

# JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Jean Pierre Costa<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo aborda a judicialização da saúde sob a perspectiva consequencialista imantada na norma do art. 20 da LINDB, a imbricação com o fundamento da dignidade humana e uma ponderação entre aquela perspectiva normativa, que se quer mais próxima da realidade, com um valor fundamental do nosso sistema normativo.

**Palavras chaves:** Dignidade da Pessoa Humana. Consequencialismo. Pragmatismo Jurídico. Interpretação sistemática do Direito. Direito da Saúde.

**Abstract:** This article discusses the judicialization of healthcare from the perspective of consequentialism embedded in the legal norm of Article 20 of the Brazilian Legal Norms Introduction Law (LINDB), and its interrelation with the principle of human dignity. Additionally, it presents a balancing act between the normative consequentialist perspective that seeks to be closer to reality and one of the fundamental values of our legal system. **Keywords:** Human Dignity, Consequentialism, Legal Pragmatism, Systematic Interpretation of Law, Healthcare Law.

**Sumário:** Introdução. 1. O art. 20 da LINDB. 1.1 Estrutura normativa e proposta hermenêutica. 1.2 Sobre as consequências práticas da decisão. 2. A Judicialização do Direito à Saúde. 2.1 Aspectos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS). 2.2 Aspectos jurisprudências. 3. Ponderação entre a Dignidade da Pessoa Humana e a análise consequencialista do art. 20 da LINDB. Considerações finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Analista Judiciário, 1ª Vara Federal de Rio do Sul, Seção Judiciária de Santa Catarina, Tribunal Regional Federal da 4ª Região

## INTRODUÇÃO

As Ações judiciais em que se postulam prestações da saúde têm aumentado consideravelmente na Justiça Federal, sobretudo visando a concessão de medicamento ou procedimentos de alto custo, não padronizados ou não registrados na ANVISA.

Com as alterações trazidas pela Lei 13.655/2018, que incluiu novos artigos na Lei de Introdução às Normas Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), houve a explicitação em texto legal acerca da perspectiva consequencialista, visão largamente tratada no seio da Análise Econômica do Direito, sendo um dos seus pilares, e que tem raízes no pragmatismo jurídico.

A inovação legal exige, ou ao menos pretende exigir, que o administrador, o controlador ou o magistrado considerem as consequências práticas de suas decisões.

Nesse passo, o presente trabalho pretende apresentar breves considerações sobre a perspectiva do consequencialismo imantado na norma jurídica e sua imbricação na judicialização da saúde e, pelo que se observa da jurisprudência nos tribunais superiores, a preocupação quanto às consequências das decisões que concedem medicamentos e procedimentos médicos.

O ensaio apresentará, ainda que sucintamente, os efeitos do consequencialismo sobre a Dignidade Humana e a necessidade de ponderação entre uma aquela visão que se quer mais contextualizada com a realidade e um dos valores fundamentais do sistema normativo.

Palavras chaves: Consequencialismo. Dignidade da Pessoa Humana. Direito da Saúde. Interpretação sistemática do Direito.

### **1. O art. 20 da LINDB**

O Decreto-lei n. 4.657/1942 atualmente se intitula Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Antes da Lei n. 12.376/2010, denominava-se

Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), mas teve a sua denominação alterada dado o caráter genérico de seu microsistema, aplicável a toda a Teoria Geral do Direito, e não apenas à lei civil<sup>2</sup>. Daí ser considerada “lei de sobredireito”, configurando um sistema a que se submetem as demais leis<sup>3</sup>.

A LINDB desde a sua edição se já não evidenciava uma preocupação com as consequências de uma decisão judicial, no mínimo, propugnava uma boa interpretação da lei no seu art. 5º: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*<sup>4</sup>.

Fins sociais e exigência do bem comum podem ter feições bem diversas a depender do contexto histórico. Sobretudo porque o texto da norma pode ser estático, mas move-se rápido e ganha vida com as interpretações dos juristas.

A Lei n. 13.655/2018, incluiu no Decreto-lei n. 4.657 os arts. 20 a 30, retratando normas que dispõem sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. As normas tratam de temas de direito público, especificamente sobre controle estatal, e, como algumas têm pertinência com o Direito Administrativo. A nova legislação, não obstante, tem provocado profunda polêmica, com críticas de alguns e aplausos de outros<sup>5</sup>.

Especificamente, o objeto deste ensaio é o art. 20 do Decreto n. 4.657/1942 e suas eventuais implicações no modo de interpretação de preceitos menos densos como a Dignidade Humana no contexto da judicialização da saúde.

O art. 20 inaugurou dentro da estrutura normativa a rejeição da aplicação metafísica do direito, buscando afastar o mero exercício hermenêutico que privilegia a abstração de princípios ou regras em prol da consideração de dados mais realísticos.

O art. 20 da LINDB se introduz, portanto, como uma tentativa de aumentar a racionalidade e reduzir a discricionariedade da autoridade dos tribunais e de outras

---

<sup>2</sup>Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (p. 1205). Atlas. Edição do Kindle.

<sup>3</sup>Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (p. 1205). Atlas. Edição do Kindle.

<sup>4</sup> BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657/1942

<sup>5</sup>Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (pp. 1205-1206). Atlas. Edição do Kindle.

autoridades, a interpretação de valores jurídicos abstratos e conceitos indeterminados.<sup>6</sup>

A realidade é, em si, complexa e difícil de ser apreendida, podendo descambar numa complexa rede de pensamentos filosóficos que extrapola o objeto do artigo. Não obstante, o fato da norma indicar que o gestor, o controlador ou o juiz deva considerar as consequências práticas da sua decisão, deixa claro que deve-se considerar o tecido social onde a realidade flui ainda que amorfa.

