

.....

Juíza Federal da 19ª Vara da Seção Judiciária do Ceará; Mestre em Justiça Administrativa com área de concentração em Saúde Coletiva pela Universidade Federal Fluminense – UFF; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV

Na qualidade de direito de prestacional, a saúde imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas concretas com vistas ao fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, no último caso, torna o indivíduo, ou a pró-

pria coletividade, credor de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.⁷

No afã de ver reconhecida a efetividade deste direito, diversas demandas foram paulatinamente ajuizadas com vistas a retirar do art. 196 da Constituição a eficácia necessária para obrigar o Poder Público a adotar medidas concretas necessárias à proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, bem como a formular e implementar políticas sociais e econômicas que garantam a todos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Este movimento teve início com provocações advindas de um movimento deflagrado pelos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), que, por intermédio dos serviços de assistência jurídica de ONGs,⁸ pleitearam junto ao Poder Judiciário o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público.⁹

De uma posição *a priori*, contingente e tímida, restrita a algumas hipóteses de fornecimento de antirretrovirais a portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) no início dos anos 90,¹⁰ a atuação judicial logo se estendeu para conceder fármacos para o tratamento de outras moléstias, além de várias medidas e terapias em diversos casos.

Conforme registram João Maurício Brambati Sant'Ana, Vera Lúcia Edais Pepe, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Miriam Ventura

[...] o número de ações movidas contra o Estado pleiteando medicamentos vem crescendo acentuadamente nos últimos anos no Brasil (3–8). Se no início dos anos 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, hoje o perfil das ações é bem mais diversificado, abrangendo medicamentos para as mais variadas indicações terapêuticas[...].¹¹

Tal fenômeno provoca profundas reflexões e sérias divergências.

De um lado, trabalhos acadêmicos e opiniões de ordens diversas procuram destacar o decisivo papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde da população, em razão da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo.¹²

Como evidência ilustrativa desta asserção, mencionam que as ordens judiciais concessivas de antirretrovirais foram um dos maiores instrumentos de pressão para a criação da Lei nº 9.313/96, que garante a distribuição universal e gratuita destes medicamentos, fazendo com que

o Programa Nacional DST/AIDS seja hoje visto mundialmente como modelo de assistência e atenção aos pacientes HIV/AIDS.¹³

De outro lado, elaboradores e executores das políticas públicas, assim como parcela da comunidade acadêmica,¹⁴ manifestam preocupação com aquilo que entendem como uma indevida “intromissão judicial” na organização do sistema público de saúde. Para justificar sua posição, apontam o impacto financeiro produzido pela concessão indiscriminada de medicamentos, em prejuízo das políticas de saúde previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda a coletividade.

Há, ainda, aqueles que adotam posição intermediária. Admitem que as demandas judiciais são um importante instrumento de garantia da efetivação do direito à saúde, mas ponderam, no entanto, que esta via não pode ser considerada como principal instrumento deliberativo e alocativo na gestão do Sistema Único de Saúde.¹⁵

Em meio a esta profusão de ideias, o Poder Judiciário se vê pressionado sob o peso do desafio de resolver o complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, e a escassez dos recursos do orçamento.¹⁶

É neste ambiente repleto de complexidades e sutilezas que se desenvolvem estas reflexões. Com o objetivo de analisar o fenômeno da judicialização da saúde e avaliar os seus efeitos à luz dos fundamentos constitucionais dos Direitos Sociais e da análise prospectiva proposta pela Teoria dos Jogos, realizou-se estudo bibliográfico e pesquisa documental que resultaram na análise que se verá a seguir.

1. OS DIREITOS SOCIAIS: ORIGEM E FUNDAMENTO

Consoante a doutrina de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais do homem são históricos. Seu nascimento e evolução sempre são produto do desenvolvimento gradual do Direito e do Estado, mediante as lutas do homem em defesa de novas liberdades contra velhos poderes.¹⁷

Enquanto os direitos liberais clássicos do século XVIII decorreram de uma luta contra os abusos da monarquia absolutista, oferecendo-se ao indivíduo a garantia da liberdade, da isonomia formal, e da proteção contra a intervenção do Estado, “os movimentos sociais do século XIX buscavam aprofundar essa transformação em termos de proporcionar uma vida melhor para as

peças, "18 oferecendo-se ao indivíduo uma isonomia e uma liberdade não apenas formais, mas também materiais.19

Assim é que, conforme Fábio Konder Comparato, os direitos sociais surgiram, historicamente, "como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna."20

Essa igualdade material que, nas palavras do general mexicano Álvaro Obregón (1880-1928) "tem como alvo principal estender a mão aos de baixo para buscar um maior equilíbrio entre capital e trabalho,"21 foi o grande propósito que ensinou a origem e até hoje serve de fundamento para os direitos sociais, os chamados direitos fundamentais de segunda geração.22

Com efeito, o Estado de Direito burguês dos séculos XVIII e XIX albergou, na teoria política, direitos fundamentais ancorados nas premissas teóricas do pensamento liberal: o homem visto como um ser dotado de livre-arbítrio, essencialmente social, cujas relações *lato sensu* seriam relações de troca.23

Para a ruptura dos dogmas absolutistas, os direitos fundamentais foram estabelecidos como limites intransponíveis e legitimadores da ação do Estado, ao qual se estabeleceu um dever geral de não agir.24 A liberdade significava, assim, a não intervenção do Estado nas relações privadas, especialmente nas relações de mercado, a fim de que as noções de trabalho e de sucesso pessoal propiciassem o amplo exercício dos direitos.25 Já a igualdade, segundo a concepção liberal burguesa, seria o espaço para o desenvolvimento dos méritos pessoais; mais que isso, seria o império da autonomia individual.26

Os governos liberais positivaram, assim, direitos que cumpriram, na essência, papéis antagônicos: de um lado, deixaram à margem de uma proteção material e efetiva inúmeros segmentos sociais, que inclusive foram aliçados da participação política; de outro viés, a ideia de um Estado juridicamente limitado fecundou possibilidades futuras para a própria contestação.27 Sob o peso de tais fatos, o pseudovirtuosismo do mercado começou a desmoronar, explicitando contundentemente as primeiras pechas do pós-Revolução Industrial: a exploração de trabalhadores, o crescente aguçamento da pobreza e a inevitável exclusão social.28

Conforme assinala Sueli Dallari, "a industrialização mudou rapidamente a face da terra: criou nova classe social, transferiu o fulcro da vida social para as cidades e aproximou cada vez mais

as pessoas por diversos meios de comunicação". Tal fenômeno foi gradativamente fazendo com que as pessoas de sensibilidade percebessem "que a afirmação de direitos não garantia a paz social porque a maioria das pessoas não tinha condições para exercer esses direitos."29

Distantes da vida cotidiana e próximas do poder do Estado, as cartas políticas liberais pouco fizeram para mudar este quadro.30

Oprimidos em um estado de exceção agravado pela Primeira Grande Guerra, homens e mulheres passaram, então, a reivindicar a democratização da própria liberdade e igualdade, por meio de lutas pela intervenção do Estado para materializar direitos mediados por ações de governos expressas em serviços públicos de saúde e educação, assim como em políticas de pleno emprego.

Um dos produtos destas reivindicações foi a Revolução Soviética de 1917, que produziu um modo institucional novo e concreto, expresso na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado,31 que trouxe mudanças radicais no campo socioeconômico e político,32 fazendo com que direitos sociais e organização social se fundissem ao extremo.33

Sob a influência refletida de algumas ideias deste movimento, iniciou-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 191734 e a Constituição Alemã de 1919,35 o chamado constitucionalismo social, assim entendido como "o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países."36

Sob a égide do constitucionalismo social, as discussões envolvendo a saúde ganharam maior dimensão, culminando com a sua consagração como direito humano na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Segundo tal diploma, todos têm "direito a um padrão de vida que assegure saúde e bem-estar."

Daí se conclui que, de fato, os direitos sociais não são "dávias filantrópicas da sociedade", mas apenas e naturalmente o desdobramento do Princípio da Igualdade, e outro escopo não têm senão o de assegurarem as liberdades que os despossuídos não podem ter no mesmo nível e extensão de seus co-cidadãos, com base em uma igualdade material. Segundo Maurício Caldas Lopes, estas ideias de liberdade e de justiça justa passam, "necessariamente, pelo direito fundamental à saúde, setor em que mais e fazem sentir as desigualdades que comprometem toda a ideia de liberdade real ou factual."37

Assim, como resposta ao elitismo e à indiferença do Estado de Direito burguês ante as explorações e angústias sociais, surge o Estado de Direito do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, que passa a albergar, na Teoria Política, direitos fundamentais ancorados nas premissas teóricas da justiça social, da solidariedade e do universalismo.

Consoante este novo modelo, “a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado,”³⁸ o qual, mediante a intervenção nos domínios econômico e social, tem a missão de garantir “uma igualização das oportunidades decorrentes de se garantirem a todos as condições mínimas de vida.”³⁹ A igualdade, por sua vez, passa a ser dever do Estado, que tem de a promover como ideal de justiça distributiva.

Com isso, o poder estatal, antes balizado por um dever de abstenção, assume a responsabilidade de agir ativamente para suprir as necessidades básicas dos indivíduos, e assegurar e promover a igualdade de tratamento com relação aos direitos trabalhistas e previdenciários, à saúde, educação, moradia, cultura e lazer, com vistas a proporcionar uma vida digna a todos.⁴⁰

Esse Estado intervencionista, que deve agir na busca do bem-estar e da justiça social, é a síntese do século XX, assim como o liberalismo é a tese que predominou no século XVIII, e o socialismo sua antítese do século XIX.^{41 42}

2. DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL PROTEGIDO SOB A ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Conforme assinalam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchitiner Figueiredo, “a consagração constitucional de um direito à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, ligando-a, neste ponto, ao constitucionalismo social do pós-Segunda Guerra.⁴³

Sob a inspiração deste movimento histórico, a Constituição Federal brasileira não só previu expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º),⁴⁴ especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros),⁴⁵ como não fez distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88).^{46 47}

Vê-se, pois, que os direitos sociais foram acolhidos pela Ordem Constitucional de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição o previu no seu artigo 6º, no rol dos direitos fundamentais sociais, além de estabelecê-lo em mais detalhes nos artigos 196 e seguintes como “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.”⁴⁸

Antes de 1988, a proteção do direito à saúde no Brasil era regida por um modelo “campanhista,”⁴⁹ que apenas considerava a saúde pública como dever do Estado – no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que submetessem a risco a saúde da coletividade.⁵⁰ As ações públicas curativas, quando existentes, limitavam-se às categorias profissionais que contribuíam para os institutos de previdência – os conhecidos IAPs.⁵¹ Não havia, no entanto, uma saúde pública universalizada em sua dimensão curativa, ficando a assistência da maioria da população relegada aos serviços privados e à caridade.

Ao estabelecer a saúde “como um direito de todos”, a Constituição consagrou, assim, uma valiosa conquista em termos de alargamento do âmbito de proteção deste direito. Pela redação do aludido artigo 196, o acesso às ações de saúde não mais seria assegurado apenas aos trabalhadores com vínculo formal, mas à universalidade das pessoas: todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares das políticas sociais e econômicas, assim como das ações e serviços responsáveis pela promoção, proteção e recuperação do direito à saúde.⁵²

Além disso, com a Ordem Constitucional de 1988, a proteção à saúde passou a abranger, além das ações de saúde coletiva e das ações curativas individuais, medidas de promoção do estado de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos, sob os aspectos curativo, preventivo e promocional, de acordo com o conceito internacional de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS).⁵³

O conceito proposto pela OMS supera o enfoque estritamente negativo da saúde como a “ausência de enfermidades”, propugnando o aspecto positivo da obtenção do estado de completo bem-estar físico, mental e social. Com isso, prestigia-se a ideia de qualidade de vida, expressa através

de “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva”.⁵⁴

Na mesma direção, Sarlet equipara vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana:

[...] o completo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.⁵⁵

Esta vinculação indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal⁵⁶), juntamente com o seu papel de corolário do direito à vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal⁵⁷) é que conferem ao direito à saúde uma fundamentalidade em sentido material – para além da fundamentalidade formal⁵⁸ –, revelando a sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Esta fundamentalidade “se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –”⁵⁹ assim como para a garantia das condições necessárias à dignidade humana e da fruição dos demais direitos, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.

