

O PENSAMENTO UTILITARISTA E SUA ACEPTÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

THE UTILITARIAN IDEA AND ITS ACCEPTANCE IN HEALTH JUDICIALIZATION

Olavo Fettback Neto*
Valéria Silva Galdino Cardin**

* Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel – FCSAC – UNIVEL Centro Universitário, em 2012. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina, em 2013. Mestrando em Ciências Jurídicas com área de concentração em Direitos da Personalidade pela Unicesumar (Centro de Ensino Universitário de Maringá); E-mail: ofettback@hotmail.com

*Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

Como citar: NETO, Olavo Fettback; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O PENSAMENTO UTILITARISTA E SUA ACEPTÃO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 4, n. 2, p 45-58, dez, 2019. ISSN: 2596-0075. <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v4n2.fettbackneto.cardin>

Sumário: 1. Introdução. 2. O pensamento da justiça utilitarista no direito contemporâneo. 3. O direito à saúde no Brasil e a escassez de recursos públicos para sua efetiva promoção. 4. A justiça utilitarista na judicialização da saúde. 5. Conclusão. Referências bibliográficas

Resumo: A ideia de utilitarismo nasceu pela necessidade do Direito estar atrelado ao bem-estar social. Por este ideal da coletividade e da necessidade de que o bem-estar coletivo esteja em grau superior ao individual, se tornou imperioso aplicar o utilitarismo tanto no campo filosófico, quanto no campo jurídico. Assim, é possível correlacionar a ideia do pensamento utilitarista na aplicação das leis inerentes ao direito à saúde, ao qual, apesar de constitucionalmente previsto e ser direito social e fundamental, bem como um dos alicerces ao bem-estar social individual e coletivo, a impossibilidade financeira do fornecimento universal e irrestrito pelo Estado, fez com que dois fenômenos ocorressem na sociedade brasileira: a exploração econômica da saúde e a judicialização. O primeiro, justamente decorre do aumento na procura de serviços privados de saúde. Já a judicialização da saúde é um fenômeno decorrente do aumento desenfreado das demandas envolvendo questões atinentes ao direito à saúde, sobretudo, na saúde pública, emergindo pela sua garantia constitucional. Ante esta realidade e pela impossibilidade da garantia efetiva do do direito da saúde, fez com que o Poder Judiciário, sobretudo na figura do Conselho Nacional da Justiça pensasse em ideais utilitaristas nas demandas

envolvendo direito de saúde, justamente pela primazia do interesse público em detrimento ao privado, bem como pela necessidade de otimizar a destinação do recurso público. A aplicação destes ideais em demandas envolvendo o direito de saúde é claramente visto em decisões recentes, onde se verifica a conveniência do interesse público, da reserva do possível e da análise econômica do direito em detrimento ao interesse individual.

Palavras-chave: Utilitarista. Direito à saúde. Judicialização da Saúde. Bem-estar social. Pluralidade.

Abstract: The idea of utilitarianism was born of the need for law to be linked to social welfare. Because of this ideal of collectivity and the need for collective well-being to be superior to the individual, it became imperative to apply utilitarianism both in the philosophical field and in the legal field. Thus, it is possible to correlate the idea of utilitarian thinking in the application of the laws inherent to the right to health, which, although constitutionally foreseen and to be social and fundamental right, as well as one of the foundations for individual and collective social well-being, the impossibility financial system of universal and unrestricted provision by the State, caused two phenomena to occur in Brazilian society: economic exploitation of health and judicialization. The first is precisely the increase in the demand for private health services. The judicialization of health is a phenomenon due to the unbridled increase in demands involving issues related to the right to health, especially in public health, emerging by its constitutional guarantee. Faced with this reality and the impossibility of effectively guaranteeing the right to health, the Judiciary, especially in the figure of the National Council of Justice, thought of utilitarian ideals in the demands involving health rights, precisely because of the primacy of the public interest to the detriment of as well as the need to optimize the allocation of the public resource. The application of these ideals in demands involving the right of health is clearly seen in recent decisions, where the convenience of the public interest, the reserve of the possible and the economic analysis of the right to the detriment of the individual interest is verified.

Key-words: Utilitarian. Right to health. Judicialization of Health. Social welfare. Plurality.

