

**CONTROLE JUDICIAL DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O
PRINCÍPIO DA ESCASSEZ***

**JUDICIAL CONTROL OF EFFECTIVENESS OF HEALTH RIGHTS AND THE
PRINCIPLE OF SCARCITY**

Alexandre Machado de Oliveira
Celso de Barros Correia Neto*****

RESUMO: O artigo discute os parâmetros do controle judicial da efetivação do direito à saúde, considerando especialmente o princípio da escassez. A metodologia adotada abrange revisão bibliográfica da doutrina de direito constitucional, financeiro e sanitário, conjugada com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O artigo compreende oito tópicos, que envolvem uma abordagem do direito fundamental à saúde; a escassez dos recursos para a efetivação deste direito fundamental social; para, enfim, ingressar na questão do controle judicial de sua efetivação, abordando os desafios da realização de uma justiça distributiva, a necessidade de uma abordagem centrada na população, os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, resultando na proposta de uma decisão que se afaste da regra de resgate e passível de uma audiência universal.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Direito à Saúde. Princípio da Escassez. Controle Judicial.

SUMMARY: This article studies the judicial control of the effetuation of the right to health considering the lack of scarce resources. The methodology includes a literature review of the constitutional, finance and health law doctrine, combined with the analysis of the Brazilian Federal Supreme Court jurisprudence. This article comprises eight topics, which involve a fundamental right to health approach; the scarce resources for the effetuation of this fundamental social

*Artigo recebido em 21 maio de 2017
Artigo aceito em 25 maio de 2017

** Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Processual Civil. Juiz de Direito do Estado de Alagoas – TJ/AL. Coordenador Geral de Cursos da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - ESMAL (2015). Professor do Centro Universitário Cesmac (2009-2012). Procurador do Estado de Roraima – PGE/RR (2004-2008). Professor da Universidade Federal de Roraima – UFRR (2004-2005). Chefe da Procuradoria Fiscal – PGE/RR (2004). **E-mail: alexandreoliveiramachado@hotmail.com.**

*** Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal e é professor do mestrado e da graduação da Universidade Católica de Brasília (UCB) e da pós-graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). **E-mail: celsobcorreia@hotmail.com.**



right; finally, to enter the issue of judicial review of its effectiveness, addressing the challenges of achieving distributive justice, the need for an approach based on population, the criteria established by the Supreme Court, resulting in the proposal for a decision that departs the rescue rule and be subject to an universal audience.

Keywords: Public Finance Law. Right to Health. Scarcity Principle. Judicial control.

1 Introdução

O crescimento exponencial do número de ações que buscam, no Poder Judiciário, a efetivação do direito à saúde suscita a discussão, cada vez mais premente, da compatibilização entre esse direito fundamental e o princípio da escassez de recursos. Como assegurar acesso universal a tratamentos e medicamentos, se os recursos públicos são escassos?

A judicialização do direito à saúde tem provocado debates acalorados acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário frente à competência dos demais Poderes para, por meio de deliberação democrática, definir e implementar políticas públicas nesta seara.

O presente trabalho aborda o fenômeno da judicialização e o desafio de efetivação do direito à saúde, considerando a limitação dos recursos públicos existente.

Nessa perspectiva, a opção metodológica adotada parte de uma revisão bibliográfica da doutrina de direito constitucional, financeiro e sanitário, conjugada com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, o presente artigo aborda, inicialmente, o direito fundamental à saúde, para então tratar da escassez dos recursos necessários à sua efetivação.

Realizado o contraponto entre o tratamento amplo dispensado pela Constituição Federal ao aludido direito e a limitação naturalmente imposta ao administrador, pelo princípio da escassez, ingressaremos no desafio do controle judicial de sua efetivação pelo Poder Judiciário.



Abordaremos os desafios da realização de uma justiça distributiva, com abordagem centrada na população, para propor que a atuação judicial na área da saúde afaste-se da regra de resgate e considere, na fundamentação da decisão, as consequências que dela decorrerão para toda a sociedade.

2 O direito fundamental à saúde

As Cartas Constitucionais do século XX, capitaneadas pela Constituição alemã de Weimar, passaram, segundo Ramos (2007), a trazer uma nova categoria de direitos fundamentais: os direitos econômicos e sociais, os quais, em razão do reconhecimento doutrinário e normativo, forçaram o Estado a assumir uma nova postura de garantidor das condições necessárias para o desenvolvimento da personalidade humana.

O direito à saúde está incluído na segunda geração de direitos fundamentais e insere-se, com muita ênfase, na discussão da efetivação dos direitos sociais, em face do papel de provedor normativamente assumido pelo Estado contemporâneo.

O aludido direito social teve um regramento extremamente amplo na Constituição Federal de 1988 por força da reforma sanitária, movimento de profissionais da saúde que defendiam transformações no sistema e que culminou com a adoção do Sistema Único de Saúde (SUS) e universalidade do direito à saúde.