Esta asserção encontra eco na obra de Lenir Santos, para quem “a saúde tem dimensão que transcende a sua positivação no ordenamento jurídico, por ser considerada uma das condições essenciais para o exercício das liberdades humanas e ser inerente à pessoa humana.”⁶⁰

Ultrapassando a condição de direito fundamental, a saúde, como típico direito social que é, encerra, como reverso, um dever fundamental de efetivação por meio de uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), assim como de um postulado de proteção (*Schutzgebote*).⁶¹

Ancorado nesta premissa, Sarlet destaca a dupla dimensão – defensiva e prestacional⁶² – deste direito. A de teor defensivo objetiva resguardar o titular do direito à saúde contra ingerências ou agressões que interfiram ou ameacem a fruição de seu completo bem-estar físico e mental. A dimensão prestacional, de seu turno, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas concretas com vistas ao fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credor de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.⁶³

As dimensões defensiva e prestacional, ademais, guardam pertinência com os aspectos individual e coletivo da saúde, conforme expõe Sueli Dallari.⁶⁴ Ela conecta o primeiro aspecto – individual – à ideia de preservação da liberdade exclusiva, enquanto o aspecto coletivo está ligado à promoção da igualdade real.

Como direito individual, o direito à saúde privilegia o valor liberdade, garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha do tipo de relação que terá com o meio ambiente, a cidade onde vive, as próprias condições de trabalho, o tipo de vida que pretende para si. Também abrange a liberdade de opção do recurso médico-sanitário a ser procurado e do tipo de tratamento a se submeter; e, em sentido oposto, mas complementar, significa que o profissional médico tem liberdade de escolha da linha terapêutica que considere mais adequada ao tratamento do doente.⁶⁵

No que concerne ao aspecto coletivo ou social do direito à saúde, Dallari reconhece a prevalência do valor igualdade, justificando a imposição de limitações a comportamentos humanos, com intuito de preservação da saúde de todos os que vivem em sociedade, pois a ninguém é permitido induzir outrem a adoecer, tampouco impedir que alcance o próprio bem-estar.⁶⁶

A propósito desta abordagem, defende Lenir Santos, ainda, uma igualdade material calcada na premissa de que a Constituição, além de garantir o direito à saúde, por meio do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas que evitem o risco de doenças, ainda exige, em seu artigo 3º,⁶⁷ que sejam diminuídas as diferenças sociais e erradicadas a pobreza e a marginalização. Segundo ela, tais preceitos reclamariam uma atitude estatal desenvolvida a tal ponto que seus cidadãos tenham oportunidades iguais para a conquista de seu bem-estar, cada um na medida de seus desejos, anseios, esforços e capacidades individuais, e que o desenvolvimento econômico venha minimizar as desigualdades na busca de oportunidades.⁶⁸

Assim, em razão da igualdade de oportunidades que elimine os privilégios que “tornam alguns ‘mais iguais’ que outros,”⁶⁹ haverá mais condições sociais para que todos gozem igualmente de saúde. Isso evita que os menos favorecidos tenham menores chances de viver uma vida de qualidade e com saúde. Enquanto o caminho da igualdade de oportunidades é trilhado, deve-se, segundo a autora, pensar nas medidas concretas de promoção à saúde como um *meio* de garantir a dignidade de vida.⁷⁰

Esta importância da promoção da igualdade material mediante a coordenação entre políticas

sociais *lato sensu* e de políticas e ações de saúde foi objeto de destaque no discurso proferido pela Presidente Dilma Rousseff, na manhã do dia 19 de setembro de 2011, durante a Reunião de Alto Nível sobre Doenças Crônicas Não Transmissíveis, na Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York. Segundo ela, é “fundamental” aliar políticas de saúde a programas de desenvolvimento social.⁷¹

Resta indene de dúvidas, assim, que “está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde, visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e as justiças sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas,”⁷² como anota Sebastião Tojal.

3. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Ao historiar a produção jurisprudencial no Brasil sobre a interpretação e concretização do direito à saúde na Ordem Constitucional de 1988, verificam-se claramente a sua evolução e divisão em duas fases. A primeira, que vai do advento da Constituição até meados da década de 1990, reflete uma atitude judicial ainda atrelada ao paradigma constitucional anterior e à velha hermenêutica silogística e dedutivista, de inspiração positivista e liberal. A segunda, que teve início em meados da década de 1990 e permanece até os dias atuais, revela uma atuação jurisdicional mais ativa na interpretação do direito à saúde, posição alinhada aos ditames da Carta de 1988 e à nova hermenêutica concretista dos direitos fundamentais, de inspiração pós-positivista e democrático-social.

Com efeito, malgrado a explicitação constitucional da aplicabilidade imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º),⁷³ até meados da década de 1990, juízes e tribunais superiores sufragavam o entendimento de que o direito à saúde estaria consubstanciado em norma meramente programática, de eficácia limitada. Deste preceito não surgiram direitos subjetivos a serem exigidos de forma direta e imediata por intermédio do Poder Judiciário, mas apenas diretrizes jurídicas, que necessitariam da mediação dos poderes constituídos – sobretudo do Poder Legislativo – para a sua plena realização nas relações concretas.

Servindo como um dos principais fundamentos para o entendimento jurisprudencial então vigente, uma obra de José Afonso da Silva leciona que, por constituir uma espécie de norma de princípio programático, a proteção à saúde é aco-

lhida apenas “como programa a ser realizado pelo Estado, por meio das leis ordinárias ou de outras providências.”⁷⁴ Em razão disso, consoante pensa o autor, ela não confere aos beneficiários dos interesses nela consubstanciados o poder de exigir sua satisfação, não podendo ser realizadas antes que o legislador cumpra o dever de completá-las por meio da legislação integrativa.⁷⁵

Ilustrativo deste pensamento doutrinário e jurisprudencial é o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1995/0068782-8 (RMS 6564 / RS),⁷⁶ em cujos autos aquela Corte negou o pedido do impetrante, um menor portador de “síndrome da hipoventilação alveolar central”, para que o Governador do Estado do Rio Grande do Sul fosse compelido a fornecer-lhe aparelho marcapasso indispensável à sua sobrevivência.

Dos fundamentos da aludida decisão sobressai o entendimento de que as normas meramente programáticas – gênero do qual a norma que consubstancia o direito à saúde é espécie – protegem um interesse geral, mas não conferem aos seus beneficiários o poder de exigir pela via judicial a sua satisfação. Para tanto, seria necessário que antes o legislador exercesse o múnus de densificar o direito por meio da legislação integrativa. Enquanto não o fizer, faltará ao cidadão o direito subjetivo público ao exercício do direito.

Nesse ambiente, conforme as reflexões promovidas por José Cretella Junior, a norma jurídica constitucional que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado⁷⁷ não consubstanciaria, na verdade, “um direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas.”⁷⁸ Para ele, nestes casos, “O Estado *deve*, mas o *debet* tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o *bonus administrator* procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado.”⁷⁹

Este entendimento fazia com que o direito à saúde se transformasse, assim, em uma “mera ilustração constitucional”, nas palavras de Pinto Ferreira.⁸⁰

Este quadro, no entanto, começou a ser objeto de profundas alterações em meados da década de 1990.

Acolhendo as ideias de normatividade e imperatividade das normas constitucionais, os juízes e tribunais brasileiros foram, gradativamente, retirando do art. 196 da Constituição a eficácia necessária para obrigar o Poder Público a adotar medidas concretas necessárias à proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, bem assim a formular e implementar políticas sociais e econômicas que ga-

rantam a todos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Desde então, a norma jurídica constitucional que dispõe sobre a saúde não seria mais um expediente de mera admoestação, mas instrumento de vinculação do administrador público à execução das medidas e programas estabelecidos na Constituição.

As primeiras manifestações judiciais deste novo pensamento decorreram de provocações advindas de um movimento deflagrado pelos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), que, por intermédio dos serviços de assistência jurídica de ONGs,⁸¹ ajuizaram diversas ações judiciais, solicitando o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público, especialmente o *indinavir*, o *saquinavir* e a *zidovudina*.⁸² Estas drogas, indispensáveis para a garantia de sobrevivência destes pacientes, já tinham sido liberadas nos Estados Unidos, mas não eram ainda disponibilizadas nas unidades de saúde pública brasileiras.⁸³

Tendo por fundamento o direito fundamental à saúde insculpido no art. 196 da Constituição Federal, diversos juízes e tribunais foram gradativamente concedendo tais medidas, obrigando o Poder Público a fornecer o “coquetel” de medicamentos inibidores da protease, capazes de impedir o HIV de se reproduzir.⁸⁴

Pesquisa realizada por Paulo Gilberto Cogo Leivas⁸⁵ aponta que a primeira decisão sobre fornecimento de medicamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal data de 29/06/1999. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 242859,⁸⁶ em cujos autos a Primeira Turma da Corte não conheceu a pretensão recursal do Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que lhe impôs a obrigação de fornecer a uma portadora do vírus HIV os medicamentos indispensáveis ao seu tratamento, os quais não tinha condições de adquirir por meios próprios.

O fundamento da decisão, no entanto, não se extraiu diretamente do texto da Constituição Federal, mas da Lei nº 9.908/93, por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes.

Em razão disso, considera a doutrina⁸⁷ que, malgrado tenha sido este o primeiro acórdão sobre fornecimento de medicamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o *leading case* acerca da nova jurisprudência nacional sobre o direito à saúde somente seria estabelecido no julgamento

do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS,⁸⁸ publicado aos 24/11/2000.

No julgamento deste recurso, a Segunda Turma do STF, à semelhança do Recurso Extraordinário nº 242859, ratificou decisão que estabeleceu a obrigação solidária do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul a fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos de pacientes destituídos de recursos financeiros necessários para custeá-los.

Ocorre que o fundamento, desta vez, não adveio da Lei nº Estadual 9.908/93, mas diretamente do texto da Constituição Federal.

Reconheceu a Turma que o direito à saúde, em virtude da previsão no art. 196 da Constituição e por ser consequência indissociável do direito à vida, constitui um direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado, e pelo qual o Poder Público tem o dever de velar, de maneira responsável, sob pena de incidir, por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.⁸⁹

Nesta asserção, encontram-se as grandes mudanças de paradigma na transição da jurisprudência brasileira para o novo modelo de interpretação e concretização constitucional. Ela representa o reconhecimento, no âmbito do intérprete maior da Constituição, da eficácia direta e imediata do direito fundamental à saúde, com aptidão e força para ensejar a sua efetivação pela via judicial.

Além disso, por meio de tal decisão acolheu o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do direito à saúde, o entendimento de que o papel do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade e da supremacia da Constituição não se restringe ao papel de “legislador negativo”, mas abrange, também, a coibição das omissões abusivas e injustificadas dos Poderes Legislativo e Executivo em suas funções típicas.

Ancorado nestas premissas, o acórdão também afastou expressamente a ideia de “programaticidade” da norma inscrita no art. 196 da Constituição como obstáculo à exigibilidade e efetividade do direito nela consubstanciado. Conforme assinalado no voto proferido pelo Ministro Relator,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira

ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁹⁰

No primeiro momento restritos à concessão de medicamentos aos portadores do vírus HIV, estes fundamentos logo se estenderam para obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos referentes a diversas enfermidades, assim como tratamentos e exames específicos. Fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores de “esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio,”⁹¹ fornecimento gratuito de medicamento a paciente portadora de patologia neurodegenerativa rara – “NIEMANN-PICK TIPO C,”⁹² custeio de tratamento médico no exterior a fim de evitar a evolução de doença ocular progressiva – “retinose pigmentária,”⁹³ são apenas alguns exemplos de pedidos concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em diversas demandas ajuizadas com vistas à concretização do direito à saúde.

Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal identificou um direito subjetivo à saúde, para cuja implementação há o dever fundamental de prestação por parte do Estado – União, estados, Distrito Federal e municípios – conforme a competência comum prevista no art. 23, II, da Constituição Federal.⁹⁴

Segundo o Excelso Pretório, União, estados, Distrito Federal e municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, distrital, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.⁹⁵ Assim, independentemente da divisão administrativa de competências estabelecidas na Lei nº 8.080/90 e nas Portarias GM/MS nº 3.916/98, GM/MS nº 2.577/06, GM/MS nº 2.583/07, e GM/MS nº 3.237/07, todos os entes federativos são solidariamente responsáveis pela concessão dos medicamentos necessários ao tratamento e à recuperação da saúde das pessoas.