1 INTRODUÇÃO

É amplamente sabido que a isonomia é um direito constitucional fundamental, símbolo da vitória democrática e da garantia igualitária de direitos, cabendo destacar que o conceito de igualdade é amplamente protegido em nosso ordenamento jurídico, seja no plano nacional, na forma da norma constitucional, seja no plano internacional, na forma na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, as políticas públicas fundam-se na ideia de que o Estado, na forma que lhe aprouver e determinar a lei, promova e efetive os direitos e as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, bem como, todas as demais normas protetivas, fazendo-o na forma de execução de ações em favor da população.

Dentro deste entendimento e analisando os demais princípios que regem nosso ordenamento jurídico, temos como necessário que a norma garanta de forma efetiva um bem-estar de maneira coletiva e que essa gama de direitos sejam garantidos de forma efetiva, sem que isso cause a falência estatal e ao mesmo tempo, consiga garantir os direitos previstos na forma de norma jurídica e da moral, é que também funda-se a ideia da justiça utilitarista, na qual o interesse coletivo e a efetividade da norma sobrepõem o interesse individual.

Aliado a isto, o presente artigo almeja também analisar a aplicação do pensamento utilitarista nas demandas envolvendo direito de saúde, isso porque, é de amplo conhecimento que há uma falência do sistema público de saúde, ao qual muito se deve a impossibilidade financeira de que o Estado arque com elevados procedimentos para um ou ao um pequeno grupo de indivíduos, sem que isso, acabe por prejudicando a toda uma coletividade.

Assim, pensando na judicialização da saúde como uma realidade em nosso ordenamento jurídico almeja-se pontuar o modelo de inserção do pensamento utilitarista no direito de saúde, bem como o modelo no qual se dá a sua atual aceção, tanto do ponto de vista doutrinário, quanto jurisprudencial.

2 O PENSAMENTO DA JUSTIÇA UTILITARISTA NO DIREITO CONTEMPORANÊO

De modo antecedente à discussão sobre a aplicação jurídica do utilitarismo na contemporaneidade e a compreensão de seu alcance, a qual se dá em distintas formas, faz-se necessário fazer de forma breve uma conceituação sobre o ideal utilitarista.

Para que se possa refletir sobre o utilitarismo, é mister pensar na pluralidade social e no bem estar desta coletividade.

Sabemos que a sociedade é formada por um enorme emaranhado de distintas realidades sociais, étnicas, religiosas, morais e financeiras, cabendo ao Estado, buscar a pacificação desta pluralidade por meios de efetivas políticas públicas, garantindo a efetividade dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Neste ponto, cabe mencionar lição de Paulo Lôbo:

Além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹

Contudo, ainda que em um contexto político ou de uma organização social fundada sobre os princípios democráticos, a pluralidade se apresente pela participação e reivindicação social ao funcionamento das instituições sociais e do próprio Estado, sobretudo, pela força do voto, bem como pelo alcance normativo de igual e de indistinto modo, mostrou-se, tanto ao longo da história da humanidade, como pela própria sociedade contemporânea, a impossibilidade do Estado no provimento universal e irrestrito de toda a gama de direito, fazendo urgir o pensamento utilitarista.

O utilitarismo decorre justamente de um pensamento ético no qual, toda decisão social, jurídica ou ação política, fundar-se-á no benefício intrínseco à coletividade, ou seja, quanto maior o benefício à coletividade em detrimento ao individual, melhor será a efetividade da ação, promoção do bem-estar social. Ou seja, o ideal utilitarista funda-se na ideia de equilíbrio social, não só pela a autodeterminação do indivíduo, mas, pelo pensamento eudemonista de toda a coletividade em detrimento do indivíduo (RAWLS, 2002).

Nesta feita, podemos compreender o pensamento utilitarista como estritamente ligado ao conceito e as consequências dos atos tomados pela perspectiva eudemonista individuais. Como ressalta John Rawls (2002, p. 25), “Uma pessoa age de um modo muito apropriado, pelos menos quando outros não são afetados, como intuito de conseguir a maximização de seu bem-estar [...]”.

Ou seja, o pensamento utilitarista justamente decorre da antítese da maximização da felicidade do indivíduo, mas, pela busca do ideal societário onde haja uma satisfação dos sistemas de desejos de uma coletividade, com o máximo bem-estar do grupo.

Neste ponto, é importante avultar que a ideia de felicidade e alcance do pensamento utilitarista sobre o mesmo, vem alterando de acordo com a evolução da sociedade, sobretudo, também influenciado sobre a perspectiva da análise econômica do direito.

