

## IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DO CONSEQUENCIALISMO

### IMPACTS OF HEALTH JUDICIALIZATION ON THE RIGHTS OF PERSONALITY IN THE LIGHT OF CONSEQUENTIALISM

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA <sup>1</sup>

MARCEL FERREIRA DOS SANTOS <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo investigar em que medida a judicialização desenfreada da saúde pode impactar os direitos da personalidade e quais mecanismos e/ou filtros podem de ser utilizados, pelo Estado-Juiz, para adequação da tutela jurisdicional. Como problema de pesquisa, pretende-se discutir se o Estado-Juiz deve, ou não, por ocasião do silogismo judicial, levar em consideração as conseqüências práticas que as suas decisões podem provocar no seio social e nos direitos da personalidade. A tomada de decisão sobre quem irá experimentar prestação social de saúde não pode ser exercida com base em visão abstrata de tutela de direitos fundamentais sem examinar o custo da implementação desses direitos e o impacto orçamentário, especialmente no contexto de país periférico como o Brasil em que há escassez de recursos e alta demanda de serviços essenciais. O consequencialismo se insere, a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Código de Ética da Magistratura Nacional, como componente legal apto a influir agentes estatais, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a não decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as conseqüências práticas da decisão. Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á do método hipotético-dedutivo. Aventa-se, como hipótese, a ser corroborada ou refutada ao longo da pesquisa, que o Poder Judiciário, com visão sentimentalista de tutela de direitos fundamentais, enfrenta lides envolvendo direito à saúde sem examinar as conseqüências práticas que suas decisões provocam no seio social, no orçamento público e na tutela de direitos da personalidade em geral. Como

420

<sup>1</sup> Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru.

<sup>2</sup> Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Maringá (UNICESUMAR). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



procedimento, objetiva-se o aprofundamento teórico por meio de pesquisa bibliográfica nas bases de dados da Scopus, EBSCO e Google Acadêmico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização da saúde; Consequencialismo; Direitos da personalidade; Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to investigate to what extent the unbridled judicialization of health can impact the rights of the personality and which mechanisms and / or filters can be used, by the State-Judge, to adjust the jurisdictional protection. As a research problem, it is intended to discuss whether or not the Judge-State should, on the occasion of judicial syllogism, take into account the practical consequences that its decisions may cause in the social context and in the rights of the personality. Decision making on who will experience social health care cannot be exercised based on an abstract view of protection of fundamental rights without examining the cost of implementing these rights and the budgetary impact, especially in the context of a peripheral country such as Brazil where there is a scarcity of resources and a high demand for essential services. Consequentialism is inserted, from the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law and Code of Ethics of the National Judiciary, as a legal component capable of influencing state agents, in the administrative, controlling and judicial spheres, not to decide based on abstract legal values without considering the practical consequences of the decision. As a methodological path for the development of the work, the hypothetical-deductive method will be used. It is suggested, as a hypothesis, to be corroborated or refuted throughout the research, that the Judiciary, with a sentimental view of the protection of fundamental rights, faces disputes involving the right to health without examining the practical consequences that its decisions cause in the social bosom, in the public budget and in the protection of personality rights in general. As a procedure, the objective is to deepen the theory through bibliographic research in the databases of Scopus, EBSCO and Google Scholar.

**KEYWORDS:** Judicialization of health; Consequentialism; Personality rights; Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law.

## INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, como órgão vocacionado à resolução de conflitos de interesses e tutela de direitos fundamentais e da personalidade dos cidadãos, tem sido chamado a intervir – de forma *macro* e *micro* – em inúmeras questões sensíveis envolvendo direta ou indiretamente o direito à saúde.



O direito saúde, como pressuposto de fruição de direitos, experimenta destacada proteção no âmbito constitucional, internacional e infraconstitucional. Como prerrogativa jurídica indisponível, traduz bem jurídico singular por cuja integridade deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas públicas que visem a garantir o acesso universal e gratuito à assistência médico-hospitalar e demais insumos.

O artigo 196 da Constituição da República de 1988 estabelece ser a saúde um 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.

A interpretação literal e apressada do dispositivo constitucional aloca, de forma indevida, a saúde como um direito social absoluto. Sem embargo, os direitos fundamentais são direitos submetidos a limites e restrições.

Concepções abstratas sobre direitos fundamentais baseadas no denominado mínimo existencial acabam entorpecendo o intérprete e, em especial, o juiz, de modo a levá-los ao entendimento de que a tutela do direito à saúde é ilimitada.

Não raro, o Estado-Juiz, em demandas envolvendo a judicialização da saúde, deixa de enfrentar a questão do impacto das decisões judiciais no seio social. Com base na carta branca da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário tem compelido o Estado a fornecer a indivíduos um número ilimitado de medicamentos, tratamentos, órteses, próteses etc.

A tomada de decisão sobre quem irá experimentar prestação social de saúde não pode ser exercida com base em visão abstrata de tutela de direitos fundamentais sem examinar o custo da implementação desses direitos, especialmente no contexto de país periférico como o Brasil em que há escassez de recursos e alta demanda de serviços essenciais.

A chamada judicialização da saúde tem experimentado números alarmantes. A exigir reflexão sobre as consequências práticas que as decisões judiciais podem provocar nos orçamentos públicos, na tutela isonômica de direitos e na própria tutela macro dos direitos da personalidade.

A partir de uma perspectiva consequencialista, o presente artigo procurará realçar a necessidade de o Estado-Juiz deflagrar a tutela responsável do direito fundamental à saúde, com olhos voltados para além do caso específico em julgamento.

Sem olvidar a importância de se tutelar o direito social à saúde – até em decorrência da *teoria dos deveres fundamentais de proteção* extraída da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* –, é preciso pensar o sistema de forma *macro* estruturante, uma vez que nem todas as pessoas têm a capacidade de acessar ao Poder Judiciário.

E o uso por parte dos cidadãos dos serviços de saúde via acesso judicial indiscriminado, gerando custos excessivos para o Estado, acaba por retirar de outra parte significativa da população verba destinada à realização de escolhas sociais por quem foi eleito pelo povo e, por isso, tem a legitimidade.

Apenas uma interpretação constitucionalmente adequada do direito fundamental à saúde pode garantir a intangibilidade do princípio da isonomia.

Como objetivo geral, tenciona-se investigar em que medida a judicialização desenfreada da saúde pode impactar os direitos da personalidade e quais mecanismos e/ou filtros podem de ser utilizados, pelo Estado-Juiz, para adequação da tutela jurisdicional.

Como problema de pesquisa, pretende-se discutir se o Estado-Juiz deve, ou não, por ocasião do silogismo judicial, levar em consideração as consequências que as suas decisões sobre judicialização da saúde podem provocar no seio social e nos direitos da personalidade.

Como forma de minudenciar a pesquisa, será abordada, no item 2, o direito à saúde e sua centralidade no sistema jurídico decorrente da característica de ser pressuposto de fruição de direitos.

No item 3, abordaremos o fenômeno da judicialização da saúde. O objetivo é ambientar, inicialmente, a intervenção judicial em matéria geral de judicialização da vida, da política e da saúde para, posteriormente, ao final do artigo, transplantar esses conhecimentos teóricos para o campo do consequencialismo.

No item 4, será reavaliada a questão central da pesquisa: o Estado-Juiz deve, ou não, por ocasião do silogismo judicial, levar em consideração as consequências que as suas decisões sobre judicialização da saúde podem provocar no seio social e nos direitos da personalidade?

Por fim, serão apontadas algumas ferramentas para potencializar a concepção filosófica do consequencialismo no enfrentamento da judicialização da saúde e, por consequência, fazer valer a recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a diretriz estampada no Código de Ética da Magistratura Nacional.

A importância da temática reside no fato de os direitos da personalidade – consubstanciados na tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções – serem negativamente impactados, de forma micro e macro, a depender do caminho a ser tomado pelo Poder Judiciário no enfrentamento dos problemas advindos da judicialização da saúde.

Como percurso metodológico para o desenvolvimento do trabalho, utilizar-se-á do método hipotético-dedutivo. Aventa-se, como hipótese, a ser corroborada ou refutada ao longo da pesquisa, que o Poder Judiciário, com visão sentimentalista de tutela de direitos fundamentais, enfrenta lides envolvendo direito à saúde sem examinar as consequências práticas que suas decisões provocam no seio social, no orçamento público e na tutela de direitos da personalidade em geral.

Como procedimento, objetiva-se o aprofundamento teórico por meio de pesquisa bibliográfica nas bases de dados da Scopus, EBSCO e Google Acadêmico.