Na prática essa projeção das consequências é algo intangível cuja preparação técnica envolve uma coleta e análise de dados que perpassa a capacidade individual daqueles sujeitos. De todo modo, é o que a norma preconiza.

A alteração na LINDB pela Lei n. 13.655/2018 tenta reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal<sup>7</sup>. Estabelece a importância da consideração das consequências práticas das decisões judiciais e administrativas.

Há, além disso a preocupação com a transparência, como se infere do artigo 21, *"as decisões administrativas e judiciais, bem como os pareceres emitidos por órgãos públicos de consulta, serão objeto de publicação integral ou parcial, conforme o interesse público o exigir"*<sup>8</sup>.

O Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta a LINDB, estabelece no seu art. 2º que a decisão deve ser acompanhada de informações adicionais, como a fundamentação jurídica da decisão, a indicação dos dispositivos legais aplicados e a descrição dos fatos relevantes para a decisão:

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

---

<sup>6</sup> Alves, Francisco Sérgio Maia, O Novo Paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB, Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set./dez. 2019.

<sup>7</sup> Justen Filho, Marçal Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas, Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

<sup>8</sup> BRASIL, Decreto-Lei n. 4.657/1942

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão<sup>9</sup>.

A relevância da alteração na LINDB está no destaque que ela confere à transparência e da prestação de contas na administração pública, e também enfatiza a necessidade de considerar as consequências práticas das decisões judiciais e administrativas.

Essa consideração é fundamental para garantir que as decisões produzidas pelo poder público sejam eficazes e justas, e que promovam o bem-estar da sociedade como um todo.

Carlos Ari Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei n. 13.655/2018 e que inclui o artigo 20 e seguintes no Decreto n. 4.657/1942, destacava que se vive *“hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”*<sup>10</sup>.

Não obstante a afirmação do jurista tenha uma tendência à polêmica, é evidente que por trás dela está a genuína preocupação com a deterioração do debate jurídico. Isso porque, a simples pertinência de um princípio não seria o suficiente para justificar certa solução sem a necessidade de uma análise profunda e que pondere seus custos e possíveis efeitos positivos e negativos<sup>11</sup>.

Como expõe Fred Didier:

“Não basta, por exemplo, que o magistrado invoque o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema – que, muitas vezes, podem ser reproduzidas em tantos outros casos semelhantes –, para deferir a determinado paciente tratamento em hospital particular à custa do Estado ou para determinar o seu internamento imediato em hospital público sem respeitar os critérios de regulação. É preciso que o magistrado considere e trate expressamente das

---

<sup>9</sup> BRASIL, Decreto n. 9.830/2019

<sup>10</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; *Princípio é Preguiça, Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 60.

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; *Princípio é Preguiça, Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 61.

consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar no orçamento e na execução de outros projetos ligados à saúde ou quanto aos reflexos que pode gerar em relação a outros pacientes do sistema de saúde que aguardam, na fila da regulação, uma oportunidade de atendimento.”<sup>12</sup>

Portanto, ao se deparar com princípios normativos, o julgador deve buscar os possíveis sentidos do texto e sopesá-los, considerando as consequências práticas decorrentes de cada um deles. À luz das consequências possíveis, definir o sentido que será atribuído ao conceito indeterminado<sup>13</sup>.

Pelo ponto de vista da Teoria do Direito, o art. 20 da LINDB é a evidenciação mais enfática das aspirações do pragmatismo jurídico. O dispositivo materializou expressamente um de seus alicerces: o consequencialismo<sup>14</sup>. Trata-se de uma inovação dentro do corpo normativo por evidenciar de modo expresso essa visão.

Em outras palavras, a aplicabilidade das diretrizes pragmatistas e consequencialistas à esfera judicial decorre agora de expressa previsão legal e dizem respeito à essência da atuação do magistrado: a fundamentação das decisões<sup>15</sup>.

De acordo com o pragmatismo jurídico, as decisões judiciais devem ser tomadas com base na análise das consequências práticas das mesmas, com o objetivo de promover a eficácia, a justiça e a solução dos problemas concretos.

Entre os principais representantes do pragmatismo jurídico estão Oliver Wendell Holmes Jr., Richard Posner, Benjamin Cardozo, Martha Minow entre outros<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019

<sup>13</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

<sup>14</sup> Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

<sup>15</sup> Giacomini, Charles Jacob, Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura, Direito Hoje, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 30/05/2022

<sup>16</sup> Ramos Neto, Plínio Valente. Consequencialismo Jurídico - Fundamentos e Limites, Plínio Valente Ramos Neto, p. 33. Curitiba, Editora CRV, 2022.