A atual Constituição foi a primeira a alçar os direitos sociais, e com ele o direito à saúde, à condição de direitos fundamentais, conferindo-lhes, por força do art. 5º, § 1º, eficácia imediata.

O direito à saúde consta no rol dos direitos sociais do artigo 6º, *caput*, e também está previsto no art. 196, *caput*, ambos da CF, como um direito de todos e dever do Estado, norteado pelos princípios da universalidade, igualdade de acesso e cobertura abrangente.

Wang (2012) define a universalidade com base em três elementos: (1) impossibilidade de exclusão da cobertura do sistema de saúde pública; (2) a



igualdade de acesso, como princípio que veda a discriminação de acesso entre os usuários do sistema e (3) cobertura abrangente, tomada como o dever do Estado de cobrir desde o tratamento de saúde mais simples ao mais complexo.

Assim, a Constituição Federal expõe uma pretensão universalizante do direito à saúde, associada a uma cobertura ampla e diversificada de serviços. A abrangência desta cesta de serviços é colocada em discussão quando confrontada com a escassez de recursos para a sua concretização.

3 A escassez de recursos

Canotilho (2015) reconhece que os direitos sociais têm custos elevados e para o Estado Social desempenhar a contento esta tarefa deve cumprir quatro condições básicas: um sistema fiscal eficiente que possibilite a captação de recursos necessários e suficientes aos cofres públicos; estrutura direcionada ao financiamento de serviços sociais e investimentos produtivos; orçamento público equilibrado e uma taxa anual de crescimento do rendimento nacional de, pelo menos, 3%.

As condições elencadas colocam o Estado Social em sérias dificuldades e, não por outra razão, nos últimos 25 anos há uma ascendente discussão acerca da sustentabilidade do modelo social (CANOTILHO, 2015).

Ao analisarmos última condicionante em relação ao Brasil, verificamos que a sua taxa média de crescimento nas décadas de 1981-1990, 1991-2000 e 2001-2010 só foi superior a 3% na última, uma vez que se atingiu taxa de 3,6%. No período de 2011-2014, a taxa de crescimento voltou a se inferior ao percentual de 3%, atingindo o patamar de 2,1%.¹

A situação é ainda pior se considerarmos o ano de 2015 e a previsão para 2016, que é de taxas de crescimento negativo. Esse quadro demonstra a dificuldade, sem a necessidade de ingressarmos nas três primeiras

¹ CALEIRO, João Pedro. Dilma tem pior média de crescimento em 20 anos; veja dados. **Exame.** **Com:** **Exame** **Agronegócio.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/veja-o-crescimento-do-pib-por-ano-decada-e-governo>>. Acesso em: 22 abr. 2017.



condicionantes, de se cumprir com razoabilidade a pluralidade de direitos sociais inseridos no texto constitucional.

Canotilho (2015, p.19) constata que:

As críticas ao Estado Social e às constituições programático-sociais inserem-se neste contexto, insistindo uma significativa parte dos políticos e economistas influentes na reorientação das políticas das finanças e despesas públicas. No banco dos réus está a célebre política do *deficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social.

A redação não poderia ser mais apropriada para contextualizar a situação atual vivenciada em nosso país, com entes políticos endividados, dificuldades para adimplir obrigações elementares, a exemplo do pagamento de pessoal, e o constante aumento da despesa social.

Ramos (2007, p. 348) adverte que a maior dificuldade para o desfrute em sua plenitude dos direitos prestacionais, no qual se insere o direito fundamental à saúde, encontra-se “na insuficiência de recursos materiais por parte do Estado, inviabilizando a adoção de políticas públicas que satisfaçam inteiramente e, de imediato, ao comando constitucional”.

A manutenção do Estado Social sob a concepção de que ele deve prover tudo a todos, especialmente na área da saúde, mostra-se difícil, para não dizer impossível, ainda que se defenda um amplo conjunto de reformas e um maior controle no gasto de recursos públicos.

Não se pode extrair da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais o direito de se demandar sempre qualquer prestação específica junto ao Estado, uma vez que esta depende, sobretudo, dos contornos da norma constitucional (ANDRADE, 2012). Há direitos como densidades normativas e condicionantes diferentes no texto constitucional. Os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, mas nem sempre geram, por si, direitos juridicamente exigíveis por qualquer cidadão. O exemplo do direito à moradia é especialmente ilustrativo. Embora conste expressamente no *caput* do art. 6º da



Constituição que o direito entre os direitos sociais, disso não decorre, imediatamente, que qualquer indivíduo possa exigir do Poder Público que lhe entregue uma casa gratuitamente.

A realidade social permeia a aplicação das normas jurídicas, inclusive as constitucionais, e pode, de fato, apresentar limites a sua eficácia, inclusive no que se refere a direitos sociais, como é o caso da saúde. Dallari (2013, p. 465) predica que “[...] as normas constitucionais sejam interpretadas considerando as circunstâncias da realidade social, para garantir os direitos assegurados na Constituição”. Neste sentido, Hesse (1991, p. 22) leciona que “o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida [...]”.