## 2. A CENTRALIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUAS IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Se é fato que o direito à vida ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, não é menos verdade averbar que a saúde ostenta igual relevância. Sem saúde, a propósito, não há falar-se em vida digna.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 196 ser a saúde<sup>3</sup> um direito de todos e um 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>4</sup>

Não se trata apenas de parte de um conjunto de outros direitos sociais fundamentais alocados expressamente na constituição brasileira. A saúde traduz um direito fundamental de natureza social, individual e coletiva, regulado por 04 (quatro) longos artigos constitucionais que descrevem os contornos gerais da política pública e da oferta privada destes serviços, além de ser citado mais de 60 (sessenta) vezes no documento<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> “A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se a regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores. Nesse sentido, a explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), resultam da evolução dos sistemas de proteção estabelecidos pela legislação ordinária anterior (em 1975, a Lei n. 6.229 criou o Sistema Nacional de Saúde, depois sucedido pelo Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, em 1987), bem como das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, sobretudo a partir das conclusões firmadas pela VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que inspiraram os constituintes de 1987/1988109. Daqui derivam, entre outros: a) a adoção de um conceito amplo de saúde, congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS); b) a superação da concepção apenas curativa de saúde, para incluir os aspectos protetivo e promocional ao direito fundamental; c) a unificação do sistema de saúde (sistema único), marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a universalidade de atendimento, isto é, o acesso à assistência à saúde não mais restrito somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a relevância pública das ações e serviços de saúde.” (SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>4</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm)>. Acesso 21 maio. 2021.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. **Brasília, DF: Insper: CNJ**, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.



A expressão econômica do direito à saúde, lado outro, é assaz chamativa, atingindo aproximadamente 10 % da renda nacional, com crescimento nos últimos anos, tanto em volume de serviços, quanto em seus custos<sup>6</sup>.

A saúde é pressuposto de fruição de inúmeros direitos e garantias do homem. Não por outra razão a Organização Mundial da Saúde (OMS) a definiu, em 1946, como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade.

Sob o ponto de vista da sua categorização, o direito à saúde pode ser considerado não só como um direito social fundamental. Pode, ainda, a depender do enfoque a ser dado pelo observador do objeto, ser enquadrada como *direito humano* e *direito da personalidade*.

A propósito, no plano internacional, a magnitude do direito à saúde pode ser vista em vários documentos, a exemplo dos seguintes: (i) Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas<sup>7</sup> (DUDH/ONU) - artigos 22 e 25 tratam dos direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa; (ii) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, internalizado pelo Decreto legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591<sup>8</sup>, de 06 de julho de 1992 – artigo 12 trata do direito ao mais alto nível possível de saúde; (iii) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 678<sup>9</sup>, de 6 de novembro de 1992 – artigos 4º e 5º tratam dos direitos à vida e à integridade física e pessoal; (iv) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), internalizado pelo Decreto legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.371<sup>10</sup>, de 31 de dezembro de 1999 – artigo 10 versa sobre o direito à saúde.

Lado outro, a vinculação da saúde aos direitos da personalidade é importante para fins de proteção do indivíduo. Por estar umbilicalmente ligado ao direito à

<sup>6</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. **Brasília, DF: Insper: CNJ**, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em 19 de maio. 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso em 19 de maio. 2021.

<sup>9</sup> BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em 19 de maio. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm)> Acesso em 19 de maio. 2021.

vida e ser dotada de essencialidade, é também classificada como um direito da personalidade.

Adriano de Cupis averba o direito à saúde como medula da personalidade, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo. Se o indivíduo não puder gozar de saúde, outros direitos não lhe despertarão interesse e nem poderão sequer ser exercidos<sup>11</sup>.

A expressão direitos da personalidade foi cunhada por jusnaturalistas franceses e alemães para referenciar certos direitos inerentes ao homem. Direitos, a propósito, preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado<sup>12</sup>. Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, decorrentes de sua existência.<sup>13</sup>

Logo após a 2ª Guerra Mundial, procurou-se proteger o indivíduo contra os arbítrios provenientes do Estado, entrelaçando os direitos da personalidade à ideia de dignidade da pessoa humana, e os alçando à proteção constitucional e internacional<sup>14</sup>.

Os direitos da personalidade representam a tutela da pessoa humana em suas múltiplas projeções<sup>15</sup> e, por essa razão, é possível afirmar que saúde acaba ocupando centralidade no sistema jurídico como pressuposto de fruição de direitos.

A essência da pessoa está em seus direitos da personalidade<sup>17</sup>, os quais consistem na parte intrínseca da pessoa humana, ou seja, trata-se de um atributo de existência. São direitos essenciais para petição da dignidade humana e de sua integridade psicofísica.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 2, n. 2, p. 182-197, 2015. Disponível em: < <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/45/pdf> > Acesso 21 maio. 2021.

<sup>12</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, Campinas: Booksellers, 1999, v. I, p. 275-276.

<sup>13</sup> “Próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, direito à integridade física e psíquica, o direito a integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros [...]. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos de personalidade”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

<sup>14</sup> FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 1, n. 01, 2014. Disponível em: < <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/130> > Acesso em 19 de maio. 2021.

<sup>15</sup> SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 80.

<sup>16</sup> Parte da doutrina defende que os direitos da personalidade carregam, intrinsecamente, as seguintes características: são irrenunciáveis, inalienáveis, essenciais, intransmissíveis e extrapatrimoniais, integrados nas relações privadas.

<sup>17</sup> CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: livraria morais, 1961, p. 17.

<sup>18</sup> “Os direitos da personalidade são os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, os quais são considerados essenciais diante da necessária proteção da dignidade da pessoa humana e de sua

Vê-se, por corolário, que o direito à saúde mantém interpenetração com um plexo formado por direitos subjetivos fundamentais, humanos e da personalidade, assegurado à generalidade das pessoas pela Lei Maior, traduzindo consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O exercício da maior parte dos diferentes direitos fundamentais, humanos e da personalidade consagrados, respectivamente, no texto constitucional, em documentos internacionais e na legislação infraconstitucional – há de se reconhecer –, pressupõe que o cidadão não esteja com a saúde limitada, total ou parcialmente.

Livre e saudável, o ser humano pode, a princípio, associar-se, locomover-se, reunir-se, manifestar de forma mais ampla no seio social o seu pensamento, exercer de maneira irrestrita a liberdade de culto e religião, trabalhar etc. Ao revés, quando limitada a saúde, é indene de dúvidas que a concretização de direitos, seja fundamental, seja da personalidade<sup>19</sup>, é sobremaneira impactada.

Tanto os direitos fundamentais quanto os humanos e os da personalidade - em razão da interdependência que lhes é inerente –, encontram a sua concretização ligada ao pressuposto da vida digna e saudável. A saúde é, por certo, pressuposto da proteção da própria dignidade humana, a qual configura a base axiológica em que se assentam os direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Para além da categorização do direito à saúde como *direito social fundamental*, *direito humano* e *direito da personalidade*, de se ver que, invariavelmente, ele impacta significativamente todas aquelas categorias de direitos citadas. E os direitos da personalidade especialmente ligados à integridade física, psíquica e emocional de sujeitos de direitos são impactados de forma mais direta.

Essa circunstância promove a centralidade da saúde no sistema jurídico e realça a sua capacidade de produzir efeitos sobre o exercício de tantos outros direitos. Explícita, além disso, conforme será mais bem exposto no decorrer desta pesquisa, por quais razões inúmeras decisões judiciais sobre saúde são acolhidas pelo Estado-Juiz, com base na carta branca da dignidade da pessoa humana, sem exame das consequências geradas no seio social, no orçamento, na tutela coletiva, na isonomia etc.

Se, de um lado, a importância do direito à saúde é incontestável – a merecer tutela significativa pela organização jurídica fundamental do nosso Estado (CR/88) –, de outro, é preciso ter consciência de que a sua judicialização excessiva e desmedida pode impactar, de forma macro, a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

---

integridade psicofísica. Essa categoria de direitos é construção teórica relativamente recente, cujas raízes são provenientes principalmente das elaborações doutrinárias germânicas e francesa da segunda metade do século XIX.” (CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28).

<sup>19</sup> O artigo não é preciso para o fim de distinguir direitos fundamentais, humanos e da personalidade. Interessante distinção é trabalhada por Anderson Schreiber. Conferir em: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.



A própria ideia de acesso à justiça parece não ser examinada de forma mais profunda por parte dos intérpretes que, lastreados na concepção excessivamente aberta da dignidade humana, defendem que o Estado tem o dever de oferecer todo e qualquer tipo de pretensão relacionada à saúde, independentemente do custo dessa pretensão.

Muitas das pretensões materiais e imateriais de saúde que chegam diariamente aos Tribunais, na maior parte dos casos, são veiculadas por pessoas que, embora simples, ostentam o mínimo de acesso à informação a ponto de se permitir, inclusive, que pudessem se dirigir à Defensoria Pública ou a algum escritório de advocacia.

Fato é que uma parcela significativa da população – de miseráveis – não tem a mesma sorte ou acesso à informação, de modo que, quando o Estado-Juiz se substitui ao administrador na escolha das prioridades, retira deste a possibilidade de gerir a política pública mais adequada aos interesses da sociedade.

