

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A NECESSIDADE DE REVISAR A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES À LUZ DO CONSEQUENCIALISMO

JUDICIALIZATION OF HEALTH AND THE NEED TO REVIEW THE JURISPRUDENCE OF COURTS HIGHER IN THE LIGHT OF CONSEQUENTIALISM

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

Doutorando na Universidade Federal do Paraná – UFPR e Juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ADRIANE GARCEL

Mestranda no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

MIGUEL KFOURI NETO

Mestre e Doutor. Pós-doutor em Ciências Jurídico-Civis junto a Universidade de Lisboa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado no UNICURITIBA.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Mestre e Doutor. Estágio de Pós-doutorado junto ao departamento de Sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza". Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor no PPGD na Unipar.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo tratar da judicialização da saúde, analisando a jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos principais temas e investigando o consequencialismo com o fim de verificar se seria este método decisório o mais adequado para contribuir para a superação do status quo, sem prejuízo da materialização em máxima medida do direito à saúde. A problemática reside não no reconhecimento da fundamentalidade deste direito, mas, sim, em sua efetivação diante de um panorama de escassez orçamentária, o que vem desencadeando uma judicialização massiva por meio dos pleitos individuais.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde; Jurisprudência dos Tribunais Superiores; Escassez orçamentária; Judicialização massiva.

ABSTRACT

The work aims to address the judicialization of health, analyzing the jurisprudence of higher courts on the main issues and investigating the consequentialism in order to verify



whether this decision-making method would be the most adequate to contribute to overcoming the status quo, without prejudice to the the maximum realization of the right to health. The problem lies not in the recognition of the fundamentality of this right, but rather in its realization in the face of a scenario of budget scarcity, which has been triggering a massive judicialization through individual lawsuits.

KEYWORDS: *Health Judicialization; Jurisprudence of the Superior Courts; Budget shortage; Massive legalization.*

1 INTRODUÇÃO

Nesse período histórico em que o pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional, uma série de valores, sob a forma de direitos fundamentais, foram incorporados à Constituição da República por meio de expressões vagas e imprecisas, dispostas em normas com ampla carga valorativa (SARLET, 2008).

A inserção massiva dos princípios, agora dotados de normatividade, nas constituições contemporâneas permeou referida carta de uma densa indeterminação semântica e abertura interpretativa, implicando na adoção de uma nova hermenêutica jurídica por parte do Poder Judiciário.

O direito à saúde, em especial, vem positivado como direito social universal elencado no rol desses direitos fundamentais que impõem ao Estado um dever de atuar positivamente, zelando por sua salvaguarda e implementando-o com máxima eficácia e efetividade, nos dizeres de Sarlet (2008). Por este motivo, a Constituição estabelece, em seu art. 196, o dever de o Estado garantir a integral assistência à saúde dos cidadãos, e isso de modo universal e irrestrito.

Por sua vez, a ideia de efetividade diz respeito à realização em máxima medida do programa abstratamente estabelecido pelo constituinte no plano do “ser” da realidade social. Contudo, é forçoso reconhecer que, no processo de efetivação no plano do “ser” das normas previstas no plano do “dever ser” constitucional, há dependência de uma série de fatores exteriores ao próprio domínio do Direito Constitucional, dentre eles a dimensão economicamente relevante em matéria de concretização desta prestação imposta ao Estado (SARLET, 2008, p. 208).

Por isto, a problemática reside não no reconhecimento da fundamentalidade deste direito, mas, sim, em sua efetivação diante de um panorama de escassez orçamentária, o que vem desencadeando uma judicialização massiva por meio dos pleitos individuais

O protagonismo do Poder Judiciário, entretanto, torna-se preocupante à medida em que se percebe que a jurisprudência se encontra alheia a esse cenário, optando por se socorrer de conceitos abstratos e indeterminados para realizar microjustiça no caso concreto e deixando passar despercebida a crise do sistema público de saúde e a consequência de suas decisões.