Assim, a amplitude do direito fundamental à saúde deve ser analisada à luz de dada realidade social, política e econômica presentes no momento de sua interpretação, nunca dissociado desses elementos que lhe são condicionantes e definidores de sua limitação.

Hesse (1991) reforça a necessidade de se levar em conta a realidade concreta do seu tempo para que a Constituição jurídica tenha eficácia. A efetivação do direito à saúde deve observar a realidade concreta, sobretudo econômica, da insuficiência de recursos necessários para a sua plena satisfação. Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 370) consigna:

Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar recursos materiais para a sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.

A discussão acerca da escassez de recursos para efetivação do direito à saúde não deve ser tomada no sentido de uma disputa entre Estado e cidadão. Fosse assim, sempre haveria uma tendenciosa predisposição a salvaguardar o interesse do segundo, em face da crise de legitimidade que as instituições e seus representantes estão a atravessar e o caráter abstrato e impessoal do Estado. O sentido a ser tomado na discussão da efetivação do direito à saúde



NEPATS

é o da luta entre seres humanos por recursos sabidamente limitados, a fim de atender a necessidades ilimitadas, tomadas em uma dimensão coletiva.

A presente questão torna-se ainda mais dramática quando tratamos da efetivação do direito à saúde. Nesse caso, a defesa do contingenciamento de despesas com gastos para assegurar um direito fundamental relacionado à vida e à saúde de um indivíduo chega a parecer imoral e aviltante aos valores sociais da solidariedade e dignidade da pessoa humana. Contudo, uma discussão séria acerca da escassez dos recursos é necessária para assegurar o bom gasto dos recursos públicos limitados, potencializando a efetivação do aludido direito fundamental, com um atendimento mais amplo e plural das demandas sociais ilimitadas deste setor.

Não por outra razão, Hesse (1991, p. 10) afirma que

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.

A defesa de um direito à saúde de forma irrestrita incorre no erro da escolha pela alternativa de uma normatividade pura, capaz, por si, de alterar a realidade posta de escassez de recursos, olvidando a questão econômica apta a condicionar a norma.

Por tal razão, Hesse (1991) leciona que a realidade social determina a Constituição e também é determinante em relação a ela, condicionando-se mutuamente, mas sem depender, pura e simplesmente, uma da outra.

O conteúdo do direito à saúde deve ser entendido de acordo com as condições do presente que moldam e limitam sua força normativa, dentro de uma verdadeira relação simbiótica da realidade e plano normativo, do ser e dever ser. Nesse sentido, Hesse (1991, p. 18) afirma que



[...] se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

O problema da escassez de recursos públicos para fazer face às necessidades de saúde da população tem se agravado ao longo dos anos, não apenas com o crescimento populacional, mas com o desenvolvimento de novas tecnologias. A disponibilidade destas novas tecnologias, segundo Dworkin (2005), a exemplo das novas técnicas caríssimas de transplantes de órgãos, tem proporcionado a elevação dos custos médicos nas últimas décadas. O encarecimento do tratamento de doenças por força da evolução tecnológica, com a introdução de novas terapêuticas, é mais um fator importante que se impõe na discussão dos limites do direito fundamental à saúde.

A força normativa da Constituição, na lição de Hesse (1991, p. 20) deve estar em consonância com o “estado espiritual de seu tempo”, devendo adaptar-se a eventuais mudanças sociais, políticas e econômicas. Assim, além de o direito à saúde não poder ser entendido de forma irrestrita, ilimitada, a normatividade desse direito social está sujeita a mudanças ao longo do tempo face os elementos condicionantes aludidos.

O direito à saúde, denominado “socorros públicos” na Constituição do Império (art. 179, XXXI da CF de 1824), com o avanço tecnológico, o aumento populacional, questões culturais e demais fatores condicionantes, não goza da mesma carga normativa do período sob a égide da Constituição Imperial. É o que Hesse (1991, p. 19) chama de “natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*).”

Ademais, segundo Dworkin (2005), diversos médicos e políticos têm alertado para a desnecessidade ou desperdício de algumas novas tecnologias, que em alguns casos oferecem benefícios limitados para justificar o seu custo. Neste ponto, aliás, surge também outra questão, que é a liberdade do médico de prescrever o que entenda ser o melhor tratamento para o seu paciente.