Conforme destacam João Maurício Brambati Sant’Ana, Vera Lúcia Edais Pepe, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Miriam Ventura, este “fenômeno social e jurídico do aumento dessas demandas tem sido chamado de judicialização da saúde”, e se “expressa, principalmente, em demandas judiciais por medicamentos.”⁹⁶ Segundo os autores

[...] o número de ações movidas contra o Estado pleiteando medicamentos vem crescendo acentuadamente nos últimos anos no Brasil

(3–8). Se no início dos anos 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para o tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, hoje o perfil das ações é bem mais diversificado, abrangendo medicamentos para as mais variadas indicações terapêuticas[...].⁹⁷

Destaca Luís Roberto Barroso que este foi o caminho encontrado pelos pacientes para buscar a efetivação de seu direito à saúde e à vida, tendo como suporte os princípios regrados na Constituição Federal do Brasil do ano de 1988.⁹⁸

Segundo ele, nos últimos anos, no Brasil, “a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade, sendo jurisprudência acerca do direito à saúde um exemplo emblemático desta assertiva”. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente prestações com vistas à efetivação do direito à saúde em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada deste direito.⁹⁹

3.1 Efeitos e reações

Estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2011 revela que tramitam, no Judiciário brasileiro, mais de 240.980 processos judiciais na área de saúde – as chamadas demandas judiciais da saúde.¹⁰⁰

Tais números refletem um somatório das ações ajuizadas nos tribunais de justiça – à exceção dos Tribunais de Justiça do Amazonas, da Paraíba e de Pernambuco – e nos tribunais regionais federais com vistas ao acesso a medicamentos e a procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como vagas em hospitais públicos. Cobrem, ainda, em reduzida proporção, ações diversas movidas por usuários de seguros e planos privados junto ao setor.

Segundo o levantamento,¹⁰¹ os cinco tribunais de justiça com maior número de processos na área de saúde são o do Rio Grande do Sul, com 113.953 processos, o de São Paulo, com 44.690 processos, o do Rio de Janeiro, com 25.234 processos, o do Ceará, com 8.344 processos, e o de

Minas Gerais, com 7.915 processos. Dentre os cinco tribunais regionais federais, por sua vez, destacam-se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abrange os três estados da Região Sul do Brasil, com 8.152 processos, e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que cobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, com 6.486 processos.

Este elevado número de demandas provoca questionamentos e reflexões na comunidade jurídica, e profunda revolta dos gestores públicos. Isto porque, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania e para a realização do direito fundamental à saúde,¹⁰² de outra parte o elevado número de ordens judiciais enseja grandes impactos financeiros à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, em prejuízo das políticas de saúde já previamente instituídas e planejadas com o objetivo de atender a toda a coletividade.

Apenas para exemplificar, ilustrando a situação da unidade federativa responsável pelo maior número de demandas judiciais de natureza sanitária, consta que metade de todo o orçamento destinado à saúde no Estado do Rio Grande do Sul é consumido no cumprimento de decisões judiciais, cujo montante saltou de R\$ 9 milhões em 2005 para R\$ 22 milhões em 2006.¹⁰³

Já em âmbito federal, aponta-se que, de janeiro a julho de 2008, o Governo gastou diretamente R\$ 48 milhões com ações judiciais para a aquisição de medicamentos. Em três anos, o aumento chegou a 1.920%, quando considerado que, em 2006, o gasto foi de R\$ 2,5 milhões de reais.¹⁰⁴

Mais recentemente, em 28/04/2011, noticiou o jornal "O Estado de São Paulo"¹⁰⁵ que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% (cinco mil por cento) de 2005 a 2010. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010.

Diante deste quadro de "crescente incerteza que desreguladas decisões judiciais introduzem nas execuções orçamentárias estaduais,"¹⁰⁶ federais, distritais e municipais, gestores públicos e representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) passaram a buscar opções que viabilizassem a racionalização do sistema judicial de concessão de decisões liminares que obrigaram os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde.

Imbuído deste propósito, e ancorado nas reflexões promovidas por estes profissionais no Seminário "O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais", realizado em Porto Alegre – RS nos dias 09 e 10 de julho de 2005, o senador Tião Viana apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 219/07, que altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e dispõe que a oferta de medicamentos e procedimentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pela via judicial, seja feita com base nas diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS (Ministério da Saúde) em protocolo clínico para a doença a ser tratada.

Após alguns anos de tramitação, o Projeto de Lei foi apreciado pelo Congresso Nacional. Sua base formal original foi rejeitada, mas o seu conteúdo material, com algumas breves alterações, passou a compor o texto da Lei nº 12.401, de 29 de abril de 2011.¹⁰⁷

Esta lei, que entrou em vigor no dia 19 de outubro de 2011, estabelece que a obrigatoriedade do SUS de prestar assistência terapêutica, mesmo na via judicial, se restringe à dispensação de medicamentos cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS. Além disso, estabelece que oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, obedeça às tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Conquanto sua questionável constitucionalidade – na medida em que pretende limitar o raio de apreciação e atuação jurisdicional nas demandas de saúde, desobediente ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁰⁸) – esta lei é uma representação do tensionamento entre a atuação jurisdicional nas demandas de saúde e o poder dos governos de administrar as políticas de saúde dentro das suas possibilidades orçamentárias.

Este estado de tensão também é objeto de preocupação dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Atento à existência de milhares de ações sobre fornecimento de medicamentos tramitando em todas as instâncias do Judiciário sem uma jurisprudência uniforme a respeito, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela existência de repercussão geral na discussão travada nos autos do RE n. 566.471-6/RN, e determinou a suspensão

de todas as demandas judiciais que versem sobre o tema em todos os órgãos jurisdicionais do País.

No encalço do Excelso Pretório, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o processamento, como recurso repetitivo, de um Recurso Especial interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, no qual se discute a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos específicos, de alto custo, a pessoas individualizadas (Recurso Especial nº 1102457).¹⁰⁹ Sua apreciação aguarda o julgamento da repercussão geral reconhecida pelo STF.

Igualmente atento à situação do elevado número de demandas em tramitação no Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação 31, de 30 de março de 2010,¹¹⁰ conclamando os tribunais do País a adotarem uma série de medidas com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Além disso, pela Resolução 107, o CNJ instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde.¹¹¹ Tal grupo tem por objetivo elaborar estudos e propor medidas e normas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como aqueles relacionados ao fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, internações e o monitoramento de ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Com vistas a discutir e esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre a saúde, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou ainda audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde. O evento foi realizado nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 04, 06 e 07 de maio de 2009, ocasião na qual foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS.¹¹²

Dos estudos e debates empreendidos, o Ministro retirou algumas conclusões que passaram a consubstanciar uma série de critérios a serem utilizados pelos julgadores ao apreciarem as demandas de fornecimentos de medicamentos pelo Poder Público, contribuindo, assim, para a racionalização do problema da atuação judicial desordenada na área de saúde.

Tais parâmetros foram expressos pela primeira vez no julgamento monocrático proferido por

Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175.¹¹³ Tal decisão tem sido considerado o referencial mais importante no julgamento das demandas de saúde pelos juízes e tribunais de todo o Brasil, contribuindo, assim, para uma racionalização daquilo que alguns autores chamam de “judicialização excessiva”¹¹⁴ na área da saúde.

É de se pontuar, no entanto, que malgrado o enorme valor dos aludidos critérios e parâmetros, o seu enfoque se desenvolve sob três perspectivas centrais: distribuição de competências legais e constitucionais para a organização das políticas de saúde; avaliação da eficiência no exercício destas competências; e controle de segurança dos medicamentos.

A questão, no entanto, envolve outras variáveis. Solicita, dentre outras, uma reflexão do fenômeno da judicialização da saúde sob uma ótica prospectiva que analise o direito à saúde sob a ótica da teoria do custo dos direitos e da necessária alocação de recursos limitados com vistas à implementação da igualdade real que norteia os direitos sociais. Importante instrumento para tal reflexão é a chamada “Teoria dos Jogos”.

4. TEORIA DOS JOGOS, O CUSTO DOS DIREITOS E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS NA ÁREA DE SAÚDE

Embora alguns estudos sobre “la théorie du jeu” tenham sido publicados pelo matemático francês Émile Borel em 1921, é ao matemático húngaro Jancsi von Neumann que se atribui a origem da Teoria dos Jogos.¹¹⁵

Ela foi aplicada pela primeira vez na área bélica, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, como paradigma para entender e propiciar a tomada de decisões. Recentemente, o interesse em seus preceitos foi reavivado e estendido a outras áreas do conhecimento, em decorrência da atribuição de prêmios Nobel de Economia a alguns dos seus novos expoentes: John C. Harsanyi, John Nash e Richard Selten, em 1994, pelo desenvolvimento da Teoria do Equilíbrio em jogos não cooperativos; e James A. Mirrlees e William Vickery, em 1996, por sua contribuição à Teoria dos Incentivos sobre a regra da assimetria das informações.

Von Neumann entende como jogo uma situação de conflito em que dois (ou mais) indivíduos interagem, e alguém precisa fazer uma escolha, sabendo que há outros, ao mesmo tempo, também em processo de escolha. Ele demonstra matematicamente que sempre há um curso racional, uma estratégia de ação para os jogadores.

Com arrimo na análise destas estratégias, a Teoria dos Jogos procura identificar as regras do jogo (lógica da situação em que estão envolvidos os jogadores), e com isso ajuda a prever as linhas de ação que cada um dos agentes em conflito pode adotar e os possíveis resultados decorrentes de cada uma.

Para ilustrar o modo como opera esta teoria, Merrill Flood e Melvin Dresher formularam em 1950 uma historieta que foi, anos mais tarde, desenvolvida por Albert W. Tucker e publicada sob o título de "O dilema do prisioneiro."¹¹⁶

Segundo ela, dois indivíduos conspiram para cometer um crime. Detidos fora do local do delito, são conduzidos à delegacia e encaminhados a celas separadas, onde permanecem incomunicáveis. A autoridade policial promove a investigação, e conclui que as provas contra eles são escassas.

Decide o delegado, então, propor a cada um dos suspeitos o seguinte acordo: se ele confessar o roubo e seu parceiro não confessar, ele será libertado em decorrência de sua cooperação com a polícia, enquanto seu parceiro (que não confessou) irá amargar quatro anos na penitenciária estadual. Se, ao contrário, ele não confessar, mas seu parceiro o fizer, será ele a enfrentar os quatro anos na penitenciária estadual, enquanto o seu parceiro será libertado. Caso ambos confessem, a cooperação de cada um deles perde o valor como denúncia do comparsa e ambos enfrentam uma pena de dois anos na prisão estadual (sanção inferior aos quatro anos, em virtude da confissão de ambos). Finalmente, embora a polícia não os informe a respeito, eles sabem que se nenhum dos dois confessar, ambos serão soltos após um ano de detenção, por vadiagem.¹¹⁷

Analisando estrategicamente as opções de cada acusado, percebe-se que a melhor decisão individual é confessar, já que, ao agir assim, haverá pelo menos dois anos a menos de prisão, independentemente do que o outro prisioneiro fizer. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: nenhum confessa, e ambos permanecem reclusos pelo tempo mínimo. Tal cooperação, entretanto, não é possível, já que eles não podem se comunicar.

Como não sabem e tampouco têm controle sobre o que o outro vai fazer, acabam confessando – ambos. O resultado para os dois é uma pena de dois anos.

Tal formulação é utilizada para demonstrar que em determinados processos de interação estratégica, o fato de cada jogador buscar o melhor para si leva a uma situação que não é melhor para todos.

Esta mesma conclusão foi alcançada pelo biólogo **Garrett Hardin**, ao **demonstrar** os efeitos negativos gerados pela reprodução de condutas não cooperativas em ações coletivas.

Imaginou ele a situação em que vários fazendeiros dividem um mesmo pasto para alimentar suas vacas. Analisando estrategicamente as suas opções, cada um dos fazendeiros percebe que a melhor opção individual é colocar o maior número possível de cabeças de gado no espaço comum. A melhor estratégia geral, no entanto, é a de cooperação: todos soltam um número menor de animais no pasto, e permanecem usufruindo os recursos de maneira sustentável.¹¹⁸

Preferem, no entanto, não cooperar. Como não têm conhecimento nem ingerência sobre o que os outros vão fazer, optam por maximizar os seus ganhos colocando mais vacas no pasto. O resultado para todos é o pior possível: destruição do pasto e morte dos animais.¹¹⁹

Esta elaboração deu origem ao conceito de "tragédia dos comuns", que foi assim resumido por **Hardin**:

Nisto está a tragédia. Cada homem está trancado em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limites - num mundo que é limitado. Ruína é o destino para o qual todos os homens correm, cada um perseguindo seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade dos **comuns**.¹²⁰

Estas ideias, a princípio utilizadas na área bélica e mais tarde no campo da Matemática e da Economia, são de grande valia também na área do Direito, em especial, no campo da judicialização dos direitos sociais. Representam um valioso instrumento de projeção dos efeitos gerados pela multiplicação de várias decisões individuais, proferidas em casos concretos nos mais diversos juízos e tribunais do País, sobre as relações sociais e econômicas da coletividade.