Em suma, e segundo Posner, pragmatismo possui três eixos principais:

a) A desconfiança de instrumentos metafísicos de justificação ética; b) a insistência de que a validade das proposições seja testada pelas suas consequências e, c) a insistência para que os projetos éticos, políticos e jurídicos sejam julgados e avaliados por sua supostamente objetivos ou impessoais<sup>17</sup>

Em outras palavras, a matriz pragmática pretende ser antifundamentalista, consequencialista e contextualista<sup>18</sup>. Como pondera Carvalho Filho:

busca-se atenuar a força normativa dos princípios realçada pelo pós-positivismo, dado que, por serem eles de grande amplitude, acabam propiciando um certo subjetivismo em sua aplicação, sobretudo porque, em última análise, quase tudo resta incluído em sua dimensão, algo que enseja insegurança jurídica.<sup>19</sup>

O enfoque da norma, portanto, exige uma percepção mais realista, ou melhor contextualizada, da atividade da aplicação do direito, indo além do pensamento idealista que pressupõe de que todas as circunstâncias da realidade estão previamente contidas e exaustivamente disciplinadas nas normas jurídicas<sup>20</sup>.

Enfim, é em relação à validade das proposições submetidas ao teste de suas consequências que a análise econômica do direito é inserida como instrumento de decisão para tomada de decisão<sup>21</sup>.

### **1.1 Estrutura normativa e proposta hermenêutica**

O art. 20 do Decreto n. 4.657/1972 dispõe o seguinte:

---

<sup>17</sup> POSNER APUD Ramos Neto, Plínio Valente. Consequencialismo Jurídico - Fundamentos e Limites, Plínio Valente Ramos Neto, p. 33. Curitiba, Editora CRV, 2022.

<sup>18</sup> Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

<sup>19</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo (p. 1206). Atlas. Edição do Kindle.

<sup>20</sup> Justen Filho, Marçal Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas, Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

<sup>21</sup> Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Sob uma perspectiva sistemática do corpo normativo impõe-se ao interprete um dever de ponderação. Isso porque, partindo dessa concepção está-se admitindo que o sistema não pode ser ilógico, contraditório, pois tudo deve ser conformado com a Constituição e buscar a maior otimização possível do discurso normativo<sup>22</sup>.

Como salientou Bobbio, ainda que não se possa falar em coerência do sistema normativo como um todo, pode-se falar em exigência de coerência entre partes singularmente consideradas<sup>23</sup>. Nessa perspectiva observa-se o art. 20 da LINDB em relação ao contexto normativo no qual está inserido, sobretudo quando contraposto à normas de densidade menor.

O *caput* do art. 20 da LINDB estabelece um postulado hermenêutico, uma diretriz interpretativa para o órgão julgador: ele deve considerar as consequências práticas da decisão a ser tomada<sup>24</sup>.

A norma, diga-se, não veda que as decisões sejam fundadas em valores abstratos, quer-se que não sejam proferidas de modo irresponsável, sem considerar as consequências práticas delas decorrentes<sup>25</sup>.

O art. 20 da LINDB, deixa claro ao julgador que em determinado cenário que ele deve considerar as consequências da sua decisão. Sobretudo, deve expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar àquela percepção sobre tais

---

<sup>22</sup> Freitas, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*, pp. 189-219. Editora Malheiros, São Paulo, 4ª Ed. 2004.

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto, *Teoria Geral do Direito*. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

<sup>24</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 73, jul./set. 2019.

<sup>25</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* (p. 1206). Atlas. Edição do Kindle.



consequências e para escolher a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso, entre todas as possíveis<sup>26</sup>.

Com base nessa perspectiva, em tese, propugna-se diminuir a voluntariedade do julgador e o uso indiscriminado e de forma superficial de princípios vagos de modo retórico. O uso dos princípios de direito, então, necessitaria de um filtro mais contextualizado com a realidade visualizando as possíveis consequências advindas da decisão.

Didier menciona, contudo, que:

“A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em “valores jurídicos abstratos”. Sucede que, no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em *normas*. A referência a “valores” é dogmaticamente sem sentido.”<sup>27</sup>.

Sobre quais valores jurídicos abstratos o art. 20 está a referir? A expressão “valores jurídicos abstratos”, segundo Didier, seria utilizada para designar os princípios normativos menos densificados, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto<sup>28</sup>.

A menção ao princípio da Dignidade Humana, por exemplo, leva em conta a exaustão em que ele é utilizado como base de argumentação jurídica seja pelos advogados que postulam prestação da saúde ou pelos juízes nas decisões judiciais que tratam de analisar esses pedidos.

Segundo Luis Roberto Barroso, a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem

---

<sup>26</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

<sup>27</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

<sup>28</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

como de circunstâncias políticas e ideológicas<sup>29</sup>. Isso leva a percepção de que o conceito pode ser plástico e ambíguo e que invocado como último argumento geralmente pode levar o julgador a menosprezar certo dado da realidade com o fim de encerrar uma discussão.

## **1.2 Sobre as consequências práticas da decisão**

Em princípio, a razoabilidade já impende ao julgador que ele deve considerar as consequências práticas de suas decisões, porquanto ela pode afetar diretamente as pessoas envolvidas no caso e a sociedade em geral. Vide, por exemplo, as ações civis públicas cujo alcance ultrapassa a esfera da individualidade.

Como dito antes, o art. 5º a LINDB, já instava ao juiz, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Didier pondera que o juiz não decide somente com base em valores, mas com base em normas, porquanto “valores”, segundo entende, é algo dogmaticamente sem sentido<sup>30</sup>. Há uma certa aproximação com Kelsen quando este referiu que a respeito da validade e possibilidade de verificação do ponto de vista do direito positivo nada se pode dizer das normas de moral, de justiça, de juízos sociais de valor, denominado coloquialmente como “bem do povo”, “interesse do Estado”, “progresso”, e assim por diante<sup>31</sup>.