Aaron e Schwartz (*apud* Amaral, 2013, p. 119) suscitam a questão da liberdade médica e a dificuldade de sua compatibilização com a limitação orçamentária:

Em segundo lugar, pode a liberdade médica sobreviver em um ambiente de limite orçamentário? Os médicos defendem zelosamente a liberdade médica, o direito de prescrever o que pensam seja o melhor para cada caso. Essa liberdade inclui o direito de cada médico prescrever remédios, de cada especialista aceitar ou rejeitar pacientes, prescrever exames, realizar ou prescrever procedimentos cirúrgicos que pensa possam ser benéficos. Como pode uma liberdade como essa ser preservada quando o número de leitos e de salas de cirurgia é restrito, a capacidade de realizar exames é limitada pelo acúmulo de serviço, resultado da diminuição nas compras de equipamentos, e o orçamento para remédios têm que competir com outras grandes prioridades em gastos hospitalares.

Outro problema que compromete a boa gestão de recursos públicos escassos é o uso não racional de medicamentos. Veja-se, a propósito, o exemplo do tratamento de portadores de HIV. Pesquisa de campo realizada por João Biehl, Andrade (2012) informa que médicos estariam receitando medicamento T-20 (enfuvirtide) de forma indiscriminada como tratamento de primeira linha, quando haveria outros medicamentos que poderiam ser utilizados antes, devendo o T-20 ser prescrito apenas quando da falha das outras opções disponíveis. Segundo o pesquisador, o tratamento seria indicado para aqueles pacientes que tiveram resistência a tratamentos anteriores, sendo um medicamento de alto custo, no valor US\$ 20 mil por paciente. (ANDRADE, 2012)

Nesse sentido, a utilização de medicamentos de forma racional configura-se “quando pacientes recebem medicamentos apropriados para as suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade” (Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS, 2007 *apud* ANDRADE, 2012, p. 54).



No âmbito do Poder Judiciário, magistrados sempre tiveram a dificuldade de realizar o controle dessa racionalidade, de modo que se deferem, em não raros casos, medicamentos requeridos na inicial, amparados por prescrições médicas, mas sem apoio técnico adequado para informar se a terapêutica requerida é a mais adequada ou se não há terapêutica igualmente eficaz com menor custo para os cofres públicos.

O Conselho Nacional de Justiça- CNJ, por força da Resolução nº 107/2010, criou um Fórum Nacional para monitorar a resolução das demandas de assistência à saúde. O referido órgão, por sua vez, editou a Recomendação nº 31, no mesmo ano, direcionada aos Tribunais, para que estes adotem medidas a subsidiar magistrados e demais operadores de direito, com o escopo de assegurar maior eficiência na solução das demandas na área da saúde.

Entre as medidas da Recomendação nº 31/2010 (CNJ), merece destaque e elogio o conjunto de orientações voltadas para os magistrados para que:

Instruam as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

A recomendação também estabelece a criação de mecanismos de suporte técnico pelos Tribunais, por meio de convênio, com a disponibilização de médicos e farmacêuticos, para prestar auxílio aos magistrados nos processos que envolvem a efetivação do direito à saúde.



A criação das câmaras técnicas nos Tribunais para assessorar os juízes nas demandas de saúde atende a um dos maiores problemas para a efetivação adequada deste direito social no âmbito do Poder Judiciário, que é a falta de expertise daqueles para valorar a pertinência do direito requerido. Andrade (2012) afirma que:

Um dos grandes desafios postos à comunidade jurídica parece residir na compreensão das nuances da assistência farmacêutica, de modo que se disponham dos elementos necessários a, em cada caso concreto, avaliar a pertinência do direito vindicado e a possibilidade da respectiva atuação jurisdicional com vistas a assegurá-lo.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, por exemplo, a aludida câmara técnica foi inaugurada no dia 30 de março de 2016, contando com 15 profissionais da saúde, que tem como função a elaboração de parecer e perícias, inclusive deslocando-se para as unidades judiciárias para este fim.

As medidas referidas, entre as quais destacamos a Câmara Técnica, são uma forma de mitigar os efeitos deletérios do impacto orçamentário das decisões judiciais, uma vez que o magistrado, ao contar com este suporte técnico, poderá ter mais informações para o deferimento da tutela jurisdicional, definitiva ou provisória, bem como indagar a existência de outra terapêutica menos onerosa para o Estado, a exemplo de medicamento similar de menor custo em relação ao solicitado na petição inicial ou intermediária.

Contudo, este conjunto de recomendações, ainda que seguidas em sua integralidade por magistrados e Tribunais de todo o país, minimizam, mas não resolvem o problema da judicialização da saúde que vem crescendo de forma exponencial. A recomendação aludida é salutar e demonstra uma preocupação por parte do Poder Judiciário no sentido de melhorar a qualidade e eficácia dos provimentos jurisdicionais, mas, por si só, não é solução para os problemas aludidos, os quais desenham um quadro preocupante a exigir uma solução premente na busca de critérios mais eficientes para o equilíbrio entre a efetivação do direito à saúde e o princípio da escassez.



É nesse sentido que passamos a discutir a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, a fim de encontrar caminhos de solução para uma decisão judicial que, agregada às recomendações, traga uma fundamentação consentânea com o ideal de justiça distributiva.