Com efeito, percebe-se que, malgrado tenha assumido o papel de concretizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário ainda permanece atrelado a uma formação de viés individualista, própria do Estado liberal. Tal formação lhe impõe uma espécie de "miopia cognitiva", que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto, à microjustiça da lide submetida à sua apreciação.

Suas novas funções, no entanto, lhe exigem outra formação, um novo olhar sobre as lides. A concretização dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, exige do julgador uma ampliação dos horizontes, uma capacidade de estimar

também a macrojustiça, de modo que a justiça do caso concreto seja sempre aquela assegurada a todos os que estão ou possam vir a estar em situação similar.¹²¹ Trata-se de um exercício argumentativo de abstração encontrado, em maior ou menor grau, na Pragmática universal habermasiana, expresso em seu princípio da universalização.¹²²

Não se pode olvidar de que a implementação dos direitos sociais exige a alocação de recursos, que são, por natureza, limitados. Sendo assim, para que a isonomia seja assegurada é necessário que o magistrado desenvolva uma visão pragmática centrada na análise dos efeitos prospectivos e concretos operados por parte de cada decisão judicial sobre a realidade sócio-econômica, sob pena de, com a multiplicação desordenada de demandas judiciais maximizadoras do espectro de proteção dos direitos, tornar impossível a realização do seu núcleo essencial para a coletividade.

Neste contexto, a teoria dos jogos revela que as demandas judiciais não são realidades insuladas, fatores anódinos sobre a realidade coletiva. Funcionam, sim, como estratégias ou linhas de ação adotadas por diversos agentes que interagem entre si, e que, como tal, têm o poder de contribuir sobre os rumos das relações de toda a coletividade.

No ambiente judicial, no entanto, “a tendência natural é fugir do problema, negá-lo.”¹²³ Conforme assinala Gustavo Amaral, o pensamento prevalente é o de que,

Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos “nem sempre bem empregados.”¹²⁴

É importante, contudo, que os julgadores sejam levados à consciência de que, independentemente do seu assentimento ou vontade, eles estão inseridos nesta teia de relações, neste sistema. Deferindo ou não a demanda, estarão eles interferindo nesta dinâmica. Isto é uma realidade inexorável.

Cumpra-lhes, portanto, tomar consciência do seu papel e assumir a responsabilidade de ser, mesmo nas demandas individuais, agentes com poder de interferir sobre as relações coletivas.

Para demonstrar a veracidade desta asserção, aplique-se a Teoria dos Jogos às ações de fornecimento de medicamentos.

Preveem os artigos 6º e 196 da Constituição o direito à saúde, impondo ao Estado o dever de garantir aos cidadãos as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Para implementar essa missão, dispõe o Estado de determinado volume de recursos. Trata-se, pois, de um bem jurídico coletivo, a ser usufruído por todos os cidadãos. Analisando estrategicamente as suas opções, cada um dos cidadãos, independentemente de sua condição financeira, percebe que a melhor escolha individual é exigir e usufruir do maior número possível de ações e serviços de saúde do Estado, mesmo que não previstos no rol das políticas estabelecidas, e qualquer que seja o seu custo. Como não têm conhecimento nem ingerência sobre o que os outros vão fazer, optam por exigir judicialmente todas as prestações que desejam, pois acreditam que o Estado, que possui um orçamento de enormes proporções, pode custeá-las sem nenhum problema. Ocorre que um número cada vez maior de pessoas age desta forma. Cada um, isoladamente, ajuíza uma demanda, pleiteando a melhor prestação de saúde possível. O resultado para a concessão destes diversos pleitos individuais – decorrentes de uma estratégia não cooperativa de cada um dos agentes – é o pior possível: o colapso do próprio sistema de saúde.

Tem-se aí, pois, um exemplo evidente de uma “tragédia dos comuns”, que pode ser gerada pela reprodução de condutas não cooperativas em ações que envolvem a coletividade na área da saúde pública.

Sob a luz da análise prospectiva apresentada pela Teoria dos Jogos, percebem-se, pois, os efeitos nocivos da redução do fenômeno da concretização judicial do direito à saúde a um silogismo simplista em que “a premissa maior é que *a saúde é direito de todos*”, a premissa menor é que “o paciente-autor-da-ação-que-eu-tenho-que-apreciar”¹²⁵ necessita de cuidados médicos, e a síntese é que “*logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá-o-que-for, custe-o-que-custar*,”¹²⁶ conforme sugere Gustavo Amaral.

Como bem destaca Daniel Wang, esse tipo de decisão ignora as próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide “que alguns ganharão sem pensar em quem perderá”. Segundo ele, “tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade.”¹²⁷

De fato, como imaginar que o Estado deva estar sempre e de forma ilimitada à disposição dos interessados, independentemente da verificação da sua condição individual, se, no Brasil, milhares de mães ainda morrem no momento do parto porque os hospitais públicos não as assistem de modo suficiente e adequado?¹²⁸ Se crianças morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico?¹²⁹ Se do total das causas mal definidas de óbito no Brasil no ano de 2003 (correspondentes a 13,3% de todos os óbitos), 53,3% corresponderam a mortes sem assistência?¹³⁰

Não se pode olvidar, nesta toada, que para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais o Estado precisa criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Com efeito, o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais ajuda a se ver claramente que os direitos são bens públicos: “contribuintes financiadores e governo de gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual.”¹³¹

Sendo tais recursos, por sua vez, limitados, depreende-se que as decisões alocativas para a efetivação do direito à saúde implicam *escolhas disjuntivas* de natureza financeira, ou, nas palavras de Guido Calabresi e Philip Bobbit, em *tragic choices*.¹³² Elas são feitas através de *trade-offs*: para implementar uma determinada prestação de saúde, outras prestações da mesma natureza restarão comprometidas.

Esta situação pode ser exemplificada com informações apresentadas pelo representante do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) no Seminário “O SUS, o Judiciário e o Acesso aos Medicamentos Excepcionais”. Segundo ele, no ano de 2003, os gastos com apenas 14 medicamentos de dispensação excepcional consumiram 63,7% das receitas do Ministério da Saúde para aquisição de medicamentos.¹³³

Isto revela, como corolário, que cada determinação judicial referente a uma prestação na área de saúde tem um *custo de oportunidade*, representando a alternativa escolhida em detrimento das outras opções por ela afetadas em um ambiente de escassez de recursos. Assim, “quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos.”¹³⁴

Relevante é destacar, neste ponto, que a existência – repita-se, a existência – desta escassez independe do volume de recursos destinado pelo

Estado para a concretização dos direitos: ela é ontológica, inerente à área financeiro-orçamentária. Isto não quer dizer, por certo, que maior destinação de recursos para a área da saúde pública no Brasil – que amarga as consequências nefastas do subfinanciamento¹³⁵ e da corrupção – não tornaria os efeitos dos *trade-offs* das decisões alocativas menos contundentes e os *custos de oportunidade* menores: havendo mais recursos na área da saúde, por certo menos prestações restariam comprometidas em razão da escolha pela implementação de um determinado direito.

Tenciona-se ressaltar, no entanto, é que, mesmo considerado um volume maior de recursos, aliado à ausência – ou ao menos a redução – de desvios ilegais, ainda assim haveria escassez, a demandar a atenção do aplicador da norma: mesmo neste ambiente, os recursos continuariam sendo finitos, ao passo que as necessidades e pretensões dos usuários permaneceriam, em contrapartida, infinitas.

Conforme assinala Gustavo Amaral, “Imaginar que não haja *escolhas trágicas*, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades (...) parece uma questão de fé”, no sentido bíblico: a certeza de coisas que se esperam, a convicção, de fatos que não se veem.¹³⁶

Inspirados por esta realidade, Stephen Holmes e Cass R. Sustein asseveram em termos bem contundentes: “Levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”¹³⁷. Em seguida, arrematam:

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. (...) Direitos são relativos, não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos, para a melhor compensação da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais (...) A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a efetividade dos direitos, como realizada nos Estados Unidos (e em outros lugares), é feita através de *trade-offs*, inclusive, *trade-offs* monetários. (...) As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo públi-

co, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes. (...) A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e outros valores sociais.¹³⁸

Daí porque defende Lenir Santos a necessidade de se promover uma racionalização das prestações abrangidas pelo escopo do direito à saúde, de modo a se definir que serviços o Estado deverá colocar à disposição da população: “Vai garantir tratamento no exterior? Exames sofisticados de prevenção, enquanto há absoluta necessidade de cuidar de programas que evitem a desidratação e a mortalidade infantil?”¹³⁹

Conforme destaca, estas escolhas requerem cada vez mais grave seriedade nas definições, em razão da escassez de recursos diante das crescentes demandas. “Sem critérios para a incorporação da infinidade de recursos tecnológicos hoje existentes – e que talvez sejam quase infinitos –, não haverá equidade na organização dos serviços de saúde. Uns terão, talvez, até o desnecessário, enquanto outros não terão nem o essencial”¹⁴⁰ – arremata.

5. HIPOSSUFICIÊNCIA DO POSTULANTE: UM CRITÉRIO RACIONALIZADOR DAS DEMANDAS DE SAÚDE INSPIRADO NA IGUALDADE MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Atentos à necessidade de executar a difícil tarefa de harmonizar o direito à saúde com o seu conteúdo integral e com todo o sistema em um ambiente de escassez, alguns estudiosos começaram a desenvolver um critério alocativo sanitário calcado no fundamento maior dos direitos sociais: a ideia de igualdade material.

É o caso de Guilherme Beux Nassif Azem. Segundo ele,

A ideia de igualdade material acompanha os direitos sociais. Dessa forma, há que se objetivar o acesso do maior número de pessoas aos bens disponíveis. Para concretizar tal postulado no campo do direito a saúde, em especial no fornecimento de medicamentos, o Estado somente deve atuar positivamente em relação àqueles que não ostentem condição de fazê-los por si sós.¹⁴¹

Consoante tal raciocínio, a concessão indiscriminada de medicamentos a quem pode adqui-

ri-los sem prejuízo da própria manutenção atenta contra a aceção distributiva de bens, ínsita aos direitos sociais. Em vez de distribuir, concentra-os ainda mais, desnaturando o acesso igualitário e universal do direito à saúde, da forma como previsto no art. 196 da Constituição Federal.

Exprime o autor, neste comenos, que não bastasse a própria interpretação sistemática do aludido dispositivo constitucional, “a Lei nº 8.080/90, em seu 2º, §2º, dispõe que ‘o dever do estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade,’”¹⁴² de onde se divisa que a “responsabilidade do Poder Público não é imediata, cabendo ao interessado esgotar as demais possibilidades antes de se voltar contra o Estado.”¹⁴³

Ancorado nestas premissas, defende, então, no que concerne ao objeto deste ensaio, que, na tarefa constitucional de possibilitar o acesso igualitário às ações de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as condições individuais dos cidadãos, somente determinando o fornecimento de medicamentos pelo SUS mediante a comprovação idônea da sua hipossuficiência.

Oportuno é registrar-se, neste ponto, que o conceito de hipossuficiência, na aceção empregada, não se confunde com pobreza. Significa, segundo o autor, “uma necessidade em face do caso concreto, consideradas todas as circunstâncias a ele concernentes.”¹⁴⁴

Nesta linha de intelecção, o simples fato de o indivíduo perceber razoável renda mensal, acima do padrão nacional, não implica que possa arcar com os custos de qualquer tratamento indispensável à preservação da sua saúde e da sua vida. Em casos tais, conforme entende Azem, “ainda que não se caracterize a pobreza, haverá a hipossuficiência.”¹⁴⁵

Tal raciocínio segue a linha conceitual do art. 1º da Lei Estadual nº 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.¹⁴⁶

Inspirado por este modelo, o critério alocativo de Azem predica, então, que, ao ajuizar uma demanda em face das pessoas jurídicas de Direito público requerendo o fornecimento de medicamentos, o postulante deve comprovar, de forma idônea, a sua hipossuficiência. Tal comprovação

pode ser feita pela via documental (mediante a juntada de cópia do contracheque e/ou declaração de imposto de renda, por exemplo), testemunhal, ou por qualquer outro meio de prova admitido pelo sistema processual civil.¹⁴⁷

Embora não desça às minúcias da fundamentação de Azem, George Marmelstein Lima compartilha do mesmo entendimento. Para o autor, conquanto todas as pessoas possam ser titulares dos direitos sociais, o Estado somente pode ser compelido a prestar medidas materiais tendentes à concretização destes direitos àqueles que, por conta própria, não têm como provê-los:

Na verdade, todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em dadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional.¹⁴⁸

Inspirado pela mesma ideia-base de Azem, Lima entende que, na tarefa constitucional de concretização dos direitos sociais, o Poder Judiciário deve ser um instrumento de redução das desigualdades, como, aliás, determina o artigo 3º da Constituição Federal ao definir os objetivos do Estado brasileiro.¹⁴⁹ Por isso, deve agir intensa e criativamente em favor daqueles que necessitam da atuação estatal para a salvaguarda dos seus direitos, e não para garantir a manutenção de confortável padrão de vida para aqueles que podem arcar com os custos das suas demandas de saúde “sem qualquer problema.”¹⁵⁰

Segundo Lima, tais ideias foram fruto de uma profunda reflexão acerca dos seguintes fatos por ele vivenciados:

Uma pobre senhora de nome Maria teve o infortúnio de ser contaminada por seu marido com o vírus HIV. A doença já estava em estágio avançado e ela foi a um hospital público. O médico prescreveu uma série de remédios, pois apenas tomando o famoso coquetel de medicamentos inibidores da protease ela conseguiria prolongar sua vida. O custo era assustador para os padrões dela: cerca de cinco salários mínimos por mês. Ela estava desempregada. Seu marido ganhava apenas um salário mínimo. No hospital público, o medicamento existente não era suficiente para atender toda a demanda. Apenas uns poucos pacientes, já previamente cadastrados, tinham acesso à me-

dicação gratuitamente, ainda assim com muita dificuldade, já que, vez ou outra, as drogas acabavam antes do tempo previsto.