Neste contexto, o presente estudo tem por objetivo tratar da judicialização da saúde, analisando a jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos principais temas e investigando o consequencialismo com o fim de verificar se seria este método decisório o mais adequado para contribuir para a superação do *status quo*, sem prejuízo da materialização em máxima medida do direito à saúde.

Para tanto, far-se-á uso do método lógico dedutivo, tendo por fonte doutrina, artigos, periódicos e revistas diversas, além de pesquisa de estatísticas envolvendo o tema. Além disso, com vias a solucionar o referido questionamento, a investigação irá se desenvolver em dois tópicos para além da conclusão e introdução.

O primeiro irá tratar acerca do direito à saúde e da problemática em torno de sua efetivação e implementação; o segundo irá trazer a jurisprudência relacionada às questões mais recorrentes do direito à saúde, adentrando-se, ainda, no cerne da questão, analisando-se a jurisprudência compilada à luz do consequencialismo e da análise econômica do direito.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA ASCENDENTE JUDICIALIZAÇÃO

O direito à saúde é direito fundamental social inserido no catálogo de direitos fundamentais do art. 6º da Constituição, que concebe condições materiais para obtenção da igualdade real propiciando o efetivo exercício da liberdade. Em assim sendo, há que se reconhecer sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e o fato de estar protegido contra

emendas constitucionais abolitivas (art. 60, § 4º, IV), além de ser multifuncional e gozar de dupla dimensão, objetiva e subjetiva.

O que pretendia o constituinte ao inserir referido direito no rol dos direitos fundamentais era, num primeiro momento e à luz do dever de implementação progressiva dos direitos fundamentais, evitar seu esvaziamento, de tal sorte que o mínimo existencial em matéria de saúde deve ser visto como piso mínimo, com noção bem delimitada, para as prestações jurisdicionais, e não como um teto máximo (HACHEM, 2013, p.205-240).

Destarte, o direito à saúde básica — que compõe o mínimo existencial — compreende aquelas prestações que podem ser para todos disponibilizadas e de que todas as pessoas necessitaram, necessitam ou necessitarão durante sua vida para que tenham condições dignas de sobrevivência (Barcelos, 2012). Portanto, não é como trata Hachem (2013, p.205-240) “toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social” que se verá incluída em seu conteúdo indistintamente.

A despeito disto, conforme salientam Sarlet *et ali* (2015), é no âmbito deste direito “que se manifesta de forma mais contundente a vinculação (...) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana”. Não obstante, como ressalta Loureiro (2006, p.660), trata-se direito marcado por “zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”, a exemplo, dentre outras, da vida, educação e ambiente.

Neste cenário, verifica-se que a Constituição empregou grandes esforços para a materialização em máxima medida deste direito por meio da efetivação das ações e programas na área da saúde, trazendo ao longo de seu texto uma série de dispositivos definidores de direito e de cunho impositivo de deveres que tratam sobre o tema, como os incisos IV e XXII do art. 7º, inciso II do art. 23, inciso XII do art. 24, inciso I e VII do art.30, inciso VII do art. 34, inciso IV do art. 167, art.196. 197,198, 200, inciso VII do art. 208, §3º do inciso II do art. 220 e art. 227 (SARLET, 2008).

Para fins de instrumentalização dos esforços constitucionais, as competências do Sistema Único de Saúde, enumeradas pela Constituição em um rol exemplificativo, foram regulamentadas e ampliadas pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990), que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

Dentre o amplo rol elencado, SARLET (1998) destaca que é nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou máxima concretização sob o ponto de vista normativo-constitucional, com destaque para as normas que tratam da organização e benefícios do Sistema Único de Saúde e fornecimento de medicamentos. Contudo, a necessidade de intermediação legislativa e executiva apresenta-se como óbice à sua eficácia plena, cuja exigibilidade judicial vem se apresentando como saída.

Aliás, é em razão da necessidade de intermediação ante a ineficiência do executivo e legislativo que os tribunais passaram a se incumbir da responsabilidade de materializar, em última análise, o amplo rol de promessas constitucionais.