Uma situação hipotética pode auxiliar. Imagine-se determinado indivíduo de um município com 15 mil habitantes que, por meio de advogado constituído, ajuíza ação na justiça estadual pleiteando determinado medicamento, fora da lista de dispensação do SUS, cujo custo é de 100 (cem) mil reais mensal. O magistrado concede a liminar em desfavor do Município, fixando multa diária de mil reais por descumprimento, limitada ao teto de 100 (cem) mil reais. O Município, por dificuldades operacionais, acaba tardando no cumprimento da liminar, resultando no custo de 150 (cento e cinquenta) mil reais: cem (mil) decorrente do custo para custear o medicamento + 50 (cinquenta) mil de multa diária por descumprimento.

Indaga-se: O Estado-Juiz retirou, ou não, no caso hipotético, das mãos do gestor – eleito pelo voto popular – a escolha das prioridades? É possível afirmar-se que, com a liminar, haverá deslocamento de 150 (cem) mil reais mensais do orçamento já escasso de um município pequeno para acobertar uma única pessoa e, por via oblíqua, descoberta da população carente que poderia, com a mesma quantia, ser beneficiada por diversos outros serviços sociais?

O problema é que podemos não ter apenas uma liminar isolada aqui ou acolá, mas, a bem da verdade, centenas, milhares, a depender do ente político. E o custo da implementação do medicamento ou da intervenção social via liminar é muito maior do que aquele que poderia ser obtido pelo poder público pelas vias próprias da administração.

Afigura-se, por isso, mais adequado pensar-se na utilização mais eficiente das ações coletivas com móvel direcionado à inclusão de medicamentos na lista de dispensação do SUS, como uma alternativa ótima à judicialização individual excessiva.

É nessa quadra, aliás, que exsurge a importância do estudo do fenômeno da judicialização da saúde, incluindo a avaliação de suas causas, efeitos positivos e negativos, custos de sua efetivação, com olhos voltados à vertente filosófica do consequentialismo.

Não se pode olvidar que a saúde é um direito que se encontra positivado, em sua grande maioria, em normas de natureza programática<sup>20</sup>. O que indica que a plena eficácia dessas normas sempre estará, em maior ou menor medida, condicionada à formatação e desenvolvimento de políticas públicas e normas lhe atribua efeitos concretos.

E o contexto da judicialização da saúde merece uma leitura constitucionalmente adequada do §1º do artigo 5º da nossa lei maior, o qual sinaliza que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A esse respeito, vale rememorar a doutrina de Ingo Sarlet:

A melhor exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...] [sendo certo, por isto, que] seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

No caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.

21

O que se defenderá, a seguir, é a necessidade de o Estado tutelar a saúde de forma responsável, cumprindo os fins constitucionais, mas de maneira adequada

---

<sup>20</sup> Segundo Canotilho, o direito à saúde possui quatro formulações a saber: (i) normas de organização; (ii) garantias institucionais; (iii) direitos subjetivos públicos; e (iv) normas programáticas (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 270.

aos limites orçamentários de um país periférico como o nosso e, acima de tudo, com visão consequencialista.

### 3. O PROBLEMA DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E O CUSTO DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Judicialização traduz uma expressão designativa de um fenômeno que ocorre em vários países consistente no fato de questões sensíveis de cunho político, social, ético e moral passarem a ser solucionadas pelo Poder Judiciário, em substituição às instâncias do executivo e legislativo. Significa, pois, deslocar o conhecimento de determinadas matérias para o Judiciário frente ao não solucionamento, como deveria, pelas instâncias políticas tradicionais.

Luís Roberto Barroso apresenta conceituação interessante sobre o fenômeno:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria<sup>22</sup>.

430

Na atual quadra do pensamento moderno, é usual falar-se em judicialização da vida<sup>23</sup>, da política<sup>24</sup> e da saúde. O objetivo desta pesquisa não é explorar de forma

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 24-25, 2012. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>23</sup> A judicialização da vida pode ser exemplificada: (i) nas intervenções do Supremo Tribunal Federal reconhecimento da possibilidade de aplicação da união estável entre pessoas do mesmo sexo, no ano de 2011, em sede de ação direta de inconstitucionalidade 4277 e ação de descumprimento de preceito fundamental 132; (ii) no julgamento do mandado de injunção 7733/DF, em que, para além de reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, aplicou-se, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

<sup>24</sup> Como exemplo de judicialização da política, de se ver o deslocamento para o Supremo Tribunal Federal da discussão sobre o rito do processamento do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff.

profunda as causas da judicialização no Brasil<sup>25</sup>, mas apenas contextualizá-la com o pano de fundo da saúde, mais especificamente – para os fins propostos – do *consequencialismo*.

A judicialização da saúde – é importante assentar – repercute não só nos orçamentos públicos, mas, de igual modo, no equilíbrio contratual nas relações privadas entre operadoras de planos de saúde e os beneficiários<sup>26</sup>. Há em curso, portanto, uma avalanche de ações que repercutem nas políticas públicas de saúde e na saúde complementar<sup>27</sup>.

É interessante notar que o direito brasileiro experimenta um novo paradigma, modificado profundamente nos últimos anos. Caracterizado pela ênfase aos direitos sociais, com destaque para o direito à saúde, esse paradigma diferenciado provocou significativo deslocamento de poder do âmbito do Executivo e do Legislativo para o Poder Judiciário.<sup>28</sup>

Ações judiciais baseadas em disposições constitucionais que tratam do direito à saúde e laudos médicos indicativos, à luz do médico que acompanha o paciente, da

<sup>25</sup> Algumas dessas causas podem ser resumidas da seguinte maneira: (i) com a redemocratização do país experimentada com a Constituição de 1988, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em poder político capaz de fazer valer a constituição e as leis; (ii) constitucionalização abrangente trouxe para a Constituição muitas matérias que anteriormente ficavam a cargo do processo político majoritário; (iii) sistema brasileiro de constitucionalidade mais abrangente do mundo combinando aspectos de dos sistemas americano e europeu (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis*, v. 5, n. 1, p. 24-25, 2012).

<sup>26</sup> Países como os EUA, de forma diametralmente oposta ao Brasil, apresentam resposta simples e insuficiente para os problemas de saúde. O sistema está baseado na escolha individual, de beneficiários de planos de saúde e das operadoras, as quais podem negociar grande diversidade de planos, com diferentes graus de cobertura; outros países, a exemplo do Reino Unido, são dotados de organismos especializados para responder a esse conjunto complexo de questões. É o caso do NICE (Nacional Institute for Health and Care Excellence) – parte essencial do sistema de saúde britânico (AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Juízes de Jaleco: a judicialização da saúde no Brasil*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/342720909 Juizes de Jaleco a judicializacao da saud e no Brasil](https://www.researchgate.net/publication/342720909_Juizes_de_Jaleco_a_judicializacao_da_saud_e_no_Brasil)> Acesso 21 maio. 2021).

<sup>27</sup> “Também na esfera privada, a judicialização afeta direta ou indiretamente as relações contratuais entre cerca de 50 milhões de beneficiários de planos de saúde, operadores e prestadores de serviços de assistência à saúde. Pela sua escala, a judicialização da saúde tornou-se relevante não apenas para o sistema de assistência à saúde, mas para o próprio Judiciário, que tem que lidar com centenas de milhares de processos, vários dos quais sobre temas recorrentes e quase sempre contendo pedidos de antecipação de tutela ou liminares” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília, DF: Insper: CNJ, 2019, p. 15. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso em 21 maio. 2021).

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: **riscos e possibilidades**. In: *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.

indispensabilidade de determinado fármaco, por exemplo, acabam funcionando como componente do fator de explosão da judicialização da saúde no Brasil.

O poder judiciário, inevitavelmente, acaba moldando políticas públicas<sup>29</sup> e interferindo nas relações privadas. Juízes têm decidido pela incorporação de novos medicamentos e procedimentos em milhares de ações individuais amparados no supra princípio da dignidade da pessoa humana e no direito social à saúde. Em muitos casos, são concedidas liminares abarcando medicamentos fora da lista de dispensação do SUS e cujos custos são altos.

A previsão constitucional indicativa de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196, CRFB/88) foi utilizada, durante décadas, como salvaguarda para a concessão de um número ilimitado de decisões contra o Poder Público envolvendo medicamentos, órteses, próteses, incorporação de novas tecnologias etc.

O famoso caso da fosfoetanolamina – conhecida como pílula do câncer – gerou, no período de oito meses, 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse medicamento ainda não aprovada na ANVISA e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos<sup>30</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais parecia estar vinculada a um entendimento paternalista de que o direito à saúde se trata de um direito absoluto. As decisões judiciais, em geral, se embasavam no supraprincípio e fundamento da República da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

O problema da dignidade está na sua abertura conceitual que permite a construção e o preenchimento do respectivo conteúdo pelo intérprete de acordo com as suas próprias paixões, pré-compreensões, visões de mundo e propósitos (elogiáveis ou não). Reveste-se de acerto a metáfora de Luís Roberto Barroso, ao alinhar que a dignidade como conceito jurídico, estaria a funcionar habitualmente como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores<sup>31</sup>.

