judiciário:

17. Em terceiro lugar, respeito à expertise técnica e medicina baseada em evidências. Juízes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes às análises dos órgãos técnicos, como a Conitec, que possuem expertise para tomar decisões sobre a eficácia, segurança e custo-efetividade de um medicamento. A concessão judicial de medicamentos deve estar apoiada em avaliações técnicas à luz da medicina baseada em evidências.

18. Os requisitos propostos na tese de julgamento que será submetida ao Plenário deste Tribunal buscam solucionar ou ao menos mitigar essas preocupações. Esses

¹⁴ Referido Decreto dispõe sobre a CONITEC e o processo administrativo de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias no SUS.

critérios e parâmetros devem ser observados tanto pelo autor da ação como pelo Poder Judiciário¹⁵.

A inegável relevância conferida pelo julgamento do STF à manifestação técnica da Conitec e parecer da NATJUS enseja reflexão sobre a manutenção do princípio do livre convencimento motivado do juiz. Exemplificando, a aparente superioridade do parecer técnico da NATJUS frente ao laudo médico apresentado pelo autor do processo guardaria relação, ainda que indireta, com o sistema da prova tarifada, o qual atribui previamente o valor de cada prova produzida¹⁶.

Não se vislumbra, contudo, superação da persuasão racional. Em outras palavras, as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal não impuseram a adoção do sistema da prova legal em pedidos de fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS. Servem, por outro lado, como evidente demonstração, ao próprio Poder Judiciário, da relevância que deve ser conferida à Política Pública universal do SUS e aos posicionamentos técnicos dos órgãos administrativos.

A necessidade de oitiva da NATJUS não representa desprestígio ao médico que acompanha a parte autora. As informações fornecidas no processo podem corroborar o pedido, apresentando peculiaridade do quadro clínico não detalhada no laudo que acompanha a petição inicial. Representando posicionamento técnico de profissional imparcial, confere ao requerido a segurança de que o processo de formação da convicção do julgador está satisfatoriamente assessorado.

Do juiz, exige-se condução do processo de forma diligente, sem possibilidade de julgamento antecipado previamente ao desenvolvimento da fase instrutória. A exigência de aprofundamento da instrução não representa diminuição dos poderes instrutório e decisório do juiz, pelo contrário. A existência de um elemento de prova adicional, no caso o parecer NATJUS, reforça a legitimidade do pronunciamento jurisdicional, por representar subsídio técnico para a formação da convicção do magistrado.

¹⁵ BARROS, Luís Roberto; MENDES, Gilmar Ferreira. Voto Conjunto proferido no âmbito do Recurso Extraordinário 566.471/RN, submetido ao tema 6 da repercussão geral.

¹⁶ “No sistema da prova legal, ou prova tarifada, a carga probatória já vem preestabelecida em norma escrita, tornando o juiz um simples matemático, que somava as provas produzidas para verificar a ocorrência dos fatos alegados. Nesse sistema, valendo a prova testemunhal *1 ponto*, a documental, *2 pontos* e a confissão, *3 pontos*, basta ao juiz somar a prova produzida e declarar vitorioso aquele que somar um maior número de pontos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 729.

Isso porque a necessidade de autocontenção não significa omissão do dever de decidir quando há espaço – ou melhor, necessidade - para tanto. A tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal mantém a possibilidade de fornecimento do fármaco postulado quando evidenciada ilegalidade do procedimento ou decisão da CONITEC, seja por irregularidade no procedimento, ou mora em apreciar o pedido de incorporação.

Manteve-se a ideia de que o Poder Judiciário não pode ingressar no mérito do ato administrativo discricionário, mas invalidá-lo diante de nulidade¹⁷. Portanto, reconhecendo nulidade, não há necessidade de autocontenção, pois o Poder Judiciário estará simplesmente exercendo sua função típica de julgar controvérsias jurídicas.

Consequentemente, estará preservada a persuasão racional do magistrado, para, dentro do seu espaço de atuação, analisar as provas constantes dos autos e reconhecer a origem da nulidade, resultando, se for o caso, no julgamento de procedência e concessão do medicamento não incorporado.

Não se trata, portanto, de substituição do princípio do livre convencimento motivado do juiz pelo sistema da prova legal, mas sim de atuação judicial voltada, primariamente, à identificação de eventual ilegalidade no procedimento de incorporação do fármaco ou mesmo omissão em decidi-lo. Desse modo, harmonizam-se as funções típicas do Poder Judiciário, de julgar controvérsias jurídicas, e do Poder Executivo, de formatar Políticas Públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Destarte, desde que confira ao parecer NATJUS e à manifestação técnica da Conitec a relevância que merecem, o juiz continua apto a formar seu convencimento a partir da persuasão racional, bastando que justifique o decreto de procedência nas provas produzidas, especialmente à luz da Medicina Baseada em Evidências.