O relatório *Judicialização da Saúde no Brasil*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta que houve um crescimento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeiro grau envolvendo o direito à saúde do ano de 2008 para 2017 (BRASIL, Justiça em números, 2018).

Ainda, dados levantados pelo Tribunal de Contas da União em auditoria realizada no ano de 2017 apontam que os gastos federais com o cumprimento de decisões judiciais para aquisição de medicamentos e insumos, de 2008 a 2015, sofreram um aumento de mais de 1.300%, saltando de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão (BRASIL, TCU, 2019).

Em grau recursal, foram identificados 4.373.418 de processos só em 2017, destacando-se, dentre os assuntos mais recorrentes envolvendo a saúde pública, as demandas individuais voltadas ao acesso a tratamentos médico-hospitalares e ao fornecimento de medicamentos — nas quais os jurisdicionados alcançam alta taxa de sucesso (BRASIL, CNJ).

Os dados apresentados demonstram como a judicialização da saúde cresce a cada dia no país — sem perspectivas de solução desse problema a curto prazo. Deste modo, verifica-se um alarmante cenário envolvendo a judicialização da saúde, composto, de um lado, por uma ampla carta de direitos previstos constitucionalmente, cujo Estado deve satisfazer, multiplicada por uma crescente população e, de outro, uma ascendente dívida pública somada ao exorbitante número de ações judiciais, uma balança que não encontrará o justo meio senão através de uma racionalização do método interpretativo por parte dos tribunais para quem deslocou-se a competência efetiva de materializar referida carta de direitos.

3 O DIREITO À SAÚDE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A NECESSIDADE DE REVISÃO DE SUA JURISPRUDÊNCIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O CONSEQUENCIALISMO COMO MÉTODO

No contexto da justiça brasileira, os assuntos que mais têm se repetido, como brevemente mencionado, são pleitos individuais por medicamentos e procedimentos clínicos-hospitalares, os quais representam o que Élide Graziane Pinto chama de década estéril de micro justiça na saúde no STF (PINTO, 2019).

A propósito, no âmbito da Corte Suprema, relembra-se que, há cerca de uma década, vem se prolongando a discussão de três temas, que juntos afetavam cerca de 42 mil processos, quais sejam, o dever de o estado fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições de comprá-lo (Tema nº 6); o de o Estado fornecer medicamentos não registrados pela Anvisa (Tema nº 500); e a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema nº 793).¹

Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a fim de estabelecer critérios de decisão em prol da segurança jurídica, a Primeira Seção, em abril de 2018, ao julgar o REsp nº 1.657.156/RJ, traçou requisitos objetivos para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam: a) comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente sobre a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito e; c) existência de registro na ANVISA do medicamento (BRASIL, STJ, 2019).

Houve modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista que a exigência dos mencionados requisitos se deu a partir da conclusão do julgamento do recurso, não

¹ Em relação a esta última controvérsia, a Corte, recentemente, reafirmou sua jurisprudência quanto à existência de uma responsabilidade solidária entre os entes políticos no que tange à assistência sanitária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 916.272/RN, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico 25/09/2019**).

alcançando os processos suspensos desde a afetação do tema repetitivo. Portanto, apesar de uma postura ativista, o tema de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA quedou-se superado com a publicação do Recurso Especial supramencionado.

Como se vê, nota-se que os entendimentos firmados nesses casos paradigmáticos, assim como, provavelmente, naqueles que vierem a ser firmados posteriormente, não incluem o método consequencialista de análise do custo-benefício ou das consequências práticas da decisão. Os tribunais superiores, para longe de materializar o direito à saúde no macrossistema, *apenas trazem critérios para fins de racionalizar o método decisório no caso concreto*, como se os casos ligados ao direito não envolvessem maiores e outras consequências, postura essa que vai de encontro aos arts. 4º, 5º e 20 da LINDB.