Neste ponto, cabe destacar ensinamento Carlos Santiago Nino:

Os autores utilitaristas modernos preferem, em geral, interpretar a felicidade não como uma soma de prazeres, mas como satisfação ou a não frustração dos desejos ou interesses de qualquer natureza que cada pessoa pode ter (os economistas que pressupõem o enfoque moral utilitarista costumam admitir que a satisfação de desejos ou interesses é medida pela disposição de pagar pelos bens e serviços que fornecem essa satisfação).²

É certo que na sociedade contemporânea, não podemos escapar da influencia do pensamento

1 LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.59.

2 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão tradução Denise Matos Marino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 464

liberal e do capital sobre o conceito de felicidade. Se há séculos atrás não se era possível dimensionar uma precificação da felicidade e dos custos para o bem-estar social, hoje como avanço do capital e, sobretudo, pelo financiamento das políticas públicas, sabe-se os custos do bem-estar social.

Faz-se necessário mencionar de que tanto no campo dos direitos fundamentais, quanto na efetivação da personalidade, a norma acompanhou e emergiu-se da necessidade do meio social e do contexto histórico inserido.

Neste ponto, cabe destacar lição de Jônatas Luiz Moreira de Paula:

A força normativa do direito busca a mediação entre a diversidade de interesses. Para tanto, a toda estipulação de um direito numa relação ou situação jurídica, segue-se a estipulação de deveres e da respectiva sanção jurídica. Essa correlação direito-dever-sanção mostra-se como método fiel para a eficácia – forçada – de direitos subjetivos.³

Em assim sendo, segundo críticos do utilitarismo, ao pensar no instituto apenas sob o prisma de uma análise liberal e econômica, sem moral e ética, não seria possível elencar tal método como alicerce na busca pela justiça, mas tão somente como método econômico e precificação da vida humana.

Segundo os críticos do utilitarismo, a análise econômica do direito e a precificação dos direitos fundamentais, é deveras equivocado, defendendo a ideia de que atribuir um valor à vida humana é moralmente errado e antagoniza do princípio da dignidade da pessoa humana e afronta os direitos da personalidade e da própria aplicação do estado democrático de direito.

Neste ponto específico, é importante mencionar lição de John Rawls:

Essa visão da cooperação social é a consequência de se estender à sociedade o princípio da escolha para um único ser humano, e depois, fazer a extensão funcionar, juntado todas as pessoas numa só através dos atos criativos do observador solidário e imparcial. O utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas.⁴

Contudo, o dimensionamento da aplicação do direito e as próprias liberdades e diferentes fundamentais dos indivíduos, concatenarão com a economia e com a possibilidade e existência de recursos, hora ou outra.

Aliás, nesta seara, cabe destacar ensinamento de Pedro Lessa:

A diversidade de ciências, especialmente no que concerne às sociais, depende dos aspectos, sob que encaramos os mesmos fenômenos. Assim, por exemplo, a investigação das leis da circulação e da distribuição da riqueza é matéria da economia política; mas, como os diversos modos por que circula, ou por que

3 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Editora Manole, 2002. p. 93.

4 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

se distribui a riqueza, influem na vida e no desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos, e na adoção pelo legislador de certas normas, de preferência a outras, no que diz respeito a esses fatos econômicos, residem condições de vida e progresso social, dependentes da vontade humana (dentro dos limites em que esta pode atuar), a circulação e a distribuição de riqueza são simultaneamente assuntos da ciência econômica e da ciência do direito.⁵

Logo, é evidente de que ainda que assim não quiséssemos, os fatores econômicos deverão ser ponderados e perfazem a realidade da amplificação e aplicação dos direitos, ainda que estejamos diante de direitos fundamentais e humanos.

Isso não quer significar que a análise econômica do direito se sobrepõe aos direitos fundamentais, da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, mas de que, a aplicação e efetivação destes direitos, na maioria das oportunidades, passarão pelo crivo dos fatores econômicos.