4 Justiça distributiva

Conforme já explicitado, o número de ações relacionadas à efetivação do direito à saúde tem aumentado de forma exponencial nos últimos anos nas unidades judiciárias de todo o país. A ascendente demanda para a realização de cirurgias e entrega de medicamentos traz consigo uma discussão de justiça distributiva, que o Poder Judiciário não tem se mostrado preparado a enfrentar.

No período de 2010-2014, os gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais aumentaram 500%, saltando de R\$ 139,6 milhões, em 2010, para R\$ 838,4 milhões, no ano de 2014.² O valor gasto com o cumprimento de decisões judiciais no ano de 2014 seria suficiente para adquirir, segundo dados do Ministério da Saúde, mais de 5.800 ambulâncias, construir 327 Unidades de Pronto-Atendimento ou 12 hospitais.³

No Poder Judiciário do Estado de São Paulo, a quantidade de ações judiciais, tendo o ente político estadual no pólo passivo, praticamente dobrou no período de 2010-2015. O número de ações judiciais saltou de 9.385, em 2010, para 18.045 ações em 2015, sendo que, no último ano, o gasto do Estado de São Paulo com o cumprimento de decisões judiciais alcançou a exorbitante quantia de R\$ 1.000.000.000,00.⁴

² PORTAL DA SAÚDE. **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais.** Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>>. Acesso em: 18 maio 2016.

³ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Para AGU, ação judicial obrigar SUS a fornecer remédio fere isonomia entre pacientes.** Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/366575>. Acesso em: 18 maio 2016.

⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **5065 municípios brasileiros não possuem leitos de UTI, aponta estudo do CFM.** Disponível em:



A distribuição de recursos públicos da área da saúde pelo Poder Judiciário não apresenta o mesmo grau de otimização do que a distribuição realizada por meio de execução de políticas públicas.

Asensi (2013), com amparo em pesquisa realizada por Ana Luiza Chieffi e Rita Barata (2009), consigna que, no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, foram gastos com o cumprimento de decisões judiciais, no ano de 2006, R\$ 65.000.000,00 que resultaram no atendimento de 3.600 pessoas. O mesmo órgão, no entanto, destinou o valor de R\$ 838.000.000,00 para o Programa de Dispensação Excepcional (medicamentos de alto custo) para o atendimento de 380.000 pessoas.

A pesquisa demonstra, segundo Asensi (2013), que foram gastos R\$ 18.000,00, por paciente, com o cumprimento de decisões judiciais, enquanto o referido programa gastou R\$ 2.200,00 por paciente.

Esses dados informam que os efeitos das decisões judiciais transcendem os limites subjetivos da demanda e afetam toda a coletividade, que, entretanto, não tem efetiva participação na discussão da repartição dos recursos limitados no curso do processo judicial.

Um judiciário acostumado e preparado para a justiça retributiva e comutativa não tem se mostrado capaz, a despeito de iniciativas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de encontrar um ponto de equilíbrio entre a escassez de recursos e o atendimento do direito fundamental à saúde.

A rigor, o processo judicial foi pensado, primordialmente, para a discussão de direitos individuais. E talvez por isso ainda hoje não se mostre plenamente adequado para a implementação de direitos sociais.

A efetivação de direitos sociais em centenas e milhares de processos individuais tem resultado em impactos orçamentários significativos para União, Municípios e, até mesmo, para Estados com razoável capacidade financeira.

<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26167:2016-05-16-12-15-52&catid=3>. Acesso em: 18 maio 2016.



Nesse sentido, além da desorganização das contas públicas, Ramos (2007) afirma que as decisões judiciais colaboram com o aumento da frustração e desigualdade social, em virtude de uma minoria mais bem organizada e com maiores recursos que consegue efetivar direitos junto ao Poder Judiciário em detrimento da maioria da população, descurando do ideal de justiça distributiva.

Evidentemente, não se está a defender a não sujeição da matéria ao controle do Poder Judiciário. Trata-se simplesmente de questionar a melhor forma de se estabelecer este direito (ALMEIDA; ZAGO, 2014). O Poder Judiciário tem legitimidade para controlar os atos e omissões dos Poderes Públicos, sobretudo quando o Estado fere o princípio da supremacia da Constituição ao não dar efetividade e proteção a um direito inspirado diretamente na dignidade da pessoa humana, negando sua fundamentalidade.

No quadro atual, no entanto, é fundamental construir critérios limitadores do controle judicial para que o direito à efetivação da saúde não fique restrito a um pequeno e privilegiado grupo de pessoas, em detrimento do conjunto da população, em grave afronta a uma almejada distribuição equitativa dos recursos públicos existentes.