Assim, para melhor compreensão do método consequencialista, faz-se necessário um breve recorte e contextualização histórica, começando pelo positivismo jurídico: O desenvolvimento de teorias para fundamentação do jurispositivismo, através do exercício jurisdicional com o desenvolvimento de decisões motivadas pelo direito positivado, foi o ápice do positivismo jurídico. Assim, a criação de sentenças pelos juízes sofre abalos, já que pressupõe a atividade como um maquinismo produtor de sentenças (CHAVES, LIMA, 2020, p. 140-142).

Nesta perspectiva, o juiz deveria decidir os casos de acordo com o direito estatal positivado, atividade esta que para encontrar a mais acertada resposta a lide apenas faria a subsunção do caso a norma, enquanto a hermenêutica auxiliaria como coadjuvante e não para criação desta. O debate sobre a possibilidade de criação dos juízes não é recente e sobrevêm sem resolução pela Filosofia do Direito. Assim, o consequencialismo jurídico é a teoria suscitada para solucionar o modo de decidir quando não existem preceitos legais para tal fim (CHAVES, LIMA, 2020, p. 140-142).

Nesse sentido, bem preceitua Nelson Jobim, ex-ministro do STF:

Quando há uma interpretação possível acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Ai deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência, no meio social da decisão A, B, ou C. Você tem de avaliar nesses casos pulverizados, as consequências. Você pode ter uma

consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (JOBIM, 2011, p. 12).

Geralmente, as decisões emanadas pelo poder judiciário são justificadas através do método dedutivo. Assim, através do conjunto de normas válidas estabelecidas retira-se a norma geral, delimitando o fato e o sentido jurídico. Deste modo, através de um juízo de qualificação, o juiz analisa o “suporte fático e sua correspondência com o elemento normativo solucionando a questão mediante dedução” (VENTURI, 2012, p. 4356). Entretanto, apesar de ser o modo mais tradicional de fundamentação das decisões judiciais, este mecanismo se mostra exíguo dada a multiplicidade do sistema normativo (VENTURI, 2012, p. 4357).

Em outros contextos, devido à dificuldade dos casos, ao juiz não é possível se deter apenas a subsunção do fato à norma, necessitando de embasamento argumentativo. Assim, a teoria argumentativa é utilizada em decisões baseadas nos princípios gerais e em jurisprudências (VENTURI, 2012, p. 4358).

Concernente às cláusulas gerais, estas permitem ao aplicador do direito maior flexibilidade na busca por soluções pertinentes a cada caso, já que permite mais de uma compreensão sobre a discutida regra de conduta em análise. Assim, as cláusulas gerais “propiciam um intercâmbio entre os vários sistemas sociais existentes, permitindo a interpenetração do Direito com outros sistemas sociais”. Por consequência, caberá ao juiz considerar a generalidade das normas e especifica-la com o suporte nas características do caso analisado (VENTURI, 2012, p. 4360).

No que tange a verificação a respeito da legitimidade e dos fundamentos da decisão judicial, é preciso analisar, de acordo com Lorenzetti, a sua: “consistência (que implicaria um “olhar para trás”), de sua coerência (consubstanciado em um “olhar para cima”) e de suas consequências (pautado em um “olhar para frente”)” (LORENZETTI, p. 160-161).

Sobre a primeira, seria a análise da consistência sobre o julgamento, de modo a oferecer estabilidade e segurança jurídica ao Direito, principalmente em relação aos casos similares, os quais podem gerar precedentes.

Em relação a segunda, estaria a verificação sobre a coerência das decisões judiciais, em especial acerca da harmonia das normas, de modo a buscar a máxima satisfação, “na medida em que há uma pluralidade de fontes na atualidade, sendo as regras gerais que estabelecem os padrões de coerência ao sistema jurídico” (VENTURI, 2012, p. 4362).

Finalmente, a terceira verificação essencial corresponde ao paradigma consequencialista. Trata-se de um estudo sobre os efeitos produzidos por determinada decisão judicial, que possua repercussão sobre a sociedade, e não somente às partes abrangidas pelo caso analisado. Assim, “a análise consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justiça e o impacto econômico social provocado por determinada decisão” (VENTURI, 2012, p. 4363).