A consideração das consequências práticas de uma decisão não deve ser usada para justificar decisões teratológicas e que violem direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Deve ser ela, na verdade, usada como uma ferramenta para promover a justiça e a equidade dentro do sistema jurídico.

O equilíbrio entre a consideração das consequências práticas e a aplicação adequada da lei e da ética é fundamental para o papel do julgador em garantir a justiça e a equidade no sistema jurídico.

---

29 Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

30 Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 73, jul./set. 2019.

31 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito* (p. 154). REVISTA DOS TRIBUNAIS. Edição do Kindle

O julgador, portanto, deve levar em conta os efeitos das suas decisões sobre os direitos, interesses e bem-estar das partes envolvidas no caso, bem como as implicações mais amplas para a sociedade e para o sistema jurídico em si. É fundamental que o julgador se baseie em evidências objetivas e imparciais para avaliar essas consequências e para tomar decisões justas e equitativas.

A questão, no entanto, não é tão simples. Um argumento recorrente dos entes públicos nas demandas de prestação da saúde é o fato de que a concessão sem critérios de medicamentos de alto custo, por exemplo, podem impactar o erário levando a comprometimento do sistema.

Com efeito, quanto à primeira parte do argumento, o de impacto orçamentário isso é até certo ponto evidente, pois a Administração Pública pode ser instada a arcar com o custo de medicamento não previsto anteriormente.

Por outro lado, o comprometimento do sistema (segunda parte) é algo que ultrapassa a esfera da probabilidade. Embora esse tipo de consequência possa ser possível ele é, num horizonte de eventos, algo contingente. A questão é que, muitas vezes, os entes públicos ao se defenderem fazem mera correlação de fatos cuja causalidade resultaria em uma possível consequência.

Exigir que julgador faça um prognóstico das consequências práticas da decisão ao se deparar com *qualquer* conceito vago, seja num enunciado em princípios ou em regras, inviabilizaria a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira<sup>32</sup>.

Importante ressaltar que a perspectiva consequencialista não deve ser vista como uma forma de controlar juridicamente a decisão judicial. A tomada de decisão pelo Poder Judiciário é pautada por diversos princípios e valores jurídicos, além dos aspectos práticos e consequenciais da decisão.

Além disso, a perspectiva consequencialista não é a única a ser considerada na tomada de decisão judicial, considerando que há outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, também devem ser levados em conta.

Assim, o consequencialismo pode ser utilizado como um elemento de avaliação da decisão judicial, mas não deve ser visto como a única perspectiva a ser

---

<sup>32</sup> Didier, Fredie e Oliveira, Rafael Alexandria de - Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

considerada, nem como um método para controlar juridicamente a decisão do Poder Judiciário.

Por fim, a consequência como elemento essencial do argumento consequencialista, sobretudo se aplicado às demandas de prestação da saúde, somente pode ser entendido pelo contraponto com a sua causa<sup>33</sup>. E no caso, essa causa é a alegada ausência de prestação de saúde adequada por parte do Estado.

## **2. A Judicialização do Direito à Saúde**

O crescimento da judicialização de demandas em prestação à saúde tem aumentado consideravelmente nos últimos anos na Justiça Comum (federal e estadual). Cada vez mais indivíduos ou grupos acionam o Poder Judiciário para obter acesso a medicamentos, tratamentos, procedimentos e serviços de saúde que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou que estão indisponíveis no setor privado.

Conselho Nacional de Justiça tem observado esse fenômeno, sobretudo para traçar estratégias mais consistentes<sup>34</sup>. O relatório “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil de demandas, causas e propostas de solução”, elaborado no ano de 2019 pelo CNJ, aponta que houve um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde entre os anos de 2008 e 2017.

Segundo o relatório Judicialização e Saúde, a Constituição da República Federativa de 1988 foi o marco decisivo no reconhecimento do direito à saúde. Ela se difere das Constituições anteriores porque tratou o tema separadamente e em capítulo próprio dando-lhe uma relevância e compromisso até então inéditos por parte do Estado brasileiro<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Ramos Neto, Plínio Valente. *Consequencialismo Jurídico - Fundamentos e Limites*, Plínio Valente Ramos Neto, p. 33. Curitiba, Editora CRV, 2022.

<sup>34</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil de demandas, causas e propostas de solução / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. – Brasília: CNJ, 2019, p. 11.

<sup>35</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil de demandas, causas e propostas de solução / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. – Brasília: CNJ, 2019, p. 9.

O fenômeno da judicialização em saúde é complexo, pois envolve desde discussões sobre interpretação de cláusulas contratuais de planos de saúde, como a exigência da própria prestação material, seja concessão de medicamentos não padronizados no SUS ou autorização de cirurgias.

De todo modo, percebe-se, ou tem-se a sensação que ao longo dos últimos anos, que a inclusão da saúde no rol dos direitos fundamentais constitucionais não foi suficiente para dar concretude a este direito. Isso tem contribuído para o aumento considerável de ações judiciais como notado pelo CNJ.

O direito à saúde, enquanto direito social a cargo do Estado, como previsto no art. 196 da Constituição Federal, constitui um conjunto de políticas públicas coordenadas, objetivando a prevenção e a cura das doenças para melhoria na qualidade de vida ao indivíduo e à coletividade.

Tal direito é sem dúvidas um desdobramento a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CRFB/88) que é o norte interpretativo de observação imperativa. Os agentes públicos, em sentido amplo, devem-no ter em alto grau, sendo pedra angular na interpretação das normas.