Maria teve a sorte de encontrar uma organização não-governamental que atua em defesa das pessoas portadoras do HIV e, com auxílio da referida ONG, ingressou com uma ação na Justiça Estadual contra o Estado do Ceará. Na ação judicial, pedia apenas o cumprimento da Constituição, que garante o direito à vida e, no artigo 196, diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Com base na citada norma constitucional, defendia que Poder Público deveria lhe fornecer o coquetel de medicamentos que lhe permitiria sobreviver.

No processo judicial, a resposta do estado do Ceará não poderia ser diferente: dizia que a norma constitucional que reconhece que a saúde é direito de todos seria meramente programática e, portanto, não geraria direitos subjetivos. Citou, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Esse foi um caso concreto (Proc. 98.02.04610-8) que tramitou, por volta do ano de 1998, na 2ª Vara da Fazenda Pública da Justiça Estadual do Ceará, na qual eu tive a oportunidade de estagiar, auxiliando o Dr. Francisco Chagas Barreto Alves, juiz daquela Vara, na pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Por coincidência, à época, eu estava escrevendo a já mencionada monografia sobre “O Poder Judiciário e os Direitos Fundamentais.”

A sentença de procedência, que tive a honra de minutar, foi assinada no dia 10 de dezembro de 1998, exatamente cinquenta anos depois da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na sentença, procurei invocar a teoria da máxima efetividade das normas constitucionais, afastando a tese levantada pelo Estado de que o direito à saúde seria uma norma meramente programática que não geraria direitos subjetivos. No fundamento, não foram abordadas questões como a separação de poderes, os problemas orçamentários, a reserva do possível etc., até porque não foram argüidas na contestação.

O certo é que o Tribunal de Justiça confirmou integralmente a sentença e, hoje, provavelmente, a pobre Maria está recebendo a devida medicação por força de uma ordem judicial transitada em julgado.

Cerca de dois anos depois, já atuando como Procurador do Estado em Alagoas, participei de um outro caso em que o mesmo direito à saúde foi invocado para obrigar o Poder Público a custear o tratamento de um doente. Dessa vez, contudo, o meu papel seria o de defender o Estado, ou seja, em princípio, havia um conflito entre as minhas convicções acadêmicas e o meu dever de defender o Estado em juízo.

Por uma questão de coerência, passei o caso a um outro colega (Leonardo Resende Martins), que ficou encarregado de preparar a resposta estatal. A resposta por ele preparada foi tão bem fundamentada que eu próprio concordei com as razões ali expostas e, se hoje tivesse que atuar no caso, defenderia o Estado sem qualquer crise de consciência.

O caso, em síntese, era o seguinte: um sujeito precisava de um transplante de pâncreas e, após ter sido negado seu direito administrativamente, impetrou um mandado de segurança na Justiça Federal contra o Secretário da Saúde do Estado, que, na ocasião, era o responsável pelo SUS em Alagoas. O objetivo da ação era obrigar que o Poder Público custeasse as despesas com o tratamento.

Até aí, nada demais. E foi por isso que preferi não atuar no caso.

Ocorre que os fatos não paravam por aí. Somente depois fiquei sabendo dos seguintes detalhes que mudaram completamente o enfoque da questão: (a) em primeiro lugar, o impetrante era um advogado de prestígio, que morava em um prédio de luxo localizado em um bairro nobre da cidade; (b) em segundo lugar, o impetrante tinha plano de saúde, que cobriria boa parte dos custos, caso ele não tivesse acionado o SUS; (c) por fim, o impetrante não pretendia apenas que o Estado realizasse a cirurgia e pronto, mas que a cirurgia fosse realizada no melhor hospital do país (Hospital Albert Einstein, em São Paulo) e que fossem cobertos os custos com passagens aéreas e hospedagens, inclusive para acompanhantes. Vale ressaltar que o SUS de Alagoas tinha convênios com ótimos hospitais com condições técnicas de realizar a operação a menor custo.

Apesar de todas essas questões, a Justiça Federal de primeira instância concedeu a liminar integralmente. Os custos para cumprir a decisão equivaliam ao dobro do valor desembolsado no mês anterior para gastos com tra-

tamentos fora de domicílio de pacientes atendidos pelo SUS no estado de Alagoas, num total de 127 pessoas beneficiadas, a maioria vítima de câncer.

Na segunda instância, a Procuradoria do Estado conseguiu revogar parcialmente a decisão, de modo que os custos com o cumprimento da liminar foram reduzidos quase pela metade, tendo sido excluídos os gastos com acompanhantes e passagens aéreas.

Mesmo assim, aquele caso significou para mim um poço de dúvidas e de reflexões. Até então, minha concepção em torno da possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais era de apoio incondicional. Na minha ótica, se uma pessoa precisasse de tratamento médico, caberia ao Estado custeá-lo sem hesitação. Mas aquele caso quebrou o encanto. Havia algo de muito injusto naquele processo que ainda não estava muito claro em meus pensamentos.

Foi aí que, após muito refletir e estudar sobre o tema, tive o seguinte *insight* que passou a orientar toda a minha visão sobre o papel do Judiciário: percebi que o que justifica uma atuação judicial mais intensa na concretização de direitos fundamentais é o grau de necessidade daquele que solicita uma resposta do Judiciário; quanto maior for o grau de vulnerabilidade da parte, maior deverá ser o ativismo judicial.¹⁵¹

De fato, conforme assinalado alhures, os direitos sociais estão ancorados nas premissas teóricas da justiça social, da solidariedade e do universalismo, e têm por escopo alcançar uma igualdade efetiva mediante a intervenção do Estado¹⁵². Isto porque, ao contrário dos direitos liberais clássicos, eles não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.”¹⁵³

Na trilha deste entendimento, a passagem de Sérgio Luiz Souza Araújo:

O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a inspiração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdades. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as

bases e reais condições de sua efetivação. A ideologia constitucional impõe que a prosperidade coletiva tenha clara primazia em relação aos direitos de índole individualista.¹⁵⁴

Daí por que, para Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, o Estado Social deve ter como norte a eficácia primordial do princípio da dignidade humana, e sempre buscar, em benefício da sociedade civil,

i) (...) promover a justiça social na dinâmica das relações econômicas, reduzindo as desigualdades sociais e assegurando iguais oportunidades a todos”; e “ii) garantir a realização adequada dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, a assistência e à seguridade social.¹⁵⁵

Tais preceitos, além de corolário e instrumentos de garantia dos direitos sociais, emanam ainda da ideologia sufragada no preâmbulo¹⁵⁶ da Constituição Federal, cujo propósito foi reproduzido no seu art. 3º¹⁵⁷, que, ao traçar o rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fez constar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades regionais.

Nessa ordem de ideias, se o propósito maior do Estado do Bem-Estar Social - ou *Welfare State* – é atuar positivamente com vistas a promover uma igualização de direitos e oportunidades, garantindo-se aos menos favorecidos condições mínimas de vida, por certo fazer com que os recursos disponíveis – que são escassos – beneficiem apenas a parte já privilegiada da população não atenderia a este propósito: antes, laboraria contra ele, acentuando as desigualdades.

Corroborando esta asserção, o entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do paradigmático caso *numerus clausus* versando sobre o direito de acesso ao ensino superior (Sentença BVerfGE 33, 303):

[...] fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandado de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.¹⁵⁸

Daí se vê o alinhamento deste entendimento com o Princípio da Reserva do Possível.

Com efeito, conforme destaca Fabiana Kelbert,¹⁵⁹ o atendimento de prestações onerosas não

pode produzir um desequilíbrio no orçamento, que, em última análise, é da coletividade, e gerido pelo Estado para que, mediante ações positivas, possa garantir àqueles menos favorecidos o acesso aos direitos fundamentais de maneira igualitária. Daí por que, conforme destaca, a célebre decisão esposada na *Sentença BVerfGE 33, 303* consignou que algumas prestações estatais estariam sujeitas “àquilo que o indivíduo pode extrair da sociedade de forma razoável”, e não do Estado (destacou-se).¹⁶⁰

Ainda segundo a autora, outra consequência desta abordagem é que a concessão ou previsão de uma prestação onerosa – quer pelo Estado-Legislator, quer pelo Estado-Governo, quer (principalmente para fins deste trabalho) pelo Estado-Juiz - não pode se dar apenas do ponto de vista individual, sem considerar o todo, pois o “pensamento das prestações subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia de Estado Social.”¹⁶¹

Esta asserção reforça a ideia de “tragédia dos comuns”, apresentada neste estudo. Corroborando, ao alertar para a noção de que, em um ambiente de escassez dos recursos estatais, a concessão de uma prestação concretizadora de um direito, mesmo em demandas individuais, deve considerar o todo, ou seja, os efeitos desta decisão sobre a coletividade. Reforça, ao dar um alicerce jurídico, com base no Princípio da Isonomia Material que serve de fundamento e norte ao Estado Social, à argumentação estratégica e econômica desenvolvida pela Teoria dos Jogos.

Desta relação entre o Princípio da Reserva do Possível, a implementação dos direitos fundamentais, o Estado Social, o Princípio da Igualdade Material, e a Teoria dos Jogos, avulta a pertinência e a relevância, também, da invocação do Princípio da Subsidiariedade, que no âmbito do direito à saúde encontra previsão expressa no art. 2º, §2º, da Lei nº 8.080/90.

De fato, conforme se extrai da lição de Jörg Neuner,¹⁶² o Princípio da Subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autorresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu sustento e o de sua família. Implica, assim, na exigência do efetivo exercício da autonomia e da cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal do indivíduo, dentro de suas possibilidades pessoais, pela implementação dos direitos sociais próprios e os de sua família, distribuindo-se os encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre o Estado e a Sociedade.¹⁶³

No mesmo sentido, as reflexões de Casalta Nabais:

[...] um estado baseado na liberdade e na correspondente responsabilidade individual, em que cabe, em primeira linha, a cada um, angariar os meios de sustento para si e para a sua família. O Estado apenas será chamado a intervir, através da realização de prestações sociais (monetárias ou em espécie), se e na medida em que o indivíduo, por quaisquer motivos, estruturais ou conjunturais, não esteja em condições de prover a esse mesmo sustento. (...) o que significa que somente relativamente àqueles cidadãos que não consigam atingir os mínimos existenciais dos referidos direitos sociais, o Estado tem o dever de atuar.¹⁶⁴

Eis por que Sarlet, ancorado nestas premissas, deixa aberta a possibilidade de se ponderar, em caso de demanda a prestações positivas, não apenas a essencialidade da prestação, mas a capacidade de obtê-la diretamente ou daqueles que compõem a sua família. Neste sentido, aponta o autor, em outra manifestação,¹⁶⁵ que não seria razoável exigir do Estado que preste assistência social a quem dispõe dos meios necessários e suficientes à sua subsistência.¹⁶⁶

Essa possibilidade de limitação do Princípio da Universalidade em relação àqueles que podem custear suas demandas de saúde – e que já alcançaram patamares consideráveis no usufruto deste direito – em prol da coletividade e das classes menos favorecidas decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais: uma vez que configuram normas principais, não são absolutos, podendo ser objeto de restrições.