¹⁷ À luz das ideias apresentadas sobre o tema por Julio Grostein, o Supremo Tribunal Federal teria determinado a adoção, por juízes e tribunais, de uma “autocontenção” exógena-impositiva, cuja limitação advém do ordenamento jurídico positivado que impõe a cada instituição diferentes tarefas, de modo que a jurisdição não poderia ir além das suas competências previamente estabelecidas, sob pena de violar a separação de Poderes. Por outro lado, haveria uma “autocontenção” endógena-autônoma, diferente daquela determinada pelo STF. Esta estaria presente quando a restrição da jurisdição decorre de escolha do juiz ou tribunal em deixar de exercer todas as potencialidades de que o ordenamento jurídico lhe possibilita, a fim de adotar uma posição mais comedida, humilde, prudente, sóbria etc (GROSTEIN, Júlio apud LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHOENHERR, Mateus Henrique. Três dimensões das posturas autocontidas da jurisdição constitucional: Liberdade de conformação, capacidades institucionais e critérios processuais. *In*: 10 Journal of Institucional Studies 3 (2024). **Revista Estudos Institucionais** – v. 10, n. 3, p. 871 – 901, set./dez. 2024. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/807/979/4212>, acesso em 15/02/2025.

6. CONCLUSÃO

Demonstrou-se que as teses vinculantes 6 e 1.234 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, ao determinar a colheita de parecer da NATJUS e análise sobre ilegalidade de recomendação da Conitec contrária à incorporação do fármaco, não impuseram a adoção do sistema da prova tarifada. Contudo, mostra-se necessária a releitura do princípio do livre convencimento motivado do juiz no âmbito das demandas judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, em razão da complexidade técnica que permeia a Política Pública.

O julgamento conjunto dos temas de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal transmite a clara mensagem de que a Política Pública do SUS e as decisões técnicas dos órgãos que a compõem não podem ser desconsideradas pelo Poder Judiciário. Havendo manifestação técnica da Conitec, exarada em contexto alheio à ciência jurídica, o juiz e Tribunal devem realizar autocontenção, à luz da jurisprudência do STF, restringindo o exame ao campo da legalidade, vedado reexame do mérito administrativo.

Compatibilizam-se, assim, os poderes instrutórios do juiz, consectários da independência do Poder Judiciário, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, e a Política Pública do SUS, todos previstos na Constituição Federal. Deveras, não mais se admite as práticas reiteradamente observadas, de indeferimento da produção de provas pleiteadas pelo requerido e adoção do laudo médico apresentado pelo autor como prova suficiente para julgamento de procedência.

Dessa forma, a manutenção do livre convencimento motivado, associada à necessidade de autocontenção judicial, garante um equilíbrio entre a autonomia decisória do magistrado e o respeito às políticas públicas de saúde. Tal postura assegura que o Poder Judiciário atue como garantidor dos direitos fundamentais à saúde e à vida, sem comprometer a sustentabilidade do sistema de saúde pública e a credibilidade dos órgãos técnicos especializados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Decreto nº 7.646, de 21/12/2011. **Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo**

para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11/01/1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19/09/1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. **Código de Processo Civil.** Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156.** Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 04/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 36.993.** Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/05/2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator para o Acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28/11/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.366.243.** Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2024. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 11/10/2024.

DIDIER Jr., Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil – v.2 – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada, Processo Estrutural e Tutela Provisória** – 19. Ed. – São Paulo: Editora JusPodivm 2024.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livro convencimento motivado não acabou no novo CPC.** Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>, acesso em 15/01/2025.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SCHOENHERR, Mateus Henrique. Três dimensões das posturas autocontidas da jurisdição constitucional: Liberdade de conformação, capacidades institucionais e critérios processuais. *In: 10 Journal of Institucional Studies 3 (2024).* **Revista Estudos Institucionais** – v. 10, n. 3, p. 871 – 901, set./dez. 2024. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/807/979/4212>, acesso em 15/02/2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único.** 12. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento/>, acesso em 15/01/2025.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Direito da Saúde/NatJus.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/natjus#:~:text=O%20NAT%2DJus%20%C3%A9%20um,do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.>, acesso em 14/01/2025.

Submetido em 15.02.2025

Aceito em 10.04.2025