Muitas decisões judiciais, seja no campo da saúde pública, seja no campo da saúde suplementar, assinalam que o direito à saúde está previsto na Constituição

<sup>29</sup> Segundo Fernando Brito, a temática das políticas públicas não é um estudo inerentemente jurídico, mas, sim, da ciência política, de maneira que ainda há pouco acúmulo teórico na seara jurídica sobre o tema. O citado autor prossegue afirmando que o ideal positivista de que o direito é auto sustentável e autônoma em relação a outras áreas do conhecimento é substituída por uma abordagem interdisciplinar, a qual possibilita a formatação de um diálogo entre o direito, a sociologia, a ciência política e demais áreas do conhecimento, garantindo espaço para o estudo a respeito das políticas públicas (BRITO ALVES de, Fernando; DE SOUZA, Matheus Silveira Silveira. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. *Revista Argumenta*, n. 28, p. 107-403, 2018, p. 112).

<sup>30</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. *Brasília, DF: Insper: CNJ*, 2019, p. 7. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Rio de Janeiro: Editora Fórum. 2014, p. 10.



e, por essa razão, caberia ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias.

No entanto, não se via o enfrentamento da questão do acesso à saúde com a atenção adequada que pressupunha o exame do contexto do impacto orçamentário e da cientificidade inerente à incorporação de um dado fármaco na lista do SUS.

A premissa argumentativa de ser o direito à saúde absoluto é equivocada. Há relativo consenso no sentido de que os direitos, ou ao menos boa parte deles, “não são absolutos, não se admitindo o exercício ilimitado das prerrogativas que cada direito pode facultar, principalmente quando se cuide de direitos veiculados sob a forma de normas-princípios”<sup>32</sup>.

Essa conclusão é extraída da própria interpretação sistemática do texto constitucional, que restringe até mesmo o direito à vida em situações específicas (art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”). Se a vida pode ser limitada, a saúde também. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

Não se trata o presente artigo de uma crítica ao Poder Judiciário. Em verdade, a atuação do Poder Judiciário é indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Como instrumento de tutela de direitos fundamentais e da personalidade, juízes têm de intervir para solucionar conflitos no sistema de saúde, a exemplo de operadoras de planos de saúde que descumprem contratos ou abusam de sua relação com beneficiários de planos, prefeituras e governos estaduais que descumprem a política pública de saúde orientadas pela ANVISA, CONITEC ou ANS<sup>33</sup>.

A judicialização da saúde apresenta efeitos positivos<sup>34</sup>. Clenio Jair Schulze cita os seguintes: (i) a correção da administração, considerando que grande parte da

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 189.

<sup>33</sup> DE AZEVEDO, Paulo Furquim. Juízes de Jaleco: **a judicialização da saúde no Brasil**. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342720909\\_Juizes\\_de\\_Jaleco\\_a\\_judicializacao\\_da\\_saud\\_e\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/342720909_Juizes_de_Jaleco_a_judicializacao_da_saud_e_no_Brasil)> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>34</sup> Pedro Rubim Borges Fortes traz um contra ponto a partir do exame de dez mitos da literatura crítica sobre judicialização da saúde. A propósito, é interessante a sua abordagem sobre a ausência de critério científico para concluir que há excesso de judicialização de saúde no Brasil. Confira-se: “Se juízes tivessem seguido a literatura crítica e negado medicamentos não registrados na ANVISA nos anos 1990, o combate à HIV/AIDS não teria sido tão bem sucedido. Embora se possa questionar decisões individuais e o custo-benefício de certos medicamentos, não se pode negar o impacto positivo da judicialização da saúde no programa de tratamento de HIV/AIDS. O Poder Judiciário garantiu o acesso amplo e acelerou a incorporação de novos medicamentos, sendo reconhecido como instrumento indispensável de exercício da cidadania e proteção dos direitos dos pacientes. Logo, a afirmação de que a judicialização do direito à saúde é excessiva é um mito, porque a literatura crítica jamais se preocupou em conceituar com precisão terminológica e evidências abrangentes o que seja o excedente e em distinguir uma judicialização “essencial” de uma judicialização “excessiva”. Além de exemplos anedóticos de equívocos, a literatura crítica não enfrenta os exemplos positivos que contradizem sua afirmação e tampouco analisa de modo

judicialização da saúde no Brasil (35%) decorre do não fornecimento de tecnologias já incorporadas, ou seja, de medicamentos e produtos que já constam da relação de medicamentos e que, portanto, devem ser fornecidos diretamente no SUS; (ii) a incorporação de novas tecnologias em decorrência das inúmeras decisões judiciais que levam o SUS e a ANS a incorporá-las, após comprovação de eficácia, acurácia, da segurança, da eficiência e do custo-efetividade; (iii) concretização da teoria dos direitos fundamentais; (iii) o aumento da regulação e; (iv) a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC; (v) o fomento ao uso da medicina baseada em evidências como critério da decisão judicial<sup>35</sup>.

É preciso, entretanto, sopesar – a partir de uma visão de macro justiça – que os recursos são finitos e não se pode etiquetar a saúde como um direito absoluto. Por essas razões, o Poder Judiciário tem de atuar com olhos voltados ao orçamento, com visão consequencialista, obtemperando a solução que melhor otimize recursos.

Ao tratar da judicialização da saúde no século XXI, Clenio Jair Schulze bem aloca a problemática:

A Constituição consagra no artigo 6º a saúde como Direito social. Mas é no artigo 169 que fixa as balizas, ao mencionar que “a saúde é um 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”. Um pensamento inicial conduz à ideia de que se trata de um Direito absoluto. Isso se dá em razão da noção geral segundo a qual sem saúde não há dignidade. As decisões judiciais, em geral, deixam de enfrentar tal questão, fundamentando que o Direito à saúde está previsto na Constituição e que por isso cabe ao Estado prestar toda e qualquer política a fim de concretizá-lo, condenando o ente público a prestar tratamentos e fornecer produtos, medicamentos e novas tecnologias<sup>36</sup>.

A partir de dados de gestão processual, obtidos junto aos tribunais estaduais e federais por meio da Lei de Acesso à Informação, é possível observar o número de processos judiciais distribuídos anualmente em temas afetos à saúde. Houve um

---

abrangente e pormenorizado um universo amplo de ações judiciais para separar excessivo do que seja essencial.” (FORTES, Pedro Rubim Borges. De graça até injeção na testa? Dez mitos da literatura crítica e uma defesa da judicialização da saúde baseada em evidências. **Rei-revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 226-275, 2021, p. 230. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/611/673>> Acesso 21 maio. 2021).

<sup>35</sup> JAIR SCHULZE, Clenio. **Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2018, p. 93.

<sup>36</sup> JAIR SCHULZE, Clenio. **Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2018, p.69.

aumento de 130%, entre 2008 e 2017. Algo muito acima do número total de processos judiciais em geral, que, a propósito, cresceu 50% no mesmo período<sup>37</sup>.

Com a pandemia, a judicialização da saúde experimentou novos contornos decisórios, para além dos usuais casos de medicamentos, órteses, próteses, tecnologias não incorporadas, tratamentos variados etc. Fala-se atualmente na chamada judicialização da pandemia.

A pluralidade de questões fáticas e jurídicas que chegam aos Tribunais Superiores, por óbvio, perpassam, inicialmente, pela trincheira do 1º Grau de jurisdição. Magistrados no Brasil todo têm lidado diariamente com drama humano agravado pela pandemia.

Os parâmetros recentemente sinalizados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup> e Superior Tribunal de Justiça, para casos objetivando medicamentos, ortoses, próteses e incorporação de novas tecnologias e tratamentos de saúde, passam a funcionar como filtros para a judicialização predatória até então existente.

Dentro dessa miríade de novos casos de judicialização da saúde, entra a interessante questão de pacientes que acionam o Poder Judiciário com o objetivo de serem incluídos em vagas de leito de UTI.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso indeferiu o pedido de suspensão de inúmeras liminares deferidas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande que determinaram a internação em leito de UTI-COVID dos pacientes relacionados. O Superior Tribunal de Justiça, com visão consequencialista mais bem explicitada no item a seguir, suspendeu as decisões provisórias.<sup>39</sup>

#### 4. PÓS-POSITIVISMO E ABERTURA DO SISTEMA PARA O CONSEQUENCIALISMO VIA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

O Judiciário de hoje não é o mesmo de outrora e essa mudança pode ser percebida a partir do exame da forma como o direito é aplicado, hodiernamente, por presentantes do Estado-Juiz.