Trata-se, pois, de um exercício de ponderação e limitação do direito constitucional à saúde daqueles que prescindem da atuação estatal, de modo a assegurar, em um ambiente de escassez, o conteúdo essencial do mesmo direito fundamental na esfera de terceiros e a própria manutenção e organização do sistema público de saúde; e sem o risco da ocorrência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: o *discrímen* utilizado, se por um lado contribui para a almejada eficiência alocativa dos recursos do Estado, por outro não implica ofensas ao mínimo existencial sanitário dos que estão excluídos da tutela judicial.

Conforme sugere Lima, a atuação jurisdicional passa a ser, então, direcionada à salvaguarda do mínimo existencial sanitário para aqueles que não as pode prover, e não para garantir a manutenção de confortável padrão de vida para aqueles

que podem arcar com os custos das suas demandas de saúde “sem qualquer problema.”¹⁶⁷

Daí a grande felicidade deste raciocínio: desenharmos “uma *rationale* que possa garantir a entrega de prestações públicas sem ocasionar [ou até fomentar] a desigualdade em favor das classes já privilegiadas.”¹⁶⁸

A princípio restrita ao campo doutrinário e às reflexões no ambiente acadêmico, tais ideias começam a gradativamente ganhar espaço no âmbito jurisprudencial.

Pesquisa realizada aos 13/06/2012 na base de dados do sítio eletrônico do Conselho da Justiça Federal (<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>) acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e dos cinco tribunais regionais federais é um elemento ilustrativo dessa asserção.

Com efeito, através de busca dos acórdãos que contenham em seu texto os termos “direito à saúde” e “hipossuficiência”, constatou-se que se até o ano de 2009 a hipossuficiência do postulante era utilizada apenas para reforçar – a guisa de *obiter dictum* – as decisões concessivas de prestações de saúde àqueles que não podiam custeá-la,¹⁶⁹ a partir de 2010 alguns julgados passaram a utilizar a hipossuficiência como um critério que, aliado a outros aspectos, tem valor decisivo para a concessão, ou não, da demanda de saúde pleiteada.

Os primeiros precedentes identificados neste sentido são o Agravo de Instrumento nº 200904000446856, DJ 29/3/2010, e a Apelação Cível nº 00067476720084047200, DJ 02/06/2010, respectivamente da Quarta e da Terceira Turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. HIPOSSUFICIÊNCIA. LIMINARES. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1. A União Federal, Estados e Municípios são legítimos para as ações onde postulados medicamentos, indistintamente. 2. Melhor sorte não assiste à União no tocante à alegação de impossibilidade de concessão de liminares contra a Fazenda Pública. Da leitura dos textos legais referidos no art. 1º da Lei n. 9.494/97 (arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/64, art. 1º da Lei n. 5.021/66 e arts. 1º e 3º da Lei n. 8.437/92), depreende-se que a vedação de concessão de medidas liminares contra a Fazenda Pública se aplica apenas quando ocasione concessão de reclassificação, equiparação entre servidores, con-

cessão de aumentos, concessão ou extensão de vantagens. O pretense direito buscado na ação originária não contempla nenhuma destas hipóteses. 3. No que diz com a alegação de irreversibilidade da tutela deferida, vedada no art. 273, § 2º, do CPC, conquanto tal dispositivo busque, em última análise, garantir os direitos constitucionalmente consagrados à segurança jurídica e à intangibilidade patrimonial do jurisdicionado (in casu, dos réus), tal garantia deve ser mitigada, à luz do princípio da proporcionalidade, frente ao também constitucional direito à saúde dos acometidos por doença gravíssima (câncer, a cujo tratamento o remédio em tela se destina) e com sério risco de vida, sob pena de evidente inefetividade da jurisdição. 4. O direito fundamental à saúde, constitucionalmente previsto, é garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. A assistência farmacêutica, um dos serviços prestados no âmbito da Saúde, possui a finalidade de garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários, seja interferindo em preços ou fornecendo gratuitamente de acordo com as necessidades. 5. A atuação do Judiciário em matéria própria da Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica deve ser restrita a situações excepcionais e quando atendidos requisitos específicos. 6. Faz jus ao fornecimento gratuito de medicamento o paciente que, atendido no âmbito do Sistema Único de Saúde, comprova a necessidade de utilização de fármaco específico e demonstra sua hipossuficiência. 7. No caso dos autos, a parte agravada postula a dispensação gratuita do medicamento Trastuzumab (Herceptin) para tratamento de câncer de mama. Os documentos de fls. 29-33 provam que a demandante vem se tratando no Hospital Universitário de Santa Maria, que se trata de CACON, tendo o fármaco ora postulado sido receitado no âmbito da mesma Instituição. O relatório médico aí emitido dá conta da necessidade da droga e, inclusive, do risco de vida decorrente de sua não utilização. 8. No que se refere à alegação da União, no sentido de que o medicamento pleiteado só é indicado para pacientes com carcinoma ductal invasor de mama que possuam hiper-expressão do gene Her2 ou a amplificação desse gene, não foi juntada qualquer prova nesse sentido nos autos instrumentais. 9. A hipossuficiência da recorri-

da, resta demonstrada pelos documentos de fls. 25 e 27-28.¹⁷⁰

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EFEITOS. 1. No caso dos autos, a autora foi diagnosticada como portadora de Epidermólise Bolhosa Distrófica Congênita, sendo que sua família alega não ter condições financeiras para arcar com o alto custo do tratamento. A ação visa a garantir o fornecimento do referido medicamento à autora, que não tem condições financeiras de arcar com seu custo. Aham-se, nesse caso, em confronto dois absolutos jurídicos: o direito fundamental individual à vida saudável e o direito coletivo de a sociedade arcar com custos efetivamente necessários. A ponderação desses direitos exige a aplicabilidade do princípio da precaução, em prol da vida, a manter a r. sentença que julgou procedente a ação, quanto ao dever estatal de fornecimento da medicação necessária, constante ou não nas listas oficiais, a quem dela precise ou venha a necessitar. Cabe assentar prioridade oficial para a saúde pública, em especial a dos enfermos que necessitam de imediatas ações concretas. Submetidos os cidadãos brasileiros a uma carga tributária de mais de 45% de seus rendimentos, o mínimo que se espera lhes assegure o Estado é saúde e educação. Ainda que o custeio de tratamento de doenças onere os cofres públicos, tal ônus é inerente ao Estado dado caráter assistencial a ele incumbido, sendo fundamental de sua própria razão de existir, não podendo igualmente o Poder Judiciário fugir à sua responsabilidade de garantir tal direito dos cidadãos, segundo aponta o egrégio STF, verbis: "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos

cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (STF, 2ª T, RE 271286 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2009, p. 101) Quanto às condições do caso concreto, verifica-se que se trata de doença grave, já devidamente diagnosticada, inclusive com perícia médica realizada nestes autos confirmando a necessidade do tratamento, consoante bem asseverou o douto Representante do Ministério Público Federal, Dr. Carlos Eduardo Copetti Leite, verbis: Ademais, da análise do conjunto probatório, percebe-se que a perícia judicial (fls. 150), concluiu que a doença se manifesta pela extrema fragilidade da epiderme e da derme, com úlceras e erosões, inclusive ao longo do

epitélio digestivo. Tal situação ocasiona limitações funcionais, dificultando a alimentação e a digestão, cujas consequências apontadas foram muita perda de peso, dificuldade de desenvolvimento, anemia crônica, alteração do crescimento, e até perda de unhas e dentes. A perícia (fls. 150) também corroborou que o tratamento postulado, além de ser efetivamente o adequado (curativos porosos, ataduras, sabonete antiséptico, malha tubular, leite à base de aminoácidos), é o único possível, posto que inexistente alternativa terapêutica ou possibilidade de substituição de medicamentos ou insumos. Por fim, o perito consigna que a não realização do tratamento enseja infecções sistêmicas com risco de óbito, exarando, ao fim, a opinião técnica de que a situação da menina é "muito grave", com "qualidade de vida precária" e prognóstico "muito ruim". (fls. 237-verso) Vê-se, também, que a hipossuficiência da autora é indiscutível. Os direitos sociais foram criados para albergar as classes financeiramente menos favorecidas, que acabam, por isso, sofrendo uma série de outras exclusões, especialmente sociais. As demandas, assim, na área da saúde, passíveis de serem cumpridas por ordem do juiz, devem estabelecer a este critério: o de que somente aquele que não pode pagar, sem que haja sacrifício de bens e direitos que possam afetar a sua dignidade como pessoa humana, é que deve receber gratuitamente o bem ou serviço buscado. Agravo desprovido.¹⁷¹

Importante observar que restou expressamente destacado neste último precedente o entendimento de que como os direitos sociais surgiram para tutelar as classes financeiramente menos favorecidas – e que acabam, por isso, sofrendo uma série de outras exclusões, especialmente sociais – somente devem receber gratuitamente os bens ou serviços de saúde judicialmente pleiteados aqueles que não pode pagar sem que haja sacrifício de bens e direitos que possam afetar a sua dignidade como pessoa humana.¹⁷²

Foi ancorado nesta premissa que o acórdão proferido nos autos do AI nº 200904000446856 concedeu a demanda de saúde pleiteada pela agravante Vera Lucia Silva Ferreira, eis que efetivamente demonstrada nos autos, através de prova documental, a sua hipossuficiência.

Na trilha do mesmo entendimento segue o acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos da Apelação/Reexame Necessário nº 12222, DJ 28/10/2010:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. PÓS-OPERATÓRIO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. SUPLEMENTOS PROTÉICOS E COMPLEXOS VITAMÍNICOS. TRATAMENTO NÃO INCLUÍDO NO PROGRAMA DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I. É obrigação do Estado, em sentido amplo, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, garantir às pessoas desprovidas de condições financeiras o direito ao recebimento de medicamentos e qualquer tratamento necessário à cura de suas enfermidades. II. É perfeitamente cabível ao MPF realizar a defesa do direito à saúde, especialmente no que tange às pessoas hipossuficientes, que não têm condição de adquirir remédios ou tratamentos médicos, por meio da ação civil pública, conforme já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça. III. Esta Corte tem entendido que, no tocante às providências a serem tomadas para o imediato fornecimento de medicamentos a pessoa necessitada, a responsabilidade é solidária entre os entes da Federação, sendo portanto, legítimos a União, Estado e Município. IV. Na hipótese em tela, diante da negativa de fornecimento de suplementos protéicos e complexos vitamínicos nos autos, à paciente Catharine Ramos Farias, a qual representava um grupo de portadores de obesidade mórbida que se submeteram à cirurgia bariátrica, sob o fundamento de que a medicação somente estaria disponível para crianças, foi proposta a ação civil pública, na qual se requereu que os demandados fornecessem, de forma solidária, gratuita e ininterruptamente, suplementos protéicos e o complexos vitamínicos àqueles que se submeteram à cirurgia bariátrica, listados à fl. 20, bem como a todos os demais pacientes neles residentes, desde que comprovem a necessidade de fazer uso do mencionado medicamento. V. O Ministério Público Federal juntou ao Procedimento Administrativo apensado aos autos documentos e receituários que comprovam que os pacientes se submeteram a cirurgia bariátrica pelo SUS e agora necessitam de suplementos protéicos e o complexos vitamínicos a fim de evitar carências nutricionais. VI. Ressalte-se que, quando da apreciação do agravo de ins-

trumento que atacou a concessão de liminar pelo MM. Juiz a quo, deixei registrado que deve ser demonstrada a hipossuficiência do paciente para o fornecimento da medicação, critério que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e acolhido pelo magistrado, ao prolatar a sentença, que condicionou o fornecimento dos referidos medicamentos aos demais usuários do SUS em Sergipe à comprovação da necessidade, além da condição de hipossuficiente, ou seja, que não possam arcar financeiramente com a medicação (fl. 480). VII. Pela via da tutela coletiva, em especial através da ação civil pública, é possível imprimir maior efetividade às normas constitucionais que garantem o direito à saúde, de modo que não há que se falar em ingerência do Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública. VIII. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada vez que o não fornecimento dos medicamentos pelos entes públicos poderá acarretar risco à saúde dos pacientes. IX. Constata-se, entretanto, que o magistrado de primeiro grau não precisou até quando deverão os medicamentos ser fornecidos aos pacientes indicados pelo parquet. Ainda que o medicamento se faça necessário ad aeternum é recomendado que seja realizado um acompanhamento por profissional habilitado, e cadastrado na rede pública, visando verificar a evolução do tratamento, sua eficácia, eventual necessidade de substituição ou mesmo alteração das dosagens, a fim de lhes garantir o tratamento adequado. Assim, faz-se necessário uma reavaliação médica semestral, que deverá ser apresentada ao ente público obrigado a fornecer o medicamento, para que o mesmo faça a análise e controle da adequação. X. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas e apelação do Município de Aracaju improvida.¹⁷³

Seguindo a linha traçada nos precedentes do TRF da 4ª Região, firmou-se também aqui o entendimento de que “deve ser demonstrada a hipossuficiência do paciente para o fornecimento” dos suplementos proteicos e complexos vitamínicos utilizados no pós-operatório de cirurgia bariátrica, sendo condicionado “o fornecimento dos referidos medicamentos aos demais usuários do SUS em Sergipe à comprovação da necessidade, além da condição de hipossuficiente, ou seja, que não possam arcar financeiramente com a medicação.”¹⁷⁴¹⁷⁵

Neste mesmo sentido, matéria referente a um julgado monocrático proferido pelo Juiz federal Substituto da 1ª Vara Federal em Ourinhos/SP,

publicada em 2011 no campo de notícias do mesmo sítio eletrônico do CJF:

Medicamento pelo SUS somente com hipossuficiência comprovada

O juiz federal João Batista Machado, substituído da 1ª Vara Federal em Ourinhos/SP, julgou improcedente o pedido de um paciente portador de diabetes mellitus tipo 2, para receber gratuitamente os medicamentos Vidalgriptina (Galvus) e Pioglitazona (Actus) pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Apesar dos medicamentos não serem distribuídos pelo SUS (eles não figuram na lista do Ministério da Saúde ou das relações estadual e nacional de medicamentos), João Batista entendeu que o Estado deveria fornecê-los gratuitamente, desde que o paciente fosse hipossuficiente ou pertencesse à família extremamente pobre.