Contudo, a realidade não condiz com o seu ideal. A norma assentada no art. 1º da CRFB/88, além de dar fundamento a todo o arcabouço da atuação do Estado é frequentemente “esquecida” na elaboração e execução das políticas públicas.

A evidência disto está bem ilustrada nas jurisprudências dos Tribunais Superiores como se verá mais a frente.

## **2.1 Aspectos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS)**

O SUS é moldado por uma estrutura normativa complexa, cujo principal objetivo é garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde em todo o território brasileiro. Sua estrutura normativa pode ser resumida em três níveis: constitucional, legal e regulamentar.

No nível constitucional, o SUS é regido pelos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988. Esses dispositivos estabelecem os princípios e diretrizes fundamentais do sistema, como a universalidade, a integralidade, a equidade e a participação da comunidade.

O cerne normativo que apresenta o arcabouço do SUS está no art. 198 da CRFB/88. Nele estabeleceu-se que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada organizado com base na descentralização, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e participação da comunidade. Além disso, o SUS, segundo o art. 200 da Constituição realiza diversas atividades de controle, execução, ordenação e fiscalização correlacionadas ao seu objetivo.

A Lei n. 8.080/1990 e a Lei n. 8.142/1990 regulam o SUS em nível legal e estabelecem normas complementares à Constituição e definem a organização e o funcionamento do sistema.

No nível regulamentar, o SUS é regulado por normas infralegais, como portarias, resoluções e normas técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde e outras entidades responsáveis pela gestão do sistema. Essas normas estabelecem procedimentos, diretrizes e orientações específicas para a implementação das políticas de saúde no âmbito do SUS.

Um exemplo dessas normas infralegais são as Portarias e Consolidação GM/MS n. 02/2017 e n. 6, de 28 de setembro de 2017 que respectivamente tratam da Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde, do financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde.

Essa estrutura complexa não está livre de críticas e nem sempre opera de forma positiva e adequada, haja vista a notoriedade de má prestação dos serviços de saúde relatado pelos meios de comunicações.

Por outro lado, o Estado investe pesadamente no saneamento da população, alocando vultuosos recursos para a sua execução.

Além do orçamento ordinário com a saúde não se pode desconsiderar o implemento extraordinário nos gastos públicos decorrentes de ordens judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não contemplados nas políticas de saúde padronizadas no SUS.

A multiplicação de ações da saúde e a conseqüente procedência desses pedidos leva ao Estado um gasto não previsto. E percebe-se em decisões judiciais a assertiva de que o alto custo da medicação não é um impeditivo para a sua concessão, sobretudo porque, a mera referência à cláusula da reserva do possível,

por exemplo, sem qualquer demonstração de inviabilidade financeira ou orçamentária, não pode ser utilizada para exonerar os entes públicos do cumprimento de suas obrigações constitucionais<sup>36</sup>.

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 1.657.159 já assentou que o Estado não é obrigado a conceder medicação de alto custo ao cidadão. O Tema 6 não teve a sua tese publicada, pois os Ministros ainda definirão critérios que possam ser ponderados pelos julgadores para, eventualmente, permitir-se a concessão do medicamento de alto custo.

Numa perspectiva do direito individual, com efeito, um único processo não teria, em princípio, grandes impactos no orçamento como um todo. Mas se considerada a ampliação dessas ações individuais que são superam em muito ações coletivas, seria razoável ponderar o impacto nefasto no equilíbrio das contas públicas.

Muito além de se fazer proselitismo em prol da efetivação da política pública de saúde, deve-se considerar que os recursos são finitos e a generalização das demandas por entrega de medicamentos ou insumos que não constam de listas oficiais ou que sejam de alguma forma financiados pelos entes, tem sim impacto desmesurado nos gastos com a saúde.

Tendo isso em conta, o Poder Judiciário, na sua missão de efetivação da política pública emoldurada no texto constitucional para além do seu simbolismo estabeleceu critérios por meio de diversas decisões de cunho vinculante buscando uma racionalização na entrega de medicações não padronizadas pelas instâncias ordinárias.

## **2.2 Aspectos jurisprudências**

Em princípio, pode parecer que a dignidade da pessoa humana e o consequentialismo, possuem duas perspectivas éticas distintas. Isso porque a primeira enfatiza a importância intrínseca e inerente de cada ser humano, enquanto a segunda valoriza as consequências das ações em termos de sua capacidade de produzir o maior bem para o maior número de pessoas.

---

<sup>36</sup> (TRF4, AG 5029364-11.2022.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 16/12/2022); (TRF4, AG 5012011-55.2022.4.04.0000, NONA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 27/06/2022)

Uma abordagem de ponderação bem-sucedida pode exigir um compromisso cuidadoso e contínuo com a ética e os valores fundamentais que sustentam tanto a dignidade da pessoa humana quanto o consequencialismo. É importante lembrar que essas perspectivas não são mutuamente exclusivas e que, em muitos casos, podem ser reconciliadas por meio de uma abordagem reflexiva e cuidadosa, mesmo porque a dignidade da pessoa humana é parâmetro da ponderação<sup>37</sup>

Nessa perspectiva, os tribunais superiores em sucessivas decisões vêm procurando estabelecer as balizas para o tratamento pela via judicial das questões relativas ao direito à saúde, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos, sendo possível extrair algumas orientações desses julgados, que, na sua maior parte, têm efeitos vinculantes, como será exposto a seguir.