5 ABORDAGEM CENTRADA NO INDIVÍDUO X ABORDAGEM CENTRADA NA POPULAÇÃO

Decidir a favor de uma pessoa determinada, parte no processo, que está em busca da cura ou sobrevivência, é mais fácil do que atender ao direito de pessoas indeterminadas, que sequer fazem parte do processo ou foram chamadas a dele participar. Esse tipo de dilema – demanda individual x custo social –, quase invisível nas demandas individuais e nas tutelas de urgência, tende a ser sempre decidido em favor do indivíduo.

Há quem defenda a participação da sociedade por meio do Ministério Público, como justo representante da coletividade, no caso. No entanto, é sabido que, nessas ações cominatórias, o *parquet* nem mesmo é obrigado a participar e, de regra, quando intervém, dificilmente considera as limitações



orçamentárias do ente público demandado. Manifesta-se quase sempre favoravelmente à entrega do medicamento ou realização da cirurgia independentemente do custo orçamentário implicado.

Em geral, o orçamento público é visto como um instrumento a ser defendido pelo Estado e não pelos seus cidadãos. A questão orçamentária seria assim estranha ao cidadão comum, muito embora seja por meio dele que devem ser concretizadas as principais políticas públicas. As discussões acerca do orçamento chegam aos meios de comunicação apenas quando existem escândalos de desvio de recursos ou quando o executivo não consegue aprovar a proposta orçamentária por divergências com o legislativo.

Existe uma preocupação marcante com a arrecadação dos recursos públicos, notadamente por meio de impostos, mas não há igual atenção, por parte da sociedade, em relação à maneira como são gastas essas receitas (CORREIA NETO, 2016). O cidadão revolta-se com a alta carga tributária e, sempre que preciso, insurge-se, em juízo, contra a cobrança indevida do tributo, mas não reage com a mesma indignação quando o que está em jogo é a confecção da peça orçamentária ou a alocação dos recursos públicos.

De alguma forma, essa mesma lógica aplica-se ao debate em relação ao direito à saúde. Não raro, afirma-se que a falta de efetividade é consequência da má gestão ou do desvio de recursos, sem que haja espaço, no debate, para que se discuta o problema da escassez dos recursos. A presente argumentação é combatida por Amaral (2013, p. 125), que afirma:

Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas por fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, d.m.v., tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da “indústria de liminares de medicamento”: nenhum valor. Isto pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do “desvão” a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos.



As necessidades sempre serão maiores do que os recursos angariados pelo Estado, sobretudo considerando que a principal fonte de receitas, os tributos, também tem seus limites. O descompasso entre demandas e recursos, em alguns casos, é especialmente evidente. A título de exemplo, Wang, apoiado em estudos Ferraz e Vieira, afirma que 1% da população brasileira sofre das doenças de reumatóide, artrite e hepatite C crônica e que o custo para tratar de todos os brasileiros acometidos destas enfermidades, com o medicamento mais moderno, supera o dobro do orçamento nacional destinado à saúde (FERRAZ E VIEIRA, 2009 *apud* WANG, 2012).

Dworkin (2005), ao tratar da distribuição igualitária de recursos, apresenta, como exercício, a seguinte situação: um grupo de naufragos vai parar em uma ilha deserta e devem decidir de que forma os recursos disponíveis serão divididos. Para tanto, elegem um deles para a difícil tarefa de realizar uma divisão justa, de modo que, ao final, um não venha a cobiçar a porção do outro.

O teste da cobiça, segundo Dworkin (2005), não é satisfeito pela simples divisão mecânica dos recursos disponíveis. O responsável pela divisão deve adotar um mecanismo que combata a arbitrariedade e possível injustiça. Desse modo, Dworkin (2005) aponta para uma solução que seria a de se distribuir conchas de mariscos em quantidades iguais entre os imigrantes da ilha, separando os recursos por lotes, os quais seriam levados a um leilão, no qual cada um tivesse condições de dar lances até que todos os recursos fossem arrematados.

Nessa solução, conclui Dworkin, não haveria o risco de ao final um cobiçar a parte do outro, uma vez que, hipoteticamente, todos tiveram a chance de comprar tal porção em vez da sua, restando estabelecido, com este mecanismo, um papel igualitário.

5.1 O dilema do prisioneiro



REPATS

Propomos, agora, a ampliação do referido exemplo. Substituímos a ilha por um país e o grupo é composto por 200 milhões de pessoas. Fácil perceber que estamos tratando do Brasil e saímos do exemplo hipotético para uma situação real, na qual também temos de enfrentar o problema da distribuição de recursos limitados, em face do princípio da escassez.

Se a solução do leilão já seria difícil de ser colocada em prática em uma pequena ilha com um pequeno número de pessoas, torna-se impossível de ser executada, por razões óbvias, em qualquer outra situação mais ampla. Não obstante, mantém-se o desafio da busca de um mecanismo que combata a arbitrariedade e injustiça na divisão destes recursos.