Como bem destaca Daniela Vieira de Melo:

Para garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais de normas sociais, como o Direito à Saúde, a Análise Econômica do Direito deve considerar a implementação das políticas públicas devidas. Portanto, computam-se nos custos do Direito à saúde a sua concretização através de políticas públicas.⁶

Isso porque a efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, se dão com as políticas públicas e com o próprio Poder Judiciário, quando do insucesso e ineficiência do ente estatal. Aliás, ao falar das características das políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci, nos ensina, que:

A nota característica da política pública é tratar-se de programa de ação. Nesse sentido, ao situar-se entre as categorias da validade e da eficácia jurídica, na classificação kelseniana, ressalta na política pública a dimensão da eficácia social, a chamada efetividade. O ideal de uma política pública, vista pelo direito, não se esgota na validade, isto é, na conformidade do seu texto com o regramento jurídico que lhe dá base, nem na eficácia jurídica, que se traduz no cumprimento das normas do programa. O ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo.⁷

Ou seja, pensar na ideia de eficácia social e efetividade, ocorre justamente na aplicação do próprio ideal utilitarista, eis que, ainda que estejamos sob um estado democrático de direito,

5 LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 82.

6 MELO, Daniela Vieira de. **Considerações sobre análise econômica do direito e a efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10328>> Acesso em 26. fev. 2018.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46.

voltado pelo bem-estar social individual e coletivo, é amplamente sabido que há escassez de recursos financeiros para atendimento de todas as demandas, cabendo ao Estado propiciar o

Corroborando com isso e justamente neste sentido está também a ideia de Ana Catarina Piffer Gonçalves:

As políticas públicas, hodiernamente, inegavelmente, se referem à distribuição dos recursos do governo captados por meio de impostos e utilizados em investimentos que beneficiem a sociedade, prestando-lhes contra de suas escolhas, dos meios de execução e dos gastos realizados.⁸

Aliás, tal discricionariedade do Poder Público na eleição da maneira de efetivar suas políticas públicas é exposta por Ana Luiza Berg Barcellos, nos seguintes termos:

Há discricionariedade do Poder Público para eleger as políticas públicas, bem como o grupo social a ser abarcado pelas medidas a serem tomadas. Contudo, tal discricionariedade deve atender ao interesse público e, em especial, materializar direitos já previstos no plano normativo, com destaque para os situados como fundamentais pelo legislador constituinte. Assim, a escolha das políticas públicas a serem implementadas deve guardar consonância com as demandas sociais existentes, bem como visar concretizar os direitos já assegurados de forma abstrata no ordenamento jurídico.⁹

Portanto, sabendo que um dos alicerces do direito público decorre justamente da primazia do interesse público em detrimento ao privado, bem como pela necessidade de otimizar a destinação do recurso público, face à sua escassez. É certo pensar de que hoje, há uma efetiva aplicação do ideal utilitarista também na aplicação do recurso público, atingindo as diversas esferas e organizações administrativas e jurídicas.

3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS PARA SUA EFETIVA PROMOÇÃO

Para falar em direito à saúde, faz-se imprescindível distinguir os tipos de saúde existentes no Brasil atualmente: público e privado.

No que tange à saúde privada no Brasil é importante destacar que a mesma é dividida em dois polos: o serviço particular absoluto, que seria aquele serviço prestado pelo profissional de saúde de modo totalmente autônomo, como clientes próprios, valores individualizados para cada serviço prestado, como critérios de remuneração ou atendimento estabelecidos pelo próprio prestador de serviço. (GREGORI, 2011)¹⁰.

8 GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. **Conceito jurídico de pessoa com deficiência: por uma sistematização das políticas públicas**. IN: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Políticas públicas da previsibilidade e obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos**. Biriçui: Boreal, 2011. p. 55.

9 BARCELLOS, Ana Luiza Berg. **Direitos sociais e políticas públicas: algumas aproximações**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 2, p.109-138, ago. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p109. ISSN: 1980-511X. 2016, p. 134

10 GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde – A ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora

A Constituição Federal, que a saúde é um direito pleno de todos os brasileiros. Para consolidação de tal direito, cabe ao poder público, a intervenção no ramo, através da promulgação de normas ou com efetivação de políticas públicas voltadas à saúde, cabendo destacar que por força da mesma, especificamente em seu artigo 6º¹¹, hoje o direito à saúde é considerado como direito social.