<sup>37</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. **Brasília, DF: Insper: CNJ**, 2019, p. 15. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf> > Acesso em 24 abr. 2021. Conferir, ainda, os seguintes dados de pesquisa: < <http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao/> > . Acesso em: 21 maio. 2021.

<sup>38</sup> Um quadro bastante completo e resumido a respeito da jurisprudência do STF sobre judicialização da saúde no Brasil pode ser visto no site oficial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: < <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao/stf/> > Acesso em 19 maio. 2021.

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Presidência). **SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 2925 - MT (2021/0123084-6)**. Relator: Min. Humberto Martins, 27 de abril de 2021. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 19 de maio. 2021.

Veja-se, a propósito, que, a partir do pós-guerra, passamos do *positivismo* para o *pós-positivismo* ou *neoconstitucionalismo*, com consequências sensíveis na forma de interpretar, aplicar o Direito e enxergar o real papel do Poder Judiciário.

O *positivismo jurídico*<sup>40</sup>, enquanto pensamento filosófico lastreado no império da lei, não raro, foi utilizado pelo regime nazista como instrumento de salvaguarda de atrocidades praticadas contra a humanidade. A pretexto de cumprir a lei formal, os soldados do *Terceiro Reich* (Alemanha nazista) violavam, de forma incontável, diversos direitos inerentes à condição humana, na confiança de que estavam a agir no estrito cumprimento de um dever legal e, portanto, não cometeriam desvio algum.

Tal circunstância colocou o positivo jurídico em xeque, sobretudo a partir do final da 2ª Guerra Mundial, dando azo a uma tentativa de reaproximação entre direito e moral, com a alocação da dignidade da pessoa humana como o ponto de partida e de chegada da atuação das nações democráticas.

A era do *pós-positivismo* traduz, portanto, a identificação de um conjunto de ideias difusas que se dissociam do legalismo estrito do positivismo normativista sem restaurar a ordem subjetivista do jusnaturalismo<sup>41</sup>. A necessidade de formulação de uma teoria da justiça e da norma, com especial destaque ao papel das constituições, fixou-se como uma constante dos países democráticos.

Essa ordem de ideias, para além da abertura do direito para a moral e valores, deve, ainda, abrir a mente dos aplicadores do direito para uma concepção filosófica, infelizmente, pouco estudada: o *consequencialismo*<sup>42</sup>.

Concepção filosófica ligada ao utilitarismo<sup>43</sup> e utilizada no discurso de aplicação do direito, o consequencialismo consubstancia-se na consideração das influências e das projeções que a decisão judicial – boas ou más – pode gerar no seio social, isto é, no mundo fenomênico. Segundo essa concepção filosófica, efeitos econômicos,

<sup>40</sup> O positivismo jurídico ou juspositivismo é uma corrente da teoria do direito, que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Ao definir o direito, o positivismo identifica, portanto, o conceito de direito com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v.4, n.15, p. 11-47, 2001, p. 32. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acesso maio. 2021.

<sup>42</sup> O consequencialismo exsurge como uma corrente filosófica ligada ao conceito de utilitarismo.

<sup>43</sup> O utilitarismo é uma concepção doutrinária filosófica, defendida especialmente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, que afirma serem as ações boas quando tendem a promover a felicidade e más quando tendem a promover o oposto da felicidade. Parte da premissa de que o bem maior – em favor da coletividade – autoriza a supressão ou eliminação de direito ou posições individuais. Não raro, sob o ponto de vista filosófico, a ética utilitarista é resumida pela frase: *Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar (Princípio do bem-estar máximo)*. Mill averba que o utilitarismo é, na realidade, uma teoria de perspectiva mais geral, ao passo que o consequencialismo seria uma subdivisão do Utilitarismo (EN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 84).

sociais e culturais, sejam prejudiciais, sejam favoráveis à sociedade, devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma em dadas circunstâncias.

Trata-se de um “programa teórico que condiciona a adequação jurídica de uma decisão à valoração das consequências relacionadas à mesma e às suas alternativas”<sup>44</sup>. Fala-se em consequencialismo forte e um consequencialismo fraco<sup>45</sup>.

O consequencialismo procura se afastar do casuísmo e arbitrariedade, trazendo elementos sociológicos para o debate jurídico, de modo a permitir que a decisão tenha aptidão – em tese – para se tornar universal<sup>46</sup>.

O consequencialismo [...] é aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença<sup>47</sup>.

É premente a necessidade de não só realçar a importância dos valores por ocasião da aplicação da lei, mas, de igual modo, interpretá-la sempre examinando as consequências – boas ou más – que as decisões vinculadas à exegese podem gerar no seio social<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020, p. 835. Disponível em: < <https://www-scopus.ez433.periodicos.capes.gov.br/record/display.uri?eid=2-s2.0-85097466960&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&sid=19d7588da3f580ea9a4380097bbe9000&sot=b&sdt=b&sl=32&s=TITLE-ABS-KEY%28consequencialismo%29&relpos=0&citeCnt=0&searchTerm=>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>45</sup> “No primeiro existiria uma prioridade ou exclusividade na valoração das consequências, no juízo de adequação de uma determinada decisão. O segundo, no entanto, traria a marca de igualdade de peso quando comparados argumentos com valoração das consequências e os não consequencialista” (BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020, p. 835. Disponível em: < <https://www-scopus.ez433.periodicos.capes.gov.br/record/display.uri?eid=2-s2.0-85097466960&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&sid=19d7588da3f580ea9a4380097bbe9000&sot=b&sdt=b&sl=32&s=TITLE-ABS-KEY%28consequencialismo%29&relpos=0&citeCnt=0&searchTerm=>> Acesso 21 maio. 2021).

<sup>46</sup> MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**. Vol. 04, nº 53, Curitiba, 2018, pp. 497-523. Disponível em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>47</sup> PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Belo Horizonte, a. 59, nº 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.

<sup>48</sup> No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é possível citar alguns casos em eu o STF vestiu uma roupagem consequencialista. Rodrigo Brandão e André Farah averbam que, no HC nº 126.292/SP



Como bem averbado por José Renato Nalini, em *Rebelião da Toga*, “a consideração das consequências é imperativo moral de que o juiz não está liberado. Por isso é que uma das disciplinas importantes numa verdadeira Escola da Magistratura seria o consequencialismo.”<sup>49</sup> Inúmeras sentenças inexecutáveis e muitas injustiças flagrantes, segundo o autor citado, seriam evitadas se houvesse empenho em disseminar essa prática<sup>50</sup>.

A vertente do consequencialismo aplicada ao campo da judicialização da saúde está a exigir do magistrado, na fundamentação de suas decisões, que examine a fundo questões clínicas, a exemplo das evidências do tratamento pleiteado; o custo-efetividade; a eficácia e eficiência do medicamento; o impacto orçamentário da medida judicial implementada etc.

Em um país com muitas necessidades sociais e recursos finitos como o nosso, o poder público tem de realizar, com frequência, escolhas das prioridades. A necessidade de escolhas no plano fático acaba consistindo na opção de concretização de determinados direitos, para algumas pessoas, em detrimento dos direitos de outras.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein – responsáveis pelo desenvolvimento da tese das escolhas trágicas – averbam que escolher ‘x’ sobre ‘y’ reflete desistir de ‘y’, que, se for a alternativa perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher X. Quando um direito é efetivado, portanto, alguém ganha e alguém perde<sup>51</sup>.

---

– o qual tratava do início da execução da pena a partir de decisão condenatória de segundo grau –, o Ministro Luís Roberto Barroso, na terceira parte de seu voto, abriu tópico para expor fundamentos pragmáticos, elencando duas características: o contextualismo e o consequencialismo. Os citados autores rememoram que o ministro expressou, com base em pesquisas da época, que menos de 1,5% foi o quantitativo de recursos extraordinários providos em favor do réu; que, de 2009 a 19 de abril de 2016, menos 0,1% das decisões foram absolutórias, no tocante a recursos criminais no STF; e que era massiva a quantidade de casos com prescrição da pretensão punitiva, gerando sensação de descrédito na justiça penal. Citam, na sequência, a ADI nº 5.874/DF, que discutiu limites constitucionais à concessão de indulto em caráter geral pelo Presidente da República. O argumento consequencialista estaria na base utilizada por ministros sobre a população carcerária, número de acusados ou condenados por crimes violentos, quantidade de presos provisórios, informações de tribunais de Justiça de cinco estados da federação, indicando que, entre 2013 e 2017, foram concedidos 27.681 indultos (BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. *Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa*. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020, p. 835. Disponível em: < <https://www-scopus.ez433.periodicos.capes.gov.br/record/display.uri?eid=2-s2.0-85097466960&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&sid=19d7588da3f580ea9a4380097bbe9000&sot=b&sdt=b&sl=32&s=TITLE-ABS-KEY%28consequencialismo%29&relpos=0&citeCnt=0&searchTerm=>> Acesso 21 maio. 2021).