Registra-se antes que os julgados sobre o tema fazem uma ponderação bem equilibrada entre a dignidade da pessoa e uma análise consequencialista, embora isso não seja expressamente mencionado nos julgados como fundamento. De todo modo, é patente o peso como vetor interpretativo o conceito da dignidade da pessoa humana tem sobre esses julgados e sirva tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais<sup>38</sup>.

O primeiro julgado de grande relevância sobre a judicialização da saúde foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 (STA 175) que tramitou no Supremo Tribunal Federal e teve origem uma impugnação formulada pela União contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Promoveu-se um debate dos diversos setores envolvidos no tema saúde pública, na busca por respostas à crescente judicialização<sup>39</sup>. As conclusões do voto do seu relator, ministro Gilmar Mendes, fixaram parâmetros judiciais a serem seguidos em ações do gênero, cancelados pelo tribunal.

O que se extrai do acórdão são os pressupostos da intervenção judicial se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS. Assim, é

---

<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

<sup>38</sup> Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010

<sup>39</sup> Rocha, Márcio Santoro, A Suspensão da Tutela Antecipada 175 e a judicialização da Saúde, Revista **Consultor Jurídico**, 24 de abril de 2018



imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) uma decisão administrativa de não a fornecer ou (3) uma vedação legal a sua dispensação (STF, STA 175, rel. Ministro Gilmar Mendes). De todo modo, a princípio, sempre deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente (STA 175, rel. Ministro Gilmar Mendes).

Percebe-se claramente na leitura do voto a preocupação em se estabelecer parâmetros claro para a disponibilização de medicamentos ou tratamentos que não estejam padronizados no SUS, no fim, embora não esteja de todo evidente existe uma consideração da realidade econômica por trás dessas ponderações.

O julgado que evidencia isso de modo mais claro é o REsp 1.657.159, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o tema de repercussão, doravante o Tema 106 do STJ. Essa corte assentou os seguintes requisitos para o fornecimento de medicamentos não incluídos na política pública de saúde:

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

1. 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;
2. incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito;
3. existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, observados os usos autorizados pela agência.

Diferentemente da STA 175 do SFT o Tema 106 do STJ incluiu um pressuposto econômico como essencial para a concessão de medicamentos não incorporados no SUS, a incapacidade financeira do paciente em arcar com o medicamento postulado.

Na visão do STJ se o paciente tem condições de arcar com o tratamento sem comprometer a sua renda com aquisição do medicamento não porque impor uma obrigação ao Estado para que este custeie o seu tratamento.

A integralidade do atendimento em saúde, como consta na CRFB88, em princípio, está mais ligada as configurações de certas políticas específicas

desenhadas para dar respostas a um determinado problema de saúde, ou aos problemas de saúde que afligem um certo grupo populacional<sup>40</sup>. Logo, essa integralidade, em princípio, não se traduziria em concessão integral de medicamentos não padronizados a toda a população de forma indiscriminada.

Nota-se que pelos julgados acima, há uma legítima preocupação em se observar os protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas do SUS. Embora eles estejam sujeitos a constante atualização e revisão eles não são inquestionáveis.

Todavia, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser lenta, de modo que a eventual omissão administrativa pode justificar a atuação judicial, caso em que será imprescindível a instrução processual (prova pericial médica), como acentuado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da STA 175.

Observa-se, no entanto, que nem todos os medicamentos necessitam estar padronizados no SUS. É o caso dos fármacos destinados ao tratamento de doenças oncológicas. De regra, para fins de disponibilização, não há necessidade de que os medicamentos destinados a esse tratamento constem em listas oficiais do SUS. Isso porque cada CACON/UNACON pode prescrever o que for necessário para o adequado tratamento do paciente. Esses tratamentos estão incluídos na Assistência à Saúde de Média e Alta Complexidade (MAC) e são ressarcidos (ou deveriam ser) por meio de procedimentos específicos informados como procedimentos quimioterápicos no subsistema APAC (autorização de procedimentos de alta complexidade), do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA-SUS)<sup>41</sup>.

O registro na ANVISA, no entanto, configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do medicamento, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação. A regra, porém, não é absoluta, pois, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela mesma agência (STF, STA 175, rel. Ministro Gilmar Mendes).

Desse modo, é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário quando há mora irrazoável da ANVISA em

---

<sup>40</sup> Rocha, Márcio Santoro, A Suspensão da Tutela Antecipada 175 e a judicialização da Saúde, Revista **Consultor Jurídico**, 24 de abril de 2018

<sup>41</sup> Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga Oliveira, Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS, <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>, acessado em 14/03/2023.

apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

1. a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; 2. a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; 3. a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil (STF, Tema 500, RE 657.718, red. para acórdão Min. Roberto Barroso).

Por fim, deve ser destacado que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, tal como o STF deixou evidente no julgamento do RE 657.718 (Tema 500).

Ainda pende de definição a tese do Tema 6 do STF, referente ao RE 566471, que tratará sobre alguns pontos de relevância no que pertine à concessão de medicamento de alto custo. Não obstante, o Plenário do Supremo, tendo como relator do RE o ministro Marco Aurélio, assentou que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>42</sup>. Os Ministros, no entanto, definirão as situações excepcionais na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6).

Contudo, observa-se nos debates a preocupação de alguns ministros com a questão orçamentária advinda do excesso de judicialização. Como ponderou o Ministro Alexandre de Moraes, o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). “Não há

---

42 Supremo Tribunal Federal, Notícias - Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada), [[https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\).](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS).)] Acessado em 25/03/2023

mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”, afirmou<sup>43</sup>.