E, para bem exemplificar o consequencialismo, Richard Posner bem assevera que: “só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de mais bem resultados para o futuro” (POSNER, 2012, p. 381).

Isto posto, remete-se a importância de suscitar a análise econômica do direito de forma breve. Deste modo, a análise econômica dos institutos jurídicos considera que os indivíduos inseridos em sociedade podem ser incentivados ou não incentivados, através das regras jurídicas, a realizarem ações que sejam desejáveis ou não pela sociedade. Assim, os efeitos da decisão dada pelo juiz podem afetar de modo a estimular a “regência da conduta humana” (VENTURI, 2012, p. 4363).

Dessa maneira, é possível mensurar a efetividade da norma ou decisão realizada, “com o intuito de orientar não somente a dogmática jurídica, mas também a fixação de critérios para uma política legislativa eficiente” (VENTURI, 2012, p. 4364).

Para melhor exemplificar o que foi exposto, existe o caso do RE 566.471/RN (Tema nº 6), em que o Estado do Rio Grande do Norte se utilizou do raciocínio consequencialista para embasar seu requerimento:

(...) a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete as políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base

constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal afastou todas as alegações optando por privilegiar a micro justiça, sob o fundamento de que o direito à saúde como direito ao mínimo existencial é um direito fundamental — logo, imponderável frente a outros argumentos de ordem orçamentária. Ademais, embasou-se em ampla jurisprudência referente aos casos de medicamentos em geral, que seguem igual compreensão de que, quando presentes os requisitos da imprescindibilidade do medicamento e incapacidade financeira do paciente, o Estado terá o dever de fornecê-lo.

Esses entendimentos nada mais revelam do que a tentativa desajeitada de atingimento de interesse público, representando um contrassenso à luz da AED. O reconhecimento da responsabilidade solidária dos entes quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos firmado no RE.855178/SE agrava cenário já alarmante, promovendo a judicialização de um medicamento em face de um Município que passa, em razão de determinação judicial, a ter que arcar com valores que extrapolam em muito aquilo que é capaz de suportar, o que coloca em risco suas finanças.

Por sua vez, ante a concessão indiscriminada de medicamentos pelo Judiciário, os Estados passam a ter de incorporar medicamentos que não possuem amparo técnico do CONITEC apenas para facilitar seu processo de aquisição. Além disso, a União passa a ter de sistematizar a distribuição de medicamentos sem controle de uso e estrutura vantajosa se comparada ao SUS (STF, 2019).

Há que se ressaltar que, apesar de todos os entes possuírem dever uno de efetivação do direito à saúde, certo é que a divisão de responsabilidades no Sistema Único de Saúde “segue uma gradação ascendente: centrípeta na ampliação das responsabilidades técnicas e de financiamento; e centrífuga na atribuição de execução das ações e serviços de saúde” (STF, 2019).

É por este motivo que a Lei Nº 8.080/1990, obedecendo aos comandos constitucionais, especialmente ao longo dos arts.16 a 19, elenca que o custeio dos medicamentos deve seguir a lógica da integralidade do tratamento e complexidade, atribuindo aos entes competência especializada, de tal sorte que ao Município compete,

em regra, apenas o tratamento básico e o que extrapolar este âmbito deverá ser repartido entre os demais entes, ou provido pela União.

Deste modo, evidencia-se que o entendimento adotado pelo STF, ao ignorar a lógica constitucional, acarreta desordem administrativa, afetando não só o paciente, mas todos os usuários (STF, 2019).

Portanto, mais congruente seria, atendendo aos comandos constitucionais e à lógica de competências adotada pela Lei do SUS, adotar o entendimento de que a demanda deve ser proposta em face do ente devido, ou seja, da “pessoa política com competência administrativa (...), ressalvada a responsabilidade subsidiária da União” (STF,2019).