<sup>49</sup> NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Millennium Editora, 2008, p. 156

<sup>50</sup> NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Millennium Editora, 2008, p. 156.

<sup>51</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999, p. 255.

É lugar comum afirmar que direitos que demandam prestações estatais entram, frequentemente, em colidência por ser inevitável uma opção trágica na direção de que algum direito não será atendido ao menos em alguma medida.

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos.

As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

Esse pano de fundo dos custos da implementação do direito à saúde está a indicar a importância de a tomada da decisão judicial incluir em seu bojo elementos externos e consequenciais de aplicação do direito.

Há duas ordens de ideias ou diretrizes – merecedoras de destaque neste artigo – que circundam o consequencialismo e devem vincular a atuação do Estado-Juiz no tema concernente à judicialização da saúde. A primeira tem previsão no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*<sup>52</sup>.

A segunda, por sua vez, tem previsão no Código de Ética da Magistratura: *Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar*<sup>53</sup>.

Ambas são sinalizações claras de que, no campo da judicialização da saúde, o Estado-Juiz, ao examinar liminares de medicamentos, órteses, próteses, inclusão de novas tecnologias, deve sopesar as consequências que essas decisões podem gerar na sociedade e especialmente sobre: (i) aspectos orçamentários ligados a escolhas trágicas veiculadas em políticas públicas; (ii) à perspectiva técnica das razões pelas quais não houve inclusão de determinados medicamentos na lista do SUS; (iii) ao impacto no princípio da separação dos poderes com substituição da decisão do gestor eleito pelo povo pela do magistrado; (iv) ao princípio da isonomia em decorrência da liminar atender a interesse apenas de determinado sujeito postulante da pretensão material, ficando relegada a posição de milhares de

---

<sup>52</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, Presidência da República [1942]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) > Acesso 19 maio. 2021

<sup>53</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/> > Acesso 19 maio. 2021

peças que também, eventualmente, se encaixam na mesma posição e se sentem merecedoras de um mesmo medicamento ou tratamento não previsto na lista de dispensação do Poder Público etc.

Essas duas bússolas interpretativas previstas, respectivamente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no Código de Ética da Magistratura, certamente, têm permeado as últimas decisões impactantes dos Tribunais Superiores versando sobre judicialização da saúde.

A propósito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o ponto central e atual de discussão envolvendo judicialização da saúde é seguramente aquele que versa sobre o dever do Estado de fornecer medicamentos – de alto custo ou não incorporados ao SUS – a portador de doença grave que não possui condições financeiras para sua aquisição.

No TEMA 6 de Repercussão Geral, de relatoria do Min. Marco Aurélio (RE 566.471-RN)<sup>54</sup>, ainda pendente de julgamento de mérito, consta a seguinte tese:

TEMA 6: O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

440

O julgamento, ainda pendente de encerramento, traz contornos interessantes envolvendo perspectivas ligeiramente distintas apresentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A propósito, o Ministro Alexandre de Moraes fixou tese no seguinte sentido:

“Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566471. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso em 19 maio. 2021.

do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.<sup>55</sup>"

Sob o ponto de vista da mensagem do consequentialismo, talvez o voto do Ministro Roberto Barroso seja o mais minucioso, com a fixação da tese a saber:

"O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.<sup>56</sup>"

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.471 RIO GRANDE DO NORTE**. Relator: Min. Marco Aurélio, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.471 RIO GRANDE DO NORTE**. Relator: Min. Marco Aurélio, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. Disponível em: <

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de outro lado, ganha destaque o TEMA 106 de Recursos Repetitivos<sup>57</sup>, do qual se extraem requisitos cumulativos para o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS:

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

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. **Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018.**

Outra questão interessante é a que trata da solidariedade passiva dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o caminho sinalizado no TEMA 799 STJ. Posteriormente, houve cancelamento da citada tese em razão do reconhecimento da natureza constitucional da matéria.

Tal quadro levou o Supremo Tribunal Federal a enfrentar, recentemente, a matéria, sobrevivendo repercussão geral no TEMA 793 STF. O quadro evolutivo nos Tribunais Superiores pode ser assim apresentado:

TEMA 799 STJ: Discussão: solidariedade passiva de União, Estados e Municípios, para figurar no pólo passivo de demanda concernente ao fornecimento de medicamentos. (REsp 1.144.382-AL) –Observação: **Afetação cancelada** em razão da natureza constitucional da matéria<sup>58</sup>.

TEMA 793 STF: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Relator: MIN. LUIZ FUX

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>57</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TEMA 106 de Recurso Repetitivo. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=106&cod\\_tema\\_final=106](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106)> Acesso 19 maio. 2021.

<sup>58</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. TEMA 799 de Recurso Repetitivo. Cancelado. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)> Acesso 21 maio. 2021.



– *Leading Case*: (RE 855.178-SE) – Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados<sup>59</sup>.

TESE FIRMADA: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro<sup>60</sup>.

As posições acima tomadas pelos Tribunais Superiores, sem dúvida, demonstram uma guinada na jurisprudência inicial que averbava que a saúde, por ser um direito de todos e um dever do estado, mereceria proteção integral, independentemente do custo da implementação da pretensão dirigida pela população ao Estado-Juiz.

## 5. FERRAMENTAS PARA DAR PRIMAZIA AO CONSEQUENCIALISMO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

443

Ao Poder Judiciário incumbe uma difícil missão de buscar soluções para as “crescentes demandas sanitárias, ponderando os valores da democracia, da dignidade da pessoa humana, da fundamentalidade do direito à saúde, da limitação orçamentária, da discricionariedade administrativa e da cautela”<sup>61</sup>.

A nota de essencialidade do instituto (jurisdição) gravita em torno do reconhecimento de que o Estado-Juiz se ocupa da função primordial de servir de *instrumento* de aplicação/tutela dos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade dos cidadãos.

O Poder Judiciário é a derradeira trincheira destinada a restabelecer o *status quo ante* do indivíduo que teve determinada pretensão violada pelo Estado ou particular. Se dada pretensão legítima não é acolhida na via administrativa – um

---

<sup>59</sup>BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tema 793 de Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>60</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tema 793 de Repercussão Geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>> Acesso 21 maio. 2021.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. 135. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, out. 2016. Disponível em <<https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/4012>>. Acesso 20 maio. 2021.

benefício previdenciário, por exemplo –, o cidadão, ao se socorrer do Poder Judiciário, é tutelado com a interdição da ilegalidade<sup>62</sup>.

No presente artigo, foi exposto que a tutela do direito à saúde exige olhar complexo para fins de permitir uma tutela eficiente e igualitária consideradas as limitações orçamentárias de um país periférico como o Brasil.

Sob a perspectiva consequencialista, no contexto do *pós-positivismo*, vimos que, além da importância de se reaproximar o direito e a moral na aplicação da lei, impõe-se ao Poder Judiciário prudência no ato de julgar, de maneira a examinar as consequências práticas que suas decisões judiciais podem gerar no seio social.

Transpassando essa visão para o campo da judicialização da saúde, exsurge a importância de o Juiz, com prudência e cautela, aplicar a Constituição, implementar os fins constitucionais, sem, entretanto, olvidar o contexto em que se insere a sua decisão.

Juizes, diuturnamente, em razão do *dever fundamental de proteção* extraído da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, têm de tutelar a saúde, de forma macro e micro, fazendo valer a vontade constitucional.

Não se exige apenas a abstenção por parte do Estado a fim de acautelar ou concretizar determinado direito fundamental, mas também um dever fundamental de proteger o cidadão. Um dever que tem como destinatário o parlamento, o executivo e o judiciário<sup>63</sup>.

Daniel Sarmento, um dos juristas brasileiros que mais tem estudado o tema, apresenta síntese esclarecedora:

“de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade jurídica. Estes valores, através dos princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando suas normas e institutos, e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daqueles proveniente dos atores privados. A afirmação da dimensão objetiva constitui um reforço aos direitos fundamentais, que amplia o seu raio de atuação, permitindo que

<sup>62</sup> Sobre a visão do Poder Judiciário como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, se afigura pertinente a visão apresentada pelo Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal. Ao proferir o discurso, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Corte, em 23/04/2008, o decano pontuou sobre as funções atuais do Poder Judiciário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso proferido pelo Ministro Celso de Melo, em nome do Supremo tribunal federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil**, em 23/04/2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> >. Acesso 21 maio. 2021.

<sup>63</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 160.

eles transcendam o domínio das relações entre indivíduo e Estado ao qual estavam confinados pela sua interpretação liberal positivista. É possível transplantar para o direito brasileiro esta doutrina, nascida em solo alemão, já que ela não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marca pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos direitos humanos. Todavia, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com sua projeção sobre toda a ordem jurídica, não pode resultar em confisco total da liberdade de conformação do legislador, essencial num Estado que se pretenda democrático”<sup>64</sup>.