Os demais Ministros e Ministras (Rosa Weber e Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux) todos acompanharam o entendimento do relator pelo desprovisionamento do recurso. Em seus votos, eles salientaram que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados na lista da Anvisa.

Nesse sentido, os Ministros ponderaram diversos argumentos, como as garantias constitucionais (entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana), o limite do financiamento possível aos entes federados, tendo em vista restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos.

A contextualização dos direitos fundamentais com a realidade orçamentária na análise da concessão de medicamentos é mais que evidente e deita bases no pragmatismo jurídico, sobretudo no que tange à contextualização e as consequências dos efeitos dessas decisões.

O pragmatismo jurídico não se impõe como uma teoria do Direito, mas uma teoria sobre como usar teoria, ficada principalmente na atividade judicial<sup>44</sup>, uma ferramenta de análise diuturna do Judiciário na interpretação das normas e sua subsunção aos casos concretos.

### **3. Ponderação entre a Dignidade da Pessoa Humana e a análise consequencialista do art. 20 da LINDB.**

Os julgados acima evidenciam que existe, ainda que de modo, súbtil, uma busca pelo equilíbrio entre concretizar as normas constitucionais com critérios que tornem mais racionais a análise e a eventual concessão de pedidos que demandam prestação da saúde pelo Estado.

---

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal, Notícias - Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada), [[https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\).](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%A9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS).)]. Acessado em 25/03/2023.

<sup>44</sup> Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

Não se pode negar que a dignidade da pessoa humana, como condição de valor, é elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional<sup>45</sup>, a qual procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social<sup>46</sup>.

À primeira vista, poderá parecer que existiria uma certa incompatibilidade entre a dignidade da pessoa humana com uma norma que exige uma perspectiva consequencialista que impõe certas considerações de ordem realística e mais contextualizada.

Como já dito alhures, o sistema deve, ao menos, nas partes singularmente consideradas, ter coerência e suas possíveis antinomias podem ser resolvidas pela superação de abordagens unilaterais (algo como preponderar a superioridade do art. 20 da LINDB sobre outros institutos, por exemplo) e reconhecer que o sistema jurídico é um só<sup>47</sup>.

Um eventual conflito entre o espírito que anima a norma do art. 20 da LINDB e o fundamento da dignidade da pessoa humana (também princípio constitucional) precisa ser resolvido encontrando os fundamentos na Constituição.

Dito de outro modo, todo e qualquer ramo do Direito mostra-se, [...] um campo de incidência da Constituição e, bem por isso, restou afirmado que, em determinado aspecto, toda interpretação sistemática é também interpretação constitucional<sup>48</sup>.

Como ressaltado por Konrad Hesse, a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, mas ela não está condicionada, simplesmente por essa realidade<sup>49</sup>. Não se afasta, ainda lembrando Hesse, que a Constituição não afasta a História, Economia ou a Sociologia, pois depende dessas ciências da realidade.

---

<sup>45</sup>Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Curso de direito constitucional . Editora Saraiva. Edição do Kindle, posição 5997

<sup>46</sup> Hesse, Konrad. A Força Normativa da Constituição, p 15, 1991 Sérgio Antônio Fabris Editor.

<sup>47</sup> Freitas, Juarez. A interpretação Sistemática do Direito, p. 237. Editora Malheiros, São Paulo, 4ª Ed. 2004.

<sup>48</sup> Freitas, Juarez. A interpretação Sistemática do Direito, pp. 189-219. Editora Malheiros, São Paulo, 4ª Ed. 2004.

<sup>49</sup> Hesse, Konrad. A Força Normativa da Constituição, p 25, 1991 Sérgio Antônio Fabris Editor.

Em outras palavras, ainda que se considera os dados da realidade para um prognóstico das consequências de uma decisão, o propósito, o anseio, insculpido no espírito que deu ensejo ao texto constitucional não pode ser simplesmente posto de lado.

De outro lado, como Posner avaliou, o critério fundamental para pesar todas as consequências para o caso em si e para o sistema como um todo deve ser sempre a razoabilidade<sup>50</sup>. A necessidade de dar atenção a ela está justamente aliada ao fato de que o Poder Judiciário possui um déficit de informação política dos demais poderes<sup>51</sup>.

Sob uma perspectiva normativa do consequencialismo pode-se divisar algum conflito com o fundamento da dignidade humana, já que a teoria consequencialista enfatiza a importância das consequências ou resultados das ações como critério para avaliar a moralidade dessas ações. Por outro lado, o princípio da dignidade humana é um dos pilares fundamentais do Direito, e estabelece que toda ação ou decisão deve ser orientada pela proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, é importante destacar que a perspectiva normativa do consequencialismo não deve ser vista como uma ameaça ao princípio da dignidade humana. Ambas as perspectivas podem coexistir e ser utilizadas de forma complementar na tomada de decisão, com o objetivo de garantir que as ações e decisões tomadas promovam o bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

Assim, ao tomar uma decisão, o Poder Judiciário deve considerar tanto as consequências práticas da decisão quanto os princípios e valores fundamentais do Direito, como é, no caso, o fundamento e princípio da dignidade humana.