Adaptando a solução proposta por Dworkin para um universo de recursos limitados, mas de enorme pluralidade, e de um grupo de pessoas na casa de milhões, verificamos que a forma de representação para a deliberação de divisão destes recursos é o mecanismo mais adequado para o combate à arbitrariedade e injustiça. Sim, porque, ao menos na teoria, dá condições para que todos, indiretamente, possam deliberar sobre a divisão dos recursos disponíveis.

O grande problema ocorre quando essa divisão é levada à apreciação para outra seara, estranha ao processo de deliberação democrática. Seria o caso de, retornando à ilha de Dworkin, uma pessoa decidisse socorrer-se de um “juiz”, que gozasse de força junto aos demais para fazer valer sua decisão, a fim solicitar a quantidade de dois litros de água potável por dia, relativos a um período de um ano, tempo suficiente para um resgate, ao fundamento de que é essa a quantidade a recomendada pela Organização Nacional de Saúde para ingestão diária de um adulto.

Voltemos ao exemplo. Suponhamos que na ilha existam apenas 10.000 litros de água potável para um universo de 40 pessoas. Se o recurso fosse dividido igualmente entre todos os naufragos, sem a necessidade de um leilão, a cada um caberiam 250 a quantidade de litros de água potável. Se fosse realizado o leilão, aquele que dispusesse de uma quantidade menor o teria compensado, hipoteticamente, arrematando outro recurso que entendeu



ser mais interessante, por exemplo, uma maior quantidade de terra arável ou de frutas.

Mas, se a presente questão é levada para um terceiro decidir e este o faz amparado em um direito individual, sem levar em consideração a justiça distributiva e a escassez do recurso, tomando por base apenas a necessidade de ingestão diária de determinada quantidade de água por dia, o direito à vida e à saúde, fica evidente o desequilíbrio. De fato, uma só pessoa passará a ter o direito ao gozo de um direito – e, por conseguinte, ao consumo de um bem – cujo custo de fruição será arcado por todos os demais habitantes da ilha. Um indivíduo consumirá muito mais água do que os demais, ou melhor, um indivíduo consumirá a água dos demais.

Além disso, cabe também destacar fato de que essas pessoas não participaram do processo de deliberação do distribuição do recurso em questão, o que, num Estado democrático, deve ocorrer, em regra, mediante participação dos representantes eleitos pelo povo, por meio de sufrágio universal, à exceção dos casos de consulta popular.

O exemplo deixa claro como a divisão de recursos escassos pelo Poder Judiciário pode não ser a mais adequada do ponto de vista racional, na medida em que a abordagem voltada para a tutela individual, por muitas vezes, fere direito de todos os demais integrantes da sociedade.

Neste sentido, Amaral (2013, p. 137) constata que “nosso modelo atual permite uma indução ao *dilema do prisioneiro*, pondo ao nível do julgador uma opção racional que, no agregado, resulta em uma opção coletiva irracional [...]”

A decisão que efetiva o direito à saúde pode ser a melhor para o caso concreto, mas não para a coletividade. A abordagem do ponto de vista individual não atende aos critérios da razoabilidade e universalidade.

6 Critérios estabelecidos pelo STF para a concessão do provimento jurisdicional



O custo financeiro é um fator relegado, em geral, ao segundo plano pelo Poder Judiciário na análise das questões de saúde que lhe eram submetidas. O Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2006, recusou-se a estabelecer limites para a efetivação do direito à saúde, tratando o interesse financeiro como algo secundário, quando em confronto com o direito à vida e a saúde (PET 1246; RE 198263).

A ADPF 45 é um julgado importante na matéria. Não houve, no caso, julgamento de mérito, visto que a ação foi julgada prejudicada pela perda superveniente do objeto. Não obstante, o relator, Ministro Celso de Mello, enfrentou o tema de reserva do possível orçamentária e a necessidade de se observar a disponibilidade financeira para o cumprimento do direito à saúde, sem, no entanto, cuidar de introduzir critérios explícitos.

Outro julgado importante do STF é a STA 175. Pleiteava-se, no caso, medicamento de alto custo (R\$ 52.000,00/mês), decidiu realizar Audiência Pública com especialistas de diversas áreas da saúde e da seara jurídica, com o propósito de encontrar caminhos de solução para as questões relativas às demandas judiciais atinentes ao fornecimento de prestações de saúde.

Na audiência pública, foram definidos os seguintes critérios para a concessão do provimento jurisdicional: tratamento incluído na lista oficial do sistema de saúde e recomendado por clínica de saúde do sistema de protocolo terapêutico; o reconhecimento, pela ANVISA, da segurança, eficiência e qualidade do tratamento; utilização apoiada por consenso científico, o que exclui tratamentos experimentais; na eventualidade de se exigir tratamento distinto do ofertado pelo Sistema de Saúde Pública, deve-se comprovar que este não é apropriado, em razão da particularidade do caso; por fim, na situação em que o doente comprovar que o tratamento requerido, apesar de não incluso nas listas oficiais e protocolos terapêuticos, em face da lentidão do processo, tem sido utilizado por longo tempo, com resultados positivos, por doentes que podem custear.