O reconhecimento de um dever fundamental de proteção do estado, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, constitui mecanismo de reforço do sistema de justiça, na medida em que se aloca, sem dúvida, como parâmetro interpretativo para toda a atuação do Estado-juiz em matéria de direitos sociais.

Essa vontade constitucional, entretanto, não pode estar relacionada à fundamentação sentimentalista e à aplicação abstrata de direitos fundamentais. Ao contrário, o juiz deve aplicar a Constituição na exata medida dos limites impostos pela própria lei maior, dentre eles, respeitando a legitimidade do executivo e legislativo para fixação, *a priori*, de políticas públicas e a reserva orçamentária.

Frente a isso, sobressaem dois importantes instrumentos para guiar os magistrados no exame de ações judiciais sobre judicialização da saúde. Ao examinar as ferramentas trabalhadas pela doutrina, deve o magistrado se guiar pela Medicina Baseada em Evidências e, ainda, buscar apoio junto aos E-NATJUS (Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário) e NAT-JUS Nacional.

A partir de uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, houve a concretização do sistema E-NATJUS (Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário) – cujo objetivo é proporcionar aos Tribunais subsídios técnicos para a tomada de decisão com base em evidências científicas na área da saúde – e do sistema NAT-JUS Nacional – ferramenta por meio da qual os magistrados de todo o Brasil podem contar com o apoio técnico de diversos profissionais da área de saúde, 7 dias por semana, 24 horas por dia.

A Recomendação n. 91 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de março de 2021, embora não dotada de efeito vinculante, traz diretrizes interessantes para a atuação de juízes e pode, perfeitamente, ser aplicada ao caso da judicialização das vagas de leitos de UTI.

---

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, 172.

O citado documento recomenda aos magistrados que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, atuem na pandemia da Covid-19 de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde e a preservar a vida com observância da isonomia e dos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro<sup>65</sup>.

Chama a atenção o fato de a recomendação, dentro da concepção do consequencialismo, orientar os magistrados a utilizar os E-NATJUS previamente – sempre que possível – à decisão judicial versando sobre tema de saúde.

Também orienta os magistrados a observar a diretriz no sentido de que decisões judiciais relativas a internações hospitalarias levem em consideração, sempre que possível, os protocolos de classificação de risco das autoridades sanitárias e executados pelas Centrais de Regulação e Internação Hospitalar ou órgãos equivalentes, devendo os Comitês de Saúde dos estados e do Distrito Federal auxiliar os magistrados, sempre que necessário, a acessar as informações mencionadas.

A propósito, confira-se:

“Art. 1º Recomendar aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde no contexto pandêmico que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, observem as seguintes diretrizes: I – que as decisões judiciais proferidas atentem às consequências práticas que ensejarão, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei no 4.657/1942); II – que se reconheça a relevância do sistema e-NatJus e, sempre que possível, que ele seja utilizado previamente à decisão judicial, na medida em que representa instrumento de auxílio técnico para os magistrados com competência para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde. Esse sistema é composto pelos NatJus estaduais e pelo NatJus nacional, este último disponibiliza durante 24 (vinte e quatro) horas e 7 (sete) dias por semana, o serviço de profissionais de saúde que avaliarão as demandas de urgência usando protocolos médicos e, com base nas melhores evidências científicas

<sup>65</sup> A *ratio* da recomendação está a se referir ao art. 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro a seguir: “art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, Presidência da República [1942]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>). A recomendação do CNJ poderia ter feito menção ao Código de Ética da Magistratura, cujo art. 25 estabelece: “Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília: 2008. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 24 de abr. 2021).

disponíveis, fornecerão o respaldo técnico necessário para a tomada de decisão, nos termos do Provimento no 84/2019 expedido pela Corregedoria Nacional de Justiça; III – que as decisões judiciais relativas às internações hospitalares levem em consideração, sempre que possível, os protocolos de classificação de risco emanados das autoridades sanitárias e executados pelas Centrais de Regulação de Internação Hospitalar ou órgãos equivalentes, devendo os Comitês de Saúde dos estados e do Distrito (...)”<sup>66</sup>

Juízes não detém capacidade técnica para identificar as reais necessidades do paciente. Não é possível, de antemão, no âmbito da cognição sumária, rarefeita da tutela provisória, sem o apoio dos E-Natjus, afastar o ato administrativo vinculado a determinada política pública de atendimento à saúde ou ato privado de operadora de plano de saúde.

Intervenções judiciais sem maior ponderação a respeito das consequências experimentadas no seio social, orçamento e tutela macro da comunidade são desastrosas, sem contar que violam, por consequência, o princípio da isonomia. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro justiça, ao invés da macro justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. Ana Paula de Barcellos bem sintetiza esse entrechoque de visões:

“Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”<sup>67</sup>.

A autocontenção do Judiciário não quer significar a defesa ilimitada da sua não interferência. O acesso à justiça torna impróprio qualquer raciocínio que afaste a

---

<sup>66</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Recomendação nº. 92, de 29 de março de 2021**. Brasília: 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original170116202103306063595c4cb6b.pdf>>. Acesso em: 24 de abril. 2021.

<sup>67</sup> JAIR SCHULZE, Clenio. **Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2018, p.69.



atuação do Poder Judiciário. Remanescem, por corolários, algumas frentes de atuação já explicitadas ao longo deste artigo.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2918-MT (2021/0103682-9), suspendeu um número expressivo de liminares com fundamentação alinhada no consequencialismo e na Recomendação nº 92/2021:

“No caso, a questão de fundo refere-se à lesão ao Sistema de Saúde do Município de Cuiabá, que, em razão de diversas liminares judiciais que determinaram a internação de pacientes acometidos por covid-19 em leitos de UTI, vê, prestes a colapsar ainda mais, a deficitária estrutura existente para combater a pandemia que se mantém em estado de gravidade. Com relação às decisões por mim proferidas no que diz respeito à pandemia de covid-19, entendo que não se pode permitir que seja retirada dos atos administrativos do Poder Executivo a presunção da legitimidade ou veracidade, sob pena de se desordenar a lógica de funcionamento regular do Estado na prestação do serviço de saúde. Tratando-se ainda de leitos de UTI, o requerente informou que, na data de 8/4/2021, existiam 115 pacientes na fila de espera por leito de UTI-COVID no Estado de Mato Grosso. Sabe-se que a regulação dos leitos de UTI é realizada pelo Poder Executivo de modo a atender as prioridades clínicas estabelecidas pelo corpo médico das Secretarias de Saúde. Considerando os prejuízos à saúde ocasionados por decisões liminares que, em razão da sua natureza unipessoal, não consideram os fatores gerais que interferem no Sistema de Saúde como um todo, o Conselho Nacional de Justiça editou recentemente a Recomendação n. 92/2021 com o objetivo de orientar os magistrados, à luz da independência funcional, a atuar na pandemia de covid-19, de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde, com observância à isonomia e em atenção aos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Por seu turno, o art. 22 da LINDB é claro ao estabelecer que, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, deverão ser consideradas pelo julgador as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente administrativo. No caso, a falta de leitos de UTI, que justificou as referidas medidas liminares, não se deu por má gestão da administração pública, e sim pelo notório reconhecimento do infeliz colapso dos leitos de UTI atualmente presenciado em diversos estados da Federação. Registre-se, ainda, que, conforme já dito na SLS n. 2.917, o art. 3º da Lei n. 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com

a Constituição Federal no sentido de que os estados, Distrito Federal e municípios possuem competência comum para legislar sobre saúde pública e adotar medidas administrativas. Nesse sentido, segue julgado do Supremo Tribunal Federal:<sup>68</sup>.

Sem dúvida, argumentos consequencialista passaram a permear mais fortemente as decisões judiciais dos Tribunais Superiores, com reflexos sobre toda a estrutura abaixo do Poder Judiciário. O grande desafio é identificar, segundo a teoria do justo-meio de Aristóteles<sup>69</sup>, a virtude, isto é, o meio-termo entre dois extremos: a) não judicializar nada; b) judicializar tudo.

## 6. CONCLUSÃO

Retomando-se a pergunta de pesquisa a respeito da possibilidade de se examinar em que medida o Estado-Juiz deve, ou não, examinar, por ocasião do silogismo judicial, as consequências que suas decisões podem gerar no seio social, de ser ver que apenas recentemente a jurisprudência dos Tribunais Superiores estabeleceu filtros para a judicialização da saúde com o objetivo de otimizar orçamentos públicos e, com isso, deflagrar a tutela ideal da saúde em um país periférico em que as necessidades sociais são excessivas e os recursos finitos.

O consequencialismo é uma ferramenta que procura tutelar de forma macro o direito à saúde. A aplicação do consequencialismo à judicialização da saúde é o único caminho capaz de adequar o tratamento pelo judiciário do direito à saúde de modo a permitir o acesso igualitário aos cidadãos.