A decisão deve ser tomada de forma equilibrada e proporcional, levando em conta as circunstâncias específicas do caso e os interesses das partes envolvidas, sobretudo porque a circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto destinar os recursos ao atendimento de uma pretensão judicial individual

---

<sup>50</sup> Posner apud Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

<sup>51</sup> Sousa, Wesley Macedo de, O Pragmatismo Jurídico e a Dignidade da Pessoa Humana, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed. 2016.

pode significar retirá-los de outros destinatários, o que agrega complexidade ao debate<sup>52</sup>.

## CONCLUSÃO

O presente ensaio apresentou uma busca pelo equilíbrio entre a concretização das normas constitucionais e os critérios que tornam mais racionais a concessão de pedidos relacionados à prestação da saúde pelo Estado.

Embora pareça haver incompatibilidade entre a perspectiva consequencialista e o princípio da dignidade humana, ambos podem coexistir e ser utilizados de forma complementar na tomada de decisão pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, é importante que a decisão seja equilibrada e proporcional, levando em conta as circunstâncias específicas do caso e os interesses das partes envolvidas. Portanto, a conclusão é de que a tomada de decisão deve ser pautada por uma interpretação sistemática e constitucional, buscando a coerência do sistema jurídico e a proteção e promoção da dignidade humana.

Abordou-se, portanto, ainda que dentro das limitações que um artigo impõe, a relação entre o consequencialismo, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde no âmbito da sua judicialização. Afirmou-se que uma abordagem de ponderação bem-sucedida deve levar em consideração tanto a dignidade da pessoa humana quanto o consequencialismo. Embora essas perspectivas possam parecer distintas, em muitos casos, podem ser reconciliadas por meio de uma reflexão cuidadosa.

## Referências bibliográficas

Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil de demandas, causas e propostas de solução/Conselho Nacional de Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.** – Brasília: CNJ, 2019

---

<sup>52</sup> Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010*

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. Editora Saraiva. Edição do Kindle.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Atlas. Edição do Kindle.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha, **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**, Antônio Cláudio da Costa Machado (Organizador); Anna Cândida da Cunha Ferraz (coordenadora) Barueri SP, Manole, 2010.

RAMOS NETO, Plínio Valente, **Consequencialismo Jurídico: fundamento e limites**, Curitiba/PS, CRV, 2022.

FREITAS, Juarez, **A Interpretação Sistemática do Direito**, 4ª Edição, rev. e amp., São Paulo, Malheiros Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 13ª ed., rev. e atual., São Paulo SP, Malheiros Editora, 2003.

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª ed., rev. e atual. até a EC n. 57/2008, São Paulo SP, Malheiros Editora, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed., rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, São Paulo SP, Editora Saraiva, 2015.

NEVES, Marcelo, **A Constitucionalização Simbólica**, 3ª ed., São Paulo SP, Editora WWF Martins Fontes, 2011.

CRISTÓVÃO, José Sérgio da Silva, **Colisões Entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**, Curitiba PR, Juruá Editora, 2006.



HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, Reimpressão, 1991.

BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: [http://professoraanafraza.com.br/files/atividades\\_docentes/2018-03-21-Tema\\_V\\_Leitura\\_III.pdf](http://professoraanafraza.com.br/files/atividades_docentes/2018-03-21-Tema_V_Leitura_III.pdf). Acesso em 05.05.2022.

VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Uniformização, coletivização e estruturação processual da tutela da saúde sob o enfoque da análise econômica do direito**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 65, n. 3, p. 115-138, set./dez. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69142>. Acesso em: 05.11.2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i3.69142>.

VIDAL, Bernardo Raposo. **Racionalidade econômica e consequencialismo**. Revista Direito Diário, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 8-23, jan./fev. 2020. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/wp-content/uploads/2020/02/V3N1A1-RACIONALIDADE-ECON%C3%94MICA-Bernardo-Vidal.pdf> . Acesso em: 05.11.2022.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BERBERI, Marco Antonio Lima. Decisões administrativas e judiciais e a LINDB na perspectiva do consequencialismo: um norte de segurança jurídica na proteção dos direitos fundamentais. *In*: VII JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, Universidade de Fortaleza, 2020. **Anais [...]**. v. 1. p. 1-14. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Adriana+da+Costa+Ricardo+Schier.pdf/58e8eb0e-c019-32aa-e626-8c8f31355586> . Acesso em: 05.05.2022.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p.

113-144, set./dez. 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832> . Acesso em: 05.11.2022.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v7i3.71771> . Acesso em: 05.11.2022.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/Fredie+Didier+Jr.+%26+Rafael+Alexandria+de+Oliveira.pdf> . Acesso em: 05.11.2022.

MOROZOWSKI, Ana Carolina e OLIVEIRA, Luciana da Veiga, Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS, <https://www.migalhas.com.br/depeso/305311/da-responsabilidade-solidaria-na-assistencia-a-saude-no-sus>, acessado em 14/03/2023.

SCHULZE, Clenio Jair, **A Judicialização da Saúde no Século XXI**, in Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região. 2018, Ano 4, N. 8, Porto Alegre Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2018/uli\\_12\\_judicializacao\\_saude\\_seculo\\_xxi.pdf](https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2018/uli_12_judicializacao_saude_seculo_xxi.pdf)[https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2018/uli\\_12\\_judicializacao\\_saude\\_seculo\\_xxi.pdf](https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2018/uli_12_judicializacao_saude_seculo_xxi.pdf). Acesso em: 05.11.2022.

GIACOMINI, Charles Jacob, **Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura**, Direito Hoje, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 30/05/2022