Afora isso, o Enunciado 60 da II jornada de Direito da Saúde/CNJ traz uma alternativa ao imbróglio criado ao dispor que o magistrado poderá, ao conceder liminar ou medida definitiva, direcionar “o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”.

O contrassenso perdurou no âmbito dos demais julgados, apesar de o Município do Rio Grande do Norte, no caso do RE 566471/RN, do Estado do Rio de Janeiro, no RE 1.657.156/RJ, a da União, no RE. 855.178/SE, terem alertado acerca das desastrosas consequências se utilizando de raciocínio típico do método consequencialista, sustentando, em síntese, que as decisões judiciais que atendem a um único indivíduo: *i)* ignoram o cenário de escassez de recursos que impõe eleição de prioridades e escolhas; *ii)* colocam em risco as políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos e prejudicam os cidadãos, em completa violação aos princípios da universalidade e isonomia; *iii)* debilitam os investimentos nos demais serviços de saúde e outras áreas; *iv)* violam a reserva do possível e reserva orçamentária; *v)* não se fundamentam na Constituição, diante do caráter programático das normas sobre saúde; e *(vi)* infringem os dispositivos da Lei n.8.080/1990.

Analisando detidamente as decisões, verifica-se que especialmente o Supremo Tribunal Federal ignorou o imprescindível debate imposto pela crise da saúde, recorrendo-se à ideia de saúde como direito ao mínimo existencial imponderável frente a argumentos de ordem orçamentária. Também se socorreu de ampla jurisprudência que,

ao longo de décadas, conservou idêntica compreensão sem sequer adentrar no referido debate, partindo da lógica da “realidade como ela é”, como se não houvesse aspiração à mudança diante de um instituto ou regramento que não mais se conforma com a realidade posta ou anteposta ao longo da evolução, interpretação esta que se revela inadequada e irresponsável (ARAGÃO, 2009, p.29-52).

As decisões devem sempre ser dadas com olhos para o futuro e sua fundamentação corresponder às necessidades humanas e sociais, fugindo da mera análise retroativa — bem diferente dos julgados em comento. Inclusive, a ideia de revolução científica adotada por Thomas Kuhn representa com exatidão o atual cenário (SOUZA NETTO, 2016, p. 8-28).

O paradigma do neoconstitucionalismo puro e simples deve ceder espaço gradativamente ao novo paradigma em que há auxílio do consequencialismo e análise econômica do direito. Aliás, é o que preceitua a LINDB, em seus arts. 4º, 5º e 20, ao vedar fundamentação com base exclusivamente em princípios, impondo a necessidade de análise do custo-benefício para motivar a decisão (BARTELMBES, 2012, p. 351-358).

Diante do cenário atual de dívida pública crescente e gastos para além do que comporta o orçamento, não há mais espaço para decisões desajeitadas de ordem abstrata alheias ao mundo dos fatos, como também não há lugar para a tentativa de se perfazer política pública individual de modo ineficiente e dispendioso, com possibilidade de inviabilização do próprio direito coletivo à saúde. O julgador precisa realizar juízo de ponderação de todas as possibilidades e circunstâncias para, só então, definir as prioridades e a finalidade da norma.

Infere-se ser imprescindível a busca pelo equilíbrio entre os pilares do direito à saúde, enquanto de todos, e o orçamento público que o financiará, tendo em mente que ambos precisam um do outro — especialmente em se pensando na sustentabilidade do próprio SUS como atendimento integral e universal, nos termos da Constituição Federal e da lei de regência (PEREIRA, 2014, p. 47).

É claro que aqui não se está a defender nenhum radicalismo, assim como se questiona o extremismo dos argumentos que não levam em conta as externalidades negativas. Mas, sim, que as consequências passem a ser apuradas como relata Schuartz (2008) “elementos constitutivos da fundamentação das decisões, que devem (...) ser

inseridas e contempladas (...) com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas”, nos exatos moldes do disposto na LINDB.