“Não restou demonstrada a hipossuficiência de R.C., ou seja, em meu sentir a família do paciente possuiria condições financeiras para arcar com o tratamento médico necessário”, afirma a decisão. Segundo informações dos autos, a renda familiar do paciente é de R\$ 3.750,00 e o tratamento mensal possui o custo de R\$ 400,00.

Perícia judicial comprovou que o paciente, hoje com 53 anos de idade, casado, com ensino superior completo (engenheiro elétrico com pós-graduação), apresenta a doença denominada diabetes mellitus tipo 2 e que os remédios solicitados são de suma importância.

“A saúde deve ser integralmente garantida pelo poder público, o qual deve possibilitar, inclusive àqueles portadores de moléstias graves, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar [...]. Entretanto, outro aspecto deve ser levado em consideração quando se trata de fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado, a saber, o custo dos remédios frente a eventual hipossuficiência do beneficiado, ou de sua família”, afirma o juiz. (RAN).¹⁷⁶

Como se vê, tal critério tem ganhado cada vez mais espaço na arena de discussão das demandas de saúde, servindo como um elemento de racionalização da atuação judicial nas demandas de fornecimento de medicamentos e colaborando para a solução do problema da chamada “judicialização excessiva”¹⁷⁷ e desordenada no âmbito do SUS.

CONCLUSÃO

Decorridas mais de duas décadas desde que as primeiras decisões judiciais promoveram a efetivação do direito à saúde por intermédio de prestações materiais no Brasil, constata-se que, se, de uma parte, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde,¹⁷⁸ de outra maneira é indispensável que tal judicialização seja analisada sob a óptica da finitude dos recursos, da infinitude das demandas e do propósito maior de igualdade material que serve de fundamento e norteia a concretização dos direitos sociais.

À vista deste quadro, vê-se que não é mais possível tratar a questão como se a questão financeiro-orçamentária não fosse uma variável a considerar, afinal, conforme destaca Paulo Bonavides, “para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa de ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia *jurídica* e a garantia *econômica*; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material.”¹⁷⁹

De fato, conforme destacam Holmes e Sustain, para assegurar os direitos que tenham como destinatário o Estado, precisa este criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária. Nesse sentido, o financiamento dos direitos fundamentais por meio de receitas fiscais ajuda a ver-se claramente que os direitos são bens públicos: contribuintes financiadores e governo da gestão dos serviços sociais destinados a melhorar o bem-estar coletivo e individual.¹⁸⁰

Sendo tais recursos, por sua vez, ontologicamente limitados, vê-se que as decisões judiciais na área da saúde não podem se reduzir a um critério geral e absoluto, tanto simples quanto insuficiente: se está na Constituição é para ser cumprido. Esta formulação, justamente pela sua generalidade e pelo seu caráter absoluto, não se presta a resolver de maneira completa e satisfatória a questão nuclear da concretização do direito constitucional à saúde, pois desconsidera o fato de que a efetivação indiscriminada de um direito prestacional para todas as pessoas, em qualquer situação, pode tornar impossível a concretização de seu núcleo essencial.

Considerada a realidade que é a escassez, avulta, então, a necessidade de que o aplicador da norma seja levado à consciência de que o ato de escolha para fazer valer um direito, como todas as escolhas, tem um custo: “quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos

consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos.”¹⁸¹

Assim, conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes,

[...] em alguns casos, satisfazer necessidades individuais das pessoas portadoras de doenças graves e que precisam de tratamentos específicos resulta, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos igualmente dependentes do sistema público de saúde.¹⁸²

Sob tal circunstância, é imperioso buscar uma posição equilibrada, com amparo na qual seja possível analisar todas as implicações das decisões judiciais – sob o ponto de vista jurídico, médico, farmacêutico, administrativo, mas também econômico, financeiro e orçamentário – de modo a “não se criar uma inversão cruel em razão da escassez,”¹⁸³ garantindo-se mais direitos a quem tem mais chances de pleiteá-los no Judiciário, restando aos menos favorecidos se contentar com as prestações remanescentes que os recursos do Estado puderem oferecer.

Importante instrumento para o alcance deste desiderato são os parâmetros estabelecidos pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, processada perante o Supremo Tribunal Federal.

Delineados com encosto nas reflexões promovidas pelos diversos profissionais que participaram da Audiência Pública de Saúde, tal modelo representa uma abrangente avaliação dos diversos aspectos jurídicos, médicos, farmacêuticos e administrativos envolvidos na complexa questão das ações de fornecimento de medicamentos, configu-

rando, assim, um dos mais valiosos instrumentos de que se pode valer o julgador na apreciação destas demandas.

Ocorre que, apesar da amplitude de tal modelo, esta abordagem não privilegia, dentre os parâmetros de aferição judicial, um critério que se preste a avaliar e equacionar a questão da escassez inerente aos recursos orçamentários.

Com vistas a suprir tal lacuna, o critério da “comprovação de hipossuficiência” representa um importante parâmetro alocativo para a atuação judicial nas demandas de fornecimento de medicamento.

Calcado na ideia de igualdade real que serve de fundamento aos direitos sociais, trata-se de um critério que limita o Princípio da Universalidade mediante uma ponderação que válida e adequadamente prestigia, em um ambiente de escassez, o conteúdo essencial do direito à saúde na esfera daqueles que de fato necessitam da atuação estatal.

Mesmo considerando que a judicialização da saúde é matéria bastante complexa e está longe de encontrar solução aprioristicamente definitiva, acredita-se que este modelo apresenta importante contribuição para a racionalização da atuação do Poder Judiciário no campo das demandas de fornecimento de medicamentos, direcionando a sua atuação para a efetivação do mandamento nuclear da vontade Constitucional, mas evitando que um alargamento *ad infinitum* do âmbito de proteção da norma provoque uma desorganização do Sistema Único de Saúde a ponto de fazer com que seus limitados recursos deixem de estar a serviço daqueles que de fato necessitam da atuação estatal e da própria manutenção da saúde coletiva.

NOTAS

1. SANT'ANA, João Maurício Brambati; PEPE, Vera Lúcia Edais, OSÓRIO-DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa, VENTURA, Mirian. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Rev Panam Salud Publica*. 2011;29(2):138-44. ORDA-CGY, André da Silva. *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*, 2007. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf Acesso em 17/03/2010.
2. Expressão inspirada em MAIA, Antonio Cavalcanti. In *Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.
3. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jusnavigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547> Acesso em: 04 nov. 2010.
4. Ibidem.
5. BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
6. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2010.
7. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.25, n.55, pp. 29-74, 2002.
8. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, p. 17 ss.
9. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 21(2):525-534, mar-abr, 2005. Disponível em: Disponível em <<http://www.scielo.org>>. Acesso em 05 dez. 2009.
10. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. ob. cit.
11. Ibidem.
12. SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009. p. 35.
13. E.g., CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). *Direito à Vida e à Saúde*. Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33. MACHADO, Felipe Rangel de Sousa. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. *Revista de Direito Santário*, São Paulo, v. 9, nº 2, pp. 73-91, jul./out. 2008. GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 370, pp. 103-134, 2003.
14. E.g., BARROSO, Luís Roberto (Org.). Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.
15. Neste sentido, Miriam Ventura, Luciana Simas, Vera Lúcia Edais Pepe, e Fermin Roland Schramm: "As demandas judiciais não podem ser consideradas como principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores e, muitas vezes, na melhoria do acesso aos medicamentos no âmbito do SUS". (In Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*. UERJ. v. 20, pp. 77-100, 2010).
16. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ob.cit, p. 35.
17. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10ª ed., São Paulo: Elsevier/Campus, 2004, p. 5.

18. LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto *apud* RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008.
19. Assim, conforme assinala Bobbio, os direitos de liberdade – os quais ele qualifica como direitos de primeira geração – decorrem das lutas contra os malefícios do poder, consubstanciadas em um não-agir do Estado. Já os direitos sociais – também chamados de direito de segunda geração – nasceram da necessidade de obter os benefícios deste mesmo poder, demandando, assim, uma atuação positiva do Estado (BOBBIO, Norberto. *ob. cit.*, p. 6).
20. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 335.
21. HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14.
22. BOBBIO, Norberto, *ob. cit.*, p. 6.
23. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais*. Releitura de uma Constituição Dirigente. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 38.
24. BOBBIO, Norberto. *ob. cit.*, p. 6.
25. Segundo Cláudia Maria da Costa Gonçalves, tinha-se, pois, uma liberdade paradoxalmente limitada pela ordem capitalista, fazendo com que o Estado exercesse um papel fundamental no que tange à segurança das relações econômicas, atendendo por completo as aspirações do *laissez-faire*. (*ob. cit.*, p. 42).
26. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, *ob. cit.*, p. 45.
27. *Ibidem*, p. 44.
28. *Ibidem*, p. 45.
29. DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.org.br>. Acesso em 10 set. 2011.
30. GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, *ob. cit.*, p. 46.
31. DHNET. *A história dos direitos humanos no mundo*. <http://www.dhnet.org.br/inex.htm>. Acesso em 15/08/2011.
32. Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008.
33. HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.
34. Segundo Carlos Miguel Herrera, a importância social da Constituição Mexicana de 1917 se concentra em três artigos: 5º, 27 e 123. O artigo 5º, incluído na parte dogmática das garantias individuais – e que fora apresentado pelos constituintes como um “direito à vida completa” – prevê a proteção do Estado nas relações de trabalho e o princípio do contrato de trabalho. O artigo 27, considerado como o mais importante da Constituição, dada a estrutura agrária do México, enuncia o princípio da limitação da propriedade privada pelo interesse público, consagrando sobretudo os princípios de expropriação e da reforma agrária. O artigo 123, por sua vez, condensa os direitos relativos ao trabalho e à sua proteção. (HERRERA, Carlos Miguel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14).
35. Consoante Elisa Maria Rudge Ramos, o Título V da Constituição de Weimar, que trata da Ordem Econômica, reservou os artigos 157 e seguintes aos direitos trabalhistas e de seguridade social, consagrando-os como direitos fundamentais. Destaca-se, ainda, o artigo 163, que reconhece o direito à assistência social, incumbindo o Estado de prover a subsistência do cidadão alemão, caso não lhe possa proporcionar a oportunidade de ganhar a vida com trabalho produtivo (RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica os direitos sociais*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de dezembro de 2008).
36. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.
37. LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44.
38. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 101.

39. Ibidem.
40. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005.
41. GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Pluralismo Organizado - uma nova visão do Direito Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 102.
42. E, do mesmo modo, assim como Adam Smith priorizou a liberdade e Karl Marx a autoridade, John Maynard Keynes “forneceu os fundamentos teóricos para o chamado Estado do Bem-Estar” defendendo a “atuação estatal para cuidar daquilo que só a autoridade social pode cuidar e que são resultantes dos grandes fluxos econômicos, os chamados agregados, inventando assim a Macroeconomia.” (GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello, *ob. cit.*, pp. 100-103).
43. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, p. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2010.
44. “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.” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
45. “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. (...) Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...) Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (...) Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (...) Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (...) Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. (...)”. (Ibidem).
46. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)”. (Ibidem).
47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.