O presente artigo trabalhou em torno de duas ordens de ideias ou diretrizes que circundam o consequencialismo e devem vincular a atuação do Estado-Juiz no tema concernente à judicialização da saúde.

A primeira tem previsão no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual averba que, na esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

A segunda, por sua vez, tem previsão no Código de Ética da Magistratura, que sinaliza incumbir ao magistrado, especialmente ao proferir decisões, atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Presidência). **SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 2925 - MT (2021/0123084-6)**. Relator: Min. Humberto Martins, 27 de abril de 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoaes/toc.jsp?livre=UTI+CUIAB%C1&b=DTXT>> Acesso em 24 abr. 2021.

<sup>69</sup> Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, afirma que a felicidade (eudemonia) não consiste nem nos prazeres, nem nas riquezas, nem nas honras, mas numa vida virtuosa. A virtude (*areté*), por sua vez, se encontra num justo meio entre os extremos, que será encontrada por aquele dotado de prudência (*phronesis*) e educado pelo hábito no seu exercício (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973).

É traço marcante da cultura democrática atual a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social<sup>70</sup>. Ao trabalhar com a temática da judicialização da saúde, é preciso ter em mente que questões morais, éticas e jurídicas umbilicalmente subjacentes envolvendo escolhas trágicas são complexas.

O princípio do acesso à justiça ou universalidade de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, CR/88, - amplificado pelos direitos à saúde e dignidade da pessoa humana –, não pode ser utilizado como carta em branco para a judicialização ilimitada de questões sociais e políticas no Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana necessita ser ressignificado e compatibilizado com a denominada autocontenção. A sua utilização indevida e ilimitada, além de gerar seu desgaste, produziu os mais variados problemas hermenêuticos. Toda pretensão em face do Estado, em matéria de saúde, passou a ser acolhida sob o argumento de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, não havendo possibilidade de negar, por exemplo, determinado medicamento.

Aloca-se aí o equívoco de supor que a ponderação que se faz nessa matéria envolve o direito à saúde e à vida, de um lado, e a separação de poderes e regras orçamentárias, de outro lado.

No entanto, se fosse assim, as soluções seriam mais fáceis, conforme expõe o Min. Luís Roberto Barroso. Como os recursos são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação terminaria sendo entre vida e saúde de uns *versus* vida e saúde de outros. A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça<sup>71</sup>.

O conflito, não raro, é entre a dignidade de alguns – atendidos por liminares concessivas de um número ilimitado de pretensões materiais (medicamentos, órteses, próteses, inclusão de novas tecnologias etc.) – e de outros – excluídos por não terem a viabilidade de acionamento do Poder Judiciário.

Para o fim de qualificar a atuação judicial no campo da judicialização da saúde, portanto, é preciso voltar os olhos ao consequentialismo e, sempre que possível, utilizar-se do auxílio técnico dos E-NatJus.

Tais núcleos de apoio podem expor ao Juiz, por exemplo, o quadro completo de determinado medicamento pleiteado; por quais razões não está na lista de dispensação do SUS; quais são as diretrizes terapêuticas para determinada patologia do paciente; se há registro, ou não, do fármaco na Anvisa; como funciona

<sup>70</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.471 RIO GRANDE DO NORTE**. Relator: Min. Marco Aurélio, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6> Acesso 21 maio. 2021.

determinado gerenciamento das vagas de leitos de UTI e quais critérios de escolha são utilizados etc.

Com base no trabalho de apoio dos núcleos especializados, na medicina baseada em evidência e nos filtros já estabelecidos pelos Tribunais Superiores envolvendo medicamentos de alto custo e medicamentos não registrados na Anvisa, será dada primazia à concepção filosófica do consequencialismo.

O juiz, ao decidir determinada demanda, terá maiores condições de examinar os impactos que a sua decisão poderá gerar no seio social, nos direitos da personalidade como um todo.

E, ao assim agir, com prudência e cautela, estará potencializando a garantia do acesso à justiça e também o princípio da isonomia.

Enxergar a saúde como um direito de todos e um dever do estado pressupõe não dar tudo para poucos e não retirar o pouco que deve ser partilhado entre muitos.

Uma equação difícil – é verdade – mas em via inicial de construção a partir de uma jurisdição responsável, não paternalista e que, acima de tudo, tem ciência e consciência da importância de não enveredar pelo caminho da *panprincipiologia* como porta de entrada da tutela irrestrita de direitos em um país periférico como o nosso.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. Os pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Juízes de Jaleco: **a judicialização da saúde no Brasil**. Disponível em: <  
[https://www.researchgate.net/publication/342720909\\_Juizes\\_de\\_Jaleco\\_a\\_judicializacao\\_da\\_saude\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/342720909_Juizes_de_Jaleco_a_judicializacao_da_saude_no_Brasil)> Acesso 21 maio. 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. **Brasília, DF: Insper: CNJ**, 2019. Disponível em: <  
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.

BAKER, Mike & FINK, Sheri. At the Top of the Covid-19 Curve, How Do Hospitals Decide Who Gets Treatment? **New York Times**. Publicado em 31 de

março de 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/tfyfka4>>. Acesso 21 maio. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn) thesis**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso 21 maio. 2021. \_\_\_\_\_ . Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. 2008.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Rio de Janeiro: Editora Fórum. 2014.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, p. 11-47, 2001, p. 32. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)>. Acesso 21 maio. 2021.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, p. 831-858, 2020, p. 835. Disponível em: <<https://www-scopus.ez433.periodicos.capes.gov.br/record/display.uri?eid=2-s2.0-85097466960&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&sid=19d7588da3f580ea9a4380097bbe9000&sot=b&sdt=b&sl=32&s=TITLE-ABS-KEY%28consequencialismo%29&relpos=0&citeCnt=0&searchTerm=>>> Acesso 21 maio. 2021.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina (CFM)**. Resolução CFM Nº 2.156/2016, de 28 de outubro de 2016. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156>>. Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Recomendação nº. 92, de 29 de março de 2021**. Brasília: 2021. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original170116202103306063595c4cb6b.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.





\_\_\_\_\_. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de Ética da Magistratura Nacional.** Brasília: 2008. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso 21 maio. de 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Brasília, DF, Presidência da República [1942]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm)> Acesso em 19 de maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Presidência). **SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 2925 - MT (2021/0123084-6).** Relator: Min. Humberto Martins, 27 de abril de 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=UTI+CUIAB%C1&b=DTXT>> Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça. TEMA 106 de Recurso Repetitivo.** Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsult](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsult)>

[a=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=106&cod\\_tema\\_final=106](#)> Acesso 19 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI 6341 MC-Ref/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>>. Acesso em 24 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI 6343 MC-Ref/DF**. Relator: Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de maio de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344984917&ext=.pdf>> Acesso em 24 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADPF 672 MC-Ref/DF**. Relator: Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>> Acesso em 24 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo tribunal federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil**, em 23/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566471**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso em 19 maio. 2021.

DE BRITO ALVES, Fernando; DE SOUZA, Matheus Silveira Silveira. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. **Revista Argumenta**, n. 28, p. 107-403, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da Personalidade: **disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: livraria morais, 1961.

DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. 135. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, out. 2016. Disponível em <<https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/4012>>. Acesso 20 maio. 2021.

EN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. **Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro**. Edições Loyola, 2002.

FORTES, Pedro Rubim Borges. De graça até injeção na testa? Dez mitos da literatura crítica e uma defesa da judicialização da saúde baseada em evidências. **Rei-revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 226-275, 2021. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/611/673>> Acesso 21 maio. 2021.

HOLMES, Sthephen; SUSTEIN, Cass. The cost of rights: **why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999, p. 255.

JAIR SCHULZE, Clenio. **Judicialização da Saúde no Século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2018.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e Patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**. Vol. 04, nº 53, Curitiba, 2018, pp. 497-523. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229>> Acesso 21 maio. 2021.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Millennium Editora, 2008.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Belo Horizonte, a. 59, nº 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>>. Acesso 21 maio. 2021.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**, Campinas: Booksellers, 1999.

SAMPAIO, Fernanda Barbosa de Almeida; ALVES, Wagner de Almeida Alves; MAGALHÃES, Cynthia Karla, OLIVEIRA, Vanessa Nishiyamamoto de; SANTOS, Lenice Pereira. (2005). Utilização do SOFA score na avaliação da incidência de disfunção orgânica em pacientes portadores de patologia cardiovascular. **Revista da SOCERJ**. Disponível em: <  
[http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2005\\_02/a2005\\_v18\\_n02\\_art02.pdf](http://sociedades.cardiol.br/socerj/revista/2005_02/a2005_v18_n02_art02.pdf)>  
Acesso em: 21 maio. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

456

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: **riscos e possibilidades**. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 2, n. 2, p. 182-197, 2015. Disponível em: <  
<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/45/pdf>> Acesso 21 maio. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