Não obstante, considerando que o Judiciário passou a ocupar posição determinante no *standard* das políticas públicas, não há que se olvidar da necessidade de que compreenda que toda escolha implica custos de oportunidade. O Estado não possui recursos ilimitados para tudo materializar em máxima medida para todos (CATEB, 2014).

Nesta seara, já que decisões pautadas apenas no neoconstitucionalismo deixam de lado as consequências e que as normas nem sempre terão por resultado aquilo que visavam obter quando de sua criação, a somatória da racionalidade prática advinda da adoção do método consequencialista e análise econômica do direito apresenta-se como imprescindível à concreção eficaz dos objetivos e valores preceituados pelo ordenamento, com menor ônus aos direitos da coletividade, na medida em que permitirá a análise acerca do atingimento efetivo do interesse cuja lei direciona tutela. Além disso, dará ensejo a decisões universais mais alinhadas ao sistema jurídico (TORRES, 2011, p.541-547).

Diante desta perspectiva, incumbirá ao magistrado complementar e integrar o ordenamento jurídico por meio do exercício de juízo de proporcionalidade do custo-benefício, avaliando as futuras consequências decorrentes da aplicação de determinada norma para fins de sopesar sua aplicação ou validade no caso concreto, para além da aplicação de princípios, o que lhe permitirá atender ao binômio legalidade-resultado (ARAGÃO, 2009, p. 29-52).

O juízo de validade da norma passará a estar relacionado às suas consequências, as quais serão avaliadas pelo intérprete dentro do “contexto legal, político, social, econômico ou institucional em que será implementada” (CATEB, 2014).

4 CONCLUSÃO

Não há que se olvidar que a saúde é direito fundamental social que impõe ao Estado o dever de atuar positivamente para sua implementação em máxima medida e eficácia, como consta nos arts. 6º e 196 a 200 da Constituição.

Igualmente, não há dúvidas de que o Sistema Único de Saúde foi instituído com o fim de garantir integral assistência à saúde dos cidadãos de modo universal e irrestrito, regulamentado pelas Leis nº Lei 8.142/1990 e Lei nº 8.080/1990.

No entanto, a falta de satisfação espontânea do direito à saúde levou a um cenário de “supremocracia”. Não é de hoje que os tribunais vêm recebendo incumbência de, em última análise, materializar o rol de promessas constitucionais. Aliás, o relatório do CNJ, referente aos anos de 2008 a 2017, já apontava para este cenário.

Assim, a problemática se acentua quando os tribunais superiores, enquanto uniformizadores de jurisprudência e ao arrepio das consequências de suas decisões, editam uma série de teses de observância obrigatória acerca de temas ligados à saúde que movimentam mais de 42 (quarenta e dois) mil processos — o dever de o estado fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições de comprá-lo, o de o Estado fornecer medicamentos não registrados na Anvisa e a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde —, optando por fazer microjustiça no caso concreto de modo irresponsável e contraproducente.

No tocante à responsabilidade dos entes, não se pode ignorar a lógica constitucional. Destarte, as demandas devem ser propostas seguindo a lógica de competências adotadas pela Lei 8.080/1990, a qual atende aos comandos constitucionais, sob pena de desordem administrativa e financeira que afetará todos os usuários.

A saída dentro da lógica adotada pelo STF nesse caso seria a adoção do Enunciado 60 da II Jornada de Direito Civil, o qual enuncia que o magistrado poderá direcionar o cumprimento de suas decisões a determinado ente “conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”.

Não obstante, quanto às demais teses fixadas e ainda pendentes de definição, evidente a necessidade de mudança do paradigma interpretativo adotado.



Interpretações com base em conceitos e valores abstratos sem análise do custo-benefício não tem mais espaço diante de um contexto de crise acentuada, especialmente quando despidas de legitimação intrínseca, podendo inviabilizar o próprio direito à saúde. Inclusive, a própria LINDB, em seus arts. 4º, 5º e 20, veda fundamentações pautadas exclusivamente em princípios, impondo que também se pondere o binômio custo-benefício.