No setor da saúde pública, cabe o Sistema Único de Saúde – SUS, a promoção e efetivação do direito à saúde. Ficando ao seu encargo toda a prestação de assistência, através de hospitais, clínicas e demais estabelecimentos médicos credenciados ao atendimento a tal sistema, cabendo ao SUS, o posterior pagamento dos profissionais, quando não se tratar de rede de saúde integralmente pública. O SUS possui três básicas e importantes diretrizes: a descentralização, o atendimento em três diretrizes básicas: a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade. (GREGORI, 2011)¹²

Ao assumir essa postura universal na promoção da saúde, passando-a ao status de direito social, a Constituição Federal de 1988 quedou-se como um dos principais alicerces à efetivação dos direitos humanos. Mais do que isso, tornou a garantia da saúde, como direito fundamental e irrestrito.

Contudo, tal ideia de garantia absoluta ao passar do tempo mostrou de forma escancarada a crise do Estado brasileiro. Isso porque, o Estado brasileiro não conseguiu efetivar a garantia do direito à saúde de forma universal, ainda que assim se encontrasse disposto na Constituição.

Isso porque, se de um lado há um Estado garantindo um provimento de saúde gratuita e irrestrita a toda a coletividade, de outro, há todos os custos envolvidos na promoção destas políticas públicas, a tecnológica da Medicina e com certeza, o mercado farmacológico ao qual de forma concomitante à sua evolução, almeja um aferimento de lucro nas suas atividades. Ou seja, a conta torna-se praticamente impossível de ser suportada pelo Estado.

Neste ponto, cabe destacar o que ensinam Clenio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto:

Atualmente, o Estado tornou-se gigante e incapaz de satisfazer todas as demandas dos indivíduos, principalmente no âmbito da saúde. Tal contexto fomentou as dificuldades e as crises da atuação do Estado.

E isso tem como estuário o Poder Judiciário. A crise do Estado aumentou a necessidade de maior controle da atuação estatal, com o aumento da exigência atribuída ao Judiciário, a fim de corrigir os desvios e omissões dos demais poderes.¹³

Importante mencionar que de forma constante o Estado buscou controlar a questão da

Revista dos Tribunais, 2011.

11 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

12 GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde – A ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

13 SCHULZE, Clenio; NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 51.

promoção da saúde, com um direcionamento das políticas públicas e com a própria organização do sistema de saúde, no modelo único (SUS), supramencionado, buscando solucionar uma problemática que antes era enfrentada pela população, que não ao procurar resguarde em políticas públicas, não sabia a qual ente estatal recorreria. Pensou-se que com a criação de um sistema único, ao menos o problema de atendimento e financiamento melhoraria.

Porém, a escassez de recursos na promoção da saúde (garantida pela constituição), somada à imprescindível necessidade da população de efetiva políticas públicas, acabou mostrando-se também ineficaz, resultando em dois caminhos: aumento de procura e exploração comercial da saúde privada, sobretudo, com o aumento das operadoras de plano de saúde e judicialização da saúde.

4 A JUSTIÇA UTILITARISTA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como supramencionado, vários são os fatores contributivos à judicialização da saúde, sendo impossível delimitar um só causador.

Um dos motivos que levam ao aumento da judicialização da saúde nos é explicado por Gustavo Amaral que nos ensina que:

Mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade da adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vida. Todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso, desde o momento em que esse tratamento não é mais experimental até o momento em que há a produção e distribuição de recursos necessários ao uso generalizado do novo tratamento [...].¹⁴

Mais do que entender os fenômenos que fizeram com que as demandas atinentes à direito de saúde aumentassem de forma insólita, é preciso compreender os malefícios que a mesma acarreta tanto ao sistema privado, mas, sobretudo ao sistema público de saúde.

Segundo destacam Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro:

A judicialização do direito à saúde, mais especificamente, tem se direcionado a diversos serviços públicos e privados, tais como o fornecimento de medicamentos, a disponibilização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Não é difícil observar em qualquer governo no Brasil a existência de ações judiciais que buscam o deferimento de pedidos sobre estes e outros assuntos. O resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Seja em uma pequena comarca ou no plenário do STF, cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a decidir sobre demandas de saúde, o que o alçou a ator privilegiado e que deve ser considerado quando o assunto é política

¹⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80.

de saúde.¹⁵

De fato, seja por decorrência da falência do Estado no provimento da saúde pública, seja pelo descumprimento contratual daqueles que exploram comercialmente a saúde, ano a ano, há um aumento quase desenfreado de demandas envolvendo a saúde, buscando um tratamento de saúde para os cidadãos que dele necessitam.