48. Ibidem.
49. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr-jun 2009.
50. SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 147.
51. BARROSO, Luís Roberto. ob.cit.
52. Ibidem.
53. A OMS definiu a saúde como um “completo estado de bem-estar físico, mental e social, não consistindo somente na ausência de doença ou enfermidade”. Este conceito alargou a noção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e propugnar o aspecto positivo da obtenção do “estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Com isso, a OMS teria retomou a ideia de qualidade de vida: “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva (SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 28-29).
54. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 28-29.
55. SARLET, Ingo Wolfgang apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 82.
56. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...)”. (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
57. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. (Ibidem).
58. O direito à saúde comunga, ainda, na Ordem Jurídico-Constitucional pátria, uma fundamentalidade formal, que decorre do direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: “a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”) da reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo artigo 5º da CF”. (SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, p. jan. 2002b, pp. 8-9. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2011. p. 2).
59. Ibidem.
60. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., p. 24.
61. Para a sua efetivação, há, pois, na expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (CANARIS, Claus-Wilhelm apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
62. SARLET, Ingo Wolfgang apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 88.
63. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Ordem Constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.25, n.55, pp. 29-74, 2002.

64. *Apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ob. cit., p. 89.
65. DALLARI, Sueli *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ob. cit., p. 89.
66. *Ibidem*.
67. "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
68. SANTOS, Lenir (Org.). ob. cit., pp. 30-32.
69. *Ibidem*.
70. Para Lenir Santos, estas medidas compensatórias são um meio de garantir a dignidade de vida, nunca o seu fim, o qual deve ser sempre a redução das desigualdades sociais e o desenvolvimento econômico do País. (SANTOS, Lenir (Org.). ob.cit., pp. 35-36).
71. BRASIL. Palácio do Planalto. Abertura da Reunião de Alto Nível sobre Doenças Crônicas Não-Transmissíveis. Brasília. Disponível em < <http://blog.planalto.gov.br/ao-vivo-abertura-da-reuniao-de-alto-nivel-sobre-doencas-cronicas-nao-transmissiveis/>>. Acesso em 19 set. 2011.
72. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o Direito Sanitário. In BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito sanitário e saúde pública*. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 29.
73. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...)". (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
74. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Ed. RT, 1968; 6ª ed., 3ª tir, São Paulo, Malheiros Editores, 2004. p. 73.
75. SILVA, José Afonso, ob. cit., p 157-158.
76. Ementa: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECIVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDENCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR.
- NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, OPONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, A NENHUM ÓRGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPAN-

- TE". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, DJ 17/06/1996. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
77. "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." (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
78. CRETELLA JUNIOR, Jose. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1988, p. 884.
79. CRETELLA JUNIOR, ob. cit., p. 884.
80. FERREIRA, Pinto *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. Recorrente: Francis Piccoli Pedroso. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, DJ 17/06/1996. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
81. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça; um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, pp. 17 ss.
82. MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 21(2):525-534, mar-abr, 2005. Disponível em: Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
83. SCHEFFER, Mario (Org.) *Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça; um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005 Série Legislação, n.3, pp. 17 ss.
84. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Destaca o autor que antes de a matéria chegar ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Governo Federal, pressionado pelo crescente número de ordens, sancionou a Lei nº 9.313/96, obrigando expressamente o Poder Público, em suas esferas de atuação (municipal, estadual, distrital e federal), a prestar assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores do vírus HIV.
85. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) O direito fundamental à saúde segundo Supremo Tribunal Federal. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 635.
86. Ementa: "ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados. Recurso não conhecido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 242859. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rute Regina Serissol Nunes. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DJ 17/09/1999. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009).
87. Neste sentido: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). ob. cit., pp. 636-638. LIMA, George Marmelstein, ob. cit.
88. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravio Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286. Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 24/11/2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2011.
89. Neste sentido, a ementa: "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONS-

TITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR A EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada

têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade". (Ibidem).

90. Ibidem.
91. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 02/02/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2011.
92. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
93. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 368564*. Recorrente: União. Recorrido: Maria Euridice de Lima Casale. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 10/08/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
94. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
95. Ibidem.
96. SANT'ANA, João Maurício Brambati; PEPE, Vera Lúcia Edais, OSORIO-DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa, VENTURA, Mirian. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Rev Panam Salud Publica*. 2011;29(2):138-44.
97. Ibidem.
98. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria-Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr-jun 2009.
99. Ibidem.
100. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de*

- Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
101. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório atualizado da Resolução 107*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
102. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009. p. 31.
103. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, pp. 93-94.
104. MOURA, Eduardo Oliveira Decat. *Parecer*: a assistência farmacêutica do sistema único de saúde. Revista da AGU. Ano VIII – Número 19, Jan./Mar. 2009, p. 335.
105. BASSETTE, Fernanda. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 28 abr. 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm>. Acesso em: 28 ago. 2011.
106. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 219/07. Justificativa. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
107. Na parte que concerne ao tema tratado, assim dispõe a aludida lei: “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. (...) Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”. (BRASIL. Lei nº 12.401, de 29 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2010).
108. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
109. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1102457*. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Kleber do Rego Machado. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DJ 29/05/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
110. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
111. Ibidem.
112. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). ob. cit. p. 641.
113. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 dez. 2009.
114. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista*

- Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria- Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/ 02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.
115. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2006.p. 161-162. No seu artigo “Zur Theorie der Gesellschaftspiele”, publicado em 1928, desenvolveu-se o conceito de interdependência estratégica, e com a sua obra “Teoria dos Jogos e comportamento econômico”, publicada em 1944, com Oskar Morgenstern, deu-se *status* acadêmico à teoria.
 116. PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo, ob. cit., p. 172-173; COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, 5. ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56-59; e FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2009, p. 112.
 117. FIANI, Ronaldo. ob. cit., pp. 110-111.
 118. HARDIN, Garret, *Tragedy of Commons*, 1968, *Science*, n.162, pp. 1243-48, 1968.
 119. Ibidem.
 120. Ibidem.
 121. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.
 122. HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso”. In. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 86. Em seu princípio de universalização “U” (*Universalierungsgrundsatz*), Habermas estabelece que “Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as consequências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regem)”.
 123. AMARAL, Gustavo. ob. cit., pp. 80-81.
 124. Ibidem.
 125. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, p. 96.
 126. AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). ob. cit., p. 82.
 127. WANG, Daniel Wei L. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131.
 128. BARCELLOS, Ana Paula de. ob. cit, p. 806.
 129. Ibidem. Segundo Ana Paula de Barcellos, alguns dados estatísticos sobre mortalidade infantil e materna podem ser encontrados no site: <tabnet.datasus.gov.br/cgi/ibd2005/matriz.htm>.
 130. SANTO, Augusto Hasiak. Causas mal definidas de mortes e óbitos sem assistência. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP. *Rev Assoc Med Bras* 2008; 54(1): 23-8.
 131. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 94.
 132. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York, 1978.
 133. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 219/07. *Justificativa*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2011.
 134. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56-57.
 135. Conforme destaca Lenir Santos, “No Brasil, em relação à saúde, não esgotamos ainda o que pode ser feito para a população, a comunidade, as pessoas”. Segundo ela, “O ciclo ainda não está completo, o patamar de investimentos ainda não se exauriu”. (SANTOS, Lenir. ob. cit., 56).
 136. AMARAL, Gustavo. ob. cit. p. 17.
 137. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. ob. cit., p.44. No original: “Taking rights seriously means taking scarcity seriously.”

138. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42.
139. SANTOS, Lenir (Org.). *ob. cit.*, p. 20.
140. SANTOS, Lenir (Org.). *ob. cit.*, pp. 168-169.
141. AZEM, Guilherme Beux Nassif. *ob. cit.*, p. 17.
142. *Ibidem*.
143. *Ibidem*.
144. AZEM, Guilherme Beux Nassif. *ob. cit.*, p. 19.
145. *Ibidem*.
146. *Apud* AZEM, Guilherme Beux Nassif. In DE ASSIS, Araken (Coord.). *Direito à Saúde e comprovação da hipossuficiência*. In *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 19.
147. O que não se admite, conforme o autor, “é a presunção de hipossuficiência por simples afirmação da parte”, nem “qualquer interpretação que transfira ao réu a incumbência de infirmar mera alegação de necessidade”: tal comprovação, segundo ele, é um ônus incidente sobre o demandante por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil, já que se trata de um fato constitutivo do direito alegado (*Ibidem*).
148. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219.
149. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
150. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005.
151. *Ibidem*.
152. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 1, p. 200, out./dez. 1992.
153. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 286.
154. ARAUJO, Sergio Luiz Souza. O preâmbulo da constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 36, n.143, jul/set., 1999, pp. 6-7
155. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado Social e princípio da solidariedade. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n.3, pp. 31-48, jul./dez. 2008.
156. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum Saraiva 2010*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).
157. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (*Ibidem*).
158. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, p. 88.
159. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, p. 88.
160. KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, pp. 88-89.
161. MARTINS, Leonardo e SCHWABE, Jürgen (orgs.). *apud* KELBERT, Fabiana Okchstein, *ob. cit.*, pp. 88-89.
162. J. NEUNER *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *ob. cit.*, p. 35. No mesmo sentido, Canotilho defende a responsabilização da comunidade pela efetivação dos direitos sociais, e não mais

- somente pelo Estado. Assevera ele que, nos dias atuais, há um deslocamento das discussões do campo dos direitos para o terreno dos deveres fundamentais, dada “a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais”. A denominada *shared responsibility*, ou seja, a responsabilidade de todas as forças sociais, “aponta precisamente para a descoberta de critérios de delimitação desta responsabilidade que não ponham em causa, apesar de tudo, a dimensão subjectiva dos direitos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjetivo. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 178).
163. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). ob. cit., p. 35.
 164. NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 491-492.
 165. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). ob. cit., p. 29.
 166. Ibidem; SARLET, Ingo Wolfgang *apud* AMARAL, Gustavo in NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011, p. 84.
 167. LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, 2005.
 168. TORRES, Ricardo Lobo. In *Prefácio* da obra *Direito Escassez e Escolhas*. Gustavo Amaral, p. xix.
 169. Neste sentido: STJ - RESP 837591, DJ 11/09/2006; TRF 1ª Região - AGA 200701000100451, DJ 09/08/2007; TRF 2ª Região - AC 190578, DJ 22/03/2002; TRF 3ª Região - APELREEX1356777, DJ02/09/2011, APELREE 699711, DJ 18/04/2011, AC 1462873, DJ 23/08/2010, AC 1394244, DJ 09/08/2010, AC 1446057, DJ 09/08/2010, AC 1443779, DJ 26/07/2010, AMS 321961, DJ 19/07/2010, AC 1477812, DJ 19/07/2010, AC 1386137, DJ 18/08/2009, AC 1177761, DJ 23/05/2007, AC 966666, DJ 22/03/2006; TRF 5ª Região, AG 102419, DJ 15/04/2010.
 170. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravado de Instrumento nº 2009.04.00.044685-6/RS. Recorrente: União Federal. Recorrida: Vera Lucia Silva Ferreira. Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. DJ 29/03/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
 171. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravado em Apelação Cível nº 0006747-67.2008.404.7200/SC. Recorrente: União Federal. Recorrida: Maria Sens Novato. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. DJ 02/06/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
 172. Ibidem.
 173. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 12222. Recorrentes: União Federal e Município de Aracaju. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Des. Federal Margarida cantarelli. DJ 28/10/2010. Disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 13 jun. 2012).
 174. Ibidem.
 175. No âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim como do Tribunal Regional Federal da 3ª Região há, ainda, julgados que conquanto reconheçam a hipossuficiência como critério indispensável para a concessão de demandas de saúde, entendem que tal situação é presumida, sendo ônus do réu desconstituí-la. Trata-se do acórdão proferido nos autos da Medida Cautelar nº 4004(DJ 18/02/2011) pela Turma C do Judiciário em Dia do TRF 3ª Região, bem como daqueles exarados nos autos da Apelação / Reexame Necessário - 13391/03 (DJ: 09/06/2011) e do Agravado de Instrumento nº 10379 (DJ: 10/9/2010), respectivamente, pelas Quarta e Primeira Turmas do TRF 5ª Região.
 176. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/outras-noticias/2011/outubro/medicamento-pelo-sus- apenas-com-hipossuficiencia-comprovada>. Acesso em: 10 dez. 2011.
 177. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, 46/31, 2007; *Revista da Procuradoria- Geral do Estado RS*, 66/ 89-114, 2007; *Revista Jurídica UNIJUS*, 15/11, 2008; *Seleções Jurídicas Advocacia Dinâmica*, fev/ 02, 2008; *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.

178. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília, 2009, p. 31.
179. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 644.
180. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 94.
181. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 56-57.
182. MENDES, Gilmar Ferreira. In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ob.cit*, p. 35.
183. SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 33.