Certamente, os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal representam um avanço no enfrentamento da matéria, mas, por si só, não



resolvem o problema da escassez de recursos e da necessidade de seu racionamento. Neste sentido, Wang afirma que:

O problema com este critério é que ele não considera o cenário em que o tratamento oferecido pelo sistema público de saúde não pode ser fornecido em quantidades que garantam a prestação universal. O fato de um tratamento estar incluso na lista oficial ou recomendado por protocolos clínicos e terapêuticos nem sempre exclui a necessidade de racionamento, selecionando os beneficiários pelas características clínicas, ou através da criação de listas de espera. (WANG, 2012, p. 9, tradução nossa)

O provimento jurisdicional do pedido, em sede liminar ou definitiva, mesmo nos casos inseridos nos critérios analisados, pode deslocar recursos de outras áreas, a exemplo daqueles destinados à saúde preventiva, como também pode configurar um tratamento desigual, privilegiando algumas pessoas em detrimento de outras que não se socorreram ao Poder Judiciário e que ainda estão à espera do medicamento ou cirurgia.

Ademais, os critérios estabelecidos na audiência pública não têm sido seguidos, em regra, por magistrados e Tribunais do país, o que se constata, facilmente, com a pluralidade de decisões para o fornecimento da fosfoetanolamina e outros medicamentos experimentais. A bem da verdade, nem o Supremo Tribunal Federal tem observado os critérios fixados, visto que, nos casos posteriores à audiência, quando esteve diante de casos de terapias de última oportunidade, aplicou a regra de resgate, a fim de assegurar o tratamento ou medicamento pretendido pelo paciente.

7 A substituição da regra de resgate

A aplicação da chamada “regra de resgate” merece especial destaque no tema em questão. A propósito do sentido da expressamente, destacar Wang: “A regra de resgate pode ser definida como uma sensação de dever moral imediato para tentar fazer todo o possível para resgatar uma pessoa



identificável, cuja vida e/ou a saúde está em perigo, independente do custo” (WANG, 2012, p. 12, tradução nossa).

A dita regra é especialmente aplicável nas situações que envolvam as chamadas “terapias de última oportunidade”. Em casos tais, é comum que o magistrado, para não assumir a responsabilidade da morte ou sofrimento de um ser humano, individualizado no processo, deferia o provimento, independente do custo financeiro da terapia. O argumento humanitário tende sempre a prevalecer sobre a questão orçamentária.

O princípio do resgate é, na verdade, antigo, intuitivamente atraente e recebe vasto apoio da retórica política. Aparenta ser a solução correta para o problema do racionamento, mas é inútil e tem sido prejudicial para a busca de um novo modelo adequado para a reforma do sistema de saúde (DWORKIN, 2005). No lugar da regra de resgate, Dworkin (2005) propõe a adoção do que ele chama de “princípio do seguro prudente”, o qual seria mensurado tomando por base o quanto as pessoas, em média e de forma prudente, decidiriam gastar individualmente se tivessem que contratar um seguro saúde.

Dworkin parte do pressuposto de que, quanto mais abrangente for a cobertura contratada, mais caro será o seguro saúde, comprometendo o gasto do cidadão em outras esferas, a exemplo da educação, lazer, moradia. Assim, um homem prudente não contrataria uma cobertura extremamente ampla, a ponto de comprometer o gasto em outros setores igualmente importantes.

Em pese o referido autor estar discutindo solução para a delimitação de gastos do sistema de saúde dos Estados Unidos, a solução pode ser adequada e importada para o nosso sistema de saúde. Ao discutir a abrangência do direito à saúde deveríamos responder à pergunta de Dworkin (2005, p. 446): “[...] quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre”.

Uma pessoa prudente e com razoável condição financeira contrataria que tipo de cobertura de plano de saúde? Contrataria coberturas extremamente caras, a exemplo de cuidados permanentes em caso de demência,



medicamentos experimentais extremamente caros ou cirurgias no exterior que tivessem pouca chance de cura ou curto período de sobrevivência, mesmo sabendo que o valor do plano de saúde aumentaria substancialmente comprometendo o gasto com outros setores importantes, a exemplo da educação, previdência ou aquisição da casa própria?

Dworkin (2005) propõe que o gasto da nação deve ser igual ao gasto que esse indivíduo padrão faria, cabendo ao Estado proporcionar meios de disponibilizar esse tipo de cobertura, não mais do que isso. Desse modo, a cobertura universal consignada em nosso texto constitucional não deveria ser interpretada como uma cobertura ampla e irrestrita, mas uma cobertura racional, baseada no padrão médio e de acordo com os recursos, sempre limitados, disponíveis.

Não parece haver contradição entre a proposta e os critérios fixados pela jurisprudência do STF. A solução também parece compatível