Ainda que estejamos sob a exegese da separação dos poderes, é importante mencionar que a jurisprudência pátria já firmou no sentido de que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para o controle e intervenção nas políticas públicas nos casos de abusividade e omissão governamental, bem como para obrigar aqueles que exploram economicamente a saúde para serem obrigados assim a fazerem.

Em estando legitimado o Judiciário a intervir nas políticas públicas e nas relações privadas, determinando que se cumpra a Constituição Federal, notadamente o seu artigo 196¹⁶ e o artigo 199 e seus parágrafos¹⁷, preservando a sua força normativa, ao mesmo tempo em que não podem os jurisdicionados se furtarem de suas obrigações sob alegações vazias, tendo em vista a necessidade de se garantir a todos o mínimo existencial, necessário a se viver com dignidade, cabe ao Poder Judiciário analisar de forma ponderada a harmonização da norma com isonomia entre todos os beneficiários (toda a população brasileira), sob um prisma utilitarista das demandas judiciais.

Além disso, é imprescindível ponderar que mesmo sendo o direito à saúde intrinsecamente correlacionado a um valor estruturante do ordenamento jurídico, corolário do direito à vida, assim como todos os demais direitos, não tem caráter absoluto.

Isso porque não cabe ao Poder Judiciário administrar o SUS e fazer um direcionamento, ainda que indireto, sobre a destinação de verbas quando na resolução de processos envolvendo à saúde, de forma a desconsiderar as consequências que determinadas decisões judiciais podem causar ao sistema, sob risco de afrontar a reserva do possível, o mínimo existencial e o princípio da vedação do retrocesso.

15 ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em 20 fev. 2019. p.9.

16 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

17 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

É imperioso correlacionar o próprio princípio da reserva do possível com o ideal utilitarista, visto que para ambos, entende-se como uma limitação fática e jurídico oponível à concretização de direitos fundamentais, fundados, sobretudo, pelo benefício à coletividade em detrimento ao individual, a fim de que seja possível garantir um bem-estar social coletivo.

Discorrendo sobre a reserva do possível, é importante destacar lição de Marcelo Novelino:

A razoabilidade da prestação exigida em face dos recursos efetivamente existentes deve ser analisada não apenas em relação ao indivíduo, mas tendo em conta a universalização da demanda. Não se pode exigir judicialmente do Estado uma prestação que não possa ser concedida a todos os indivíduos que se encontrem em situação idêntica, sob pena de violação do princípio da isonomia.¹⁸

Nesta feita, verifica-se que analisar questões atinentes à saúde certamente levam o Poder Judiciário a preponderar dois importantes institutos jurídicos de colossal importância, a garantia dos sociais e o próprio princípio da isonomia.

Pensando sob uma ótica humanista e simplista, fácil seria ao judiciário, tão somente compelir o Estado a dar estrito cumprimento à garantia do direito à saúde de forma irrestrita e universal, mas, seja pela impossibilidade financeira de assim fazê-lo, seja por um pensamento mais utilitário, o Poder Judiciário vem demonstrando considerável preocupação com a possibilidade jurídica deste provimento universal da saúde em detrimento ao próprio princípio da eficiência e da primazia do interesse público.

Cabe destacar que a preocupação é tamanha, que há tempos o Poder Judiciário vem debatendo formas de melhorar o acesso à informação por parte dos Magistrados, sobretudo, pela complexidade das demandas envolvendo direito de saúde e direito médico.

Sob esta seara foi que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ não só criou um grupo de trabalho específico para demandas de saúde, como também, aprovou várias recomendações sobre o tema, inclusive, criou e determinou, na Resolução nº. 238 de 06/09/2016¹⁹, que os Tribunais de Justiça e Regionais Federais, criassem e mantivessem Comitês Estaduais da Saúde, para a melhor forma de prestação jurisdicional em questões atinentes à saúde.

E fora justamente fundada nesta ideia de analisar de forma utilitarista dos casos envolvendo direito de saúde, foi que o Superior Tribunal de Justiça fixou tese estabelecendo três requisitos cumulativos para que o Poder Judiciário, em caráter excepcional, conceda o fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS:

[...] TESE FIXADA: A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio

18 NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.463

19 CNJ. **Resolução nº. 238 de 06/09/2016**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acesso em 18 fev. 2019.

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. Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.²⁰

É de amplo conhecimento que há uma falência do sistema público de saúde, ao qual muito se deve a impossibilidade financeira de que o Estado arque com elevados procedimentos para um ou ao um pequeno grupo de indivíduos, sem que isso, acabe por prejudicando a toda uma coletividade, ou seja, para que haja um efetivo equilíbrio destas demandas é que se fez imperioso um pensamento utilitarista em tais demandas individuais.