Mesmo que não fosse o caso, a necessária compreensão do conteúdo do direito fundamental social à saúde leva ao entendimento de que este não abrange, segundo Hachem (2013, p.205-240), “toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social”, mas, sim, o direito básico à saúde, ou seja, aquelas prestações materiais universais, comuns a todas as pessoas para que vivam de forma digna.

Considerando que o Judiciário passou a ocupar o cerne da materialização das políticas públicas de saúde, é imprescindível que compreenda que, se o Estado não tem como materializar todos os tratamentos e medicamentos disponíveis no mercado, a todos os cidadãos, em razão da escassez orçamentária, e se toda escolha implica em custo, caso o Judiciário escolha potencializar ao máximo o direito individual à saúde, deixará de garantir o atendimento integral, universal e sustentável do próprio SUS.

Embora a garantia individualizada do direito à saúde em máxima medida, num primeiro momento, pareça atraente, quando se considera o que se tem de abrir mão para persegui-la, nota-se como é indesejável e utópica essa concessão desmedida pelo Poder Judiciário.

Por este motivo, a clássica ideia de justiça deve ser tratada de maneira racional, por meio de critérios de controle objetivos, recorrendo o intérprete ao método consequencialista para tomar a decisão mais acertada, realizando no mundo dos fatos os objetivos jurídicos que incumbem ao Estado atingir *sem maiores efeitos colaterais*.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.



Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2015.

ASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2011.

BARTELMÉBS, Roberta Chiesa. KHUN, Thomas S.A. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: editora Perspectiva SA, 1997. RESENHANDO AS ESTRUTURAS DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE THOMAS KUHN. Ensaio Pesquisa em Educação em Ciências, v. 14, n.3, p. 351-358, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo-** 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018:** ano-base 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 916.272/RN, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico 25/09/2019**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 03/09/2019.

CATEB, Alexandre Bueno et al. **Direito e economia no Brasil**. Editora Atlas SA, 2014.

CHAVES, Ana Karina Mendes; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. **O consequencialismo e a argumentação jurídica nas decisões dos tribunais brasileiros**. Revista de Direito Público, Londrina v. 15, n. 1, p. 137-152, abr. 2020. Disponível em: <https://www.readcube.com/articles/10.5433%2F1980-511x.2020v15n1p137>. Acesso em: 12 mai. 2021.

DE SOUZA NETTO, Jose Laurindo. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora de direito: a busca da cientificidade perdida. **Compedi Law Review**, v.1, n.13, p. 8-28, 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Ed., 2006. p. 16; 19-20.

GARCIA, Lara Rocha. **Inovação tecnológica e direito à saúde: aspectos jurídicos, econômicos, tecnológicos e de políticas públicas.** Curitiba: Juruará, 2017. p. 44-63.

GIANNETTI, Eduardo. **Auto- engano.** Editora Companhia das Letras, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade.** Belo Horizonte: Fórum, p. 205-240, 2013.

JOBIM, Nelson. ex-ministro do STF, **Entrevista na Revista Valor Econômico.** Apud. COSMO, 2011. p, 12. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jan-20/poder-judiciario-governabilidade-comprometimento-ou-independencia>. Acesso em: 16 mai. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.** Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOUREIRO, João. **Direito à (proteção da) saúde. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento,** p. 660 e ss. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional.** Curitiba: Juruá, 2014.

POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica.** Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional /Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidieiro.- 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo: Saraiva, 2015.**

SARLET, Ingo Wolfgang. Nota do Coordenador Científico. **Revista da Defensoria Pública,** São Paulo, a.1, n.1, jul./dez.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang.; FIGUEIREDO, Mariana Filhtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública,** São Paulo, a. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p.208.

SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais. *In: A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 137-138, jan./mar. 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 28 Out. 2019.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. **Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness**. London: Penguin Books, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, n.21, p. 541-547, 2011.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **A análise consequencialista no processo de tomada das decisões judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), nº 7. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/07/2012_07_4353_4375.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.