Portanto, resta claro que hoje, seja em decorrência da extensa judicialização da saúde, seja pela própria análise econômica do direito, há uma incontestável análise utilitarista nas demandas envolvendo direito de saúde, cabendo ao Poder Judiciário sopesar não só a eficácia da norma garantidora prevista na Constituição Federal em harmonia com a reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso, analisando a demanda não só sob uma perspectiva jurídica, mas também econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs em analisar o ideal jus filosófico sobre o utilitarismo e a sua acepção no direito de saúde, sobretudo, no fenômeno da judicialização da saúde, discorrendo sobre a conceituação de tais institutos jurídicos e filosóficos e a maneira como se concatenam.

Não obstante a isto, almejou-se demonstrar a importância da justiça utilitarista para fornecer elementos para a construção da igualdade material e formal para efetiva atendimento ao ideal dos direitos sociais, em especial ao direito da saúde, sob uma premissa do princípio da efetividade e a necessidade de que estas estejam em aquiescência com as propostas da Constituição Federal e com o princípio da dignidade da pessoa humana, aliados à reserva do possível, do mínimo existencial e do princípio da vedação do retrocesso.

Dentro dos objetivos propostos pelo presente artigo, em fazer uma análise crítica sobre o ideal utilitarista aplicadas sobre o direito à saúde e sob o fenômeno da judicialização da saúde, decorrente justamente sob a ótica da impossibilidade de aplicação da norma de forma individualizada, sem desequilíbrio do bem-estar coletivo.

Nesta perspectiva, restou demonstrado que é imprescindível analisar de forma utilitarista

20 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1657156 / RJ (2017/0025629-7). **Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe: 21/09/2018.** STJ, 2018. Disponível em < 51.https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87894339&num_registro=201700256297&data=20180921&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 19 fev. 2019

o direito à saúde, ante à impossibilidade do financiamento e da garantia universal da saúde à toda a população ou especificamente a um indivíduo em detrimento à coletividade, sem prejuízo ao próprio sistema jurídico e financeiro.

Já com relação à judicialização da saúde, restou-se demonstrado que o Poder Judiciário, vem mostrando-se preocupado com o fenômeno da judicialização da saúde e que diante disso vem debatendo formas de melhorar o acesso à informação por parte dos Magistrados, sobretudo, pela complexidade das demandas envolvendo direito de saúde e direito médico, aos quais o seu acompanhamento vem sendo feito pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, mediante a criação de comitês específicos sobre o tema para vistoriar o aumento desenfreado de demandas neste sentido.

Nesta feita, restou-se demonstrado pelo artigo, que há uma incontestável análise utilitarista nas demandas envolvendo direito de saúde, cabendo ao Poder Judiciário sopesar a eficácia da norma garantidora prevista na Constituição Federal de maneira harmônica com a reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação do retrocesso, analisando a demanda não só sob uma perspectiva jurídica, mas também econômica, dando real efetividade à norma jurídica e garantido assim, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que se assim fazendo, estar-se-á atuando pautado no bem-estar social coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**; tradução Elza Maria Gasparotto; revisão tradução Denise Matos Marino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Editora Manole, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça: tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

MELO, Daniela Vieira de. **Considerações sobre análise econômica do direito e a efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil**. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10328> Acesso em 26. fev. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. **Conceito jurídico de pessoa com deficiência: por uma sistematização das políticas públicas**. IN: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de

Brito. **Políticas públicas da previsibilidade e obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos**. Birigui: Boreal, 2011.

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. **Direitos sociais e políticas públicas: algumas aproximações**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 2, p.109-138, ago. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p109. ISSN: 1980-511X

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde – A ótica da proteção do consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHULZE, Clenio; NETO, João Pedro Gebran. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em 20 fev. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1657156 / RJ (2017/0025629-7). **Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe: 21/09/2018**. STJ, 2018. Disponível em < 51.https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87894339&num_registro=201700256297&data=20180921&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 19 fev. 2019

Recebido em: 23/10/2019.

Aprovado em: 23/11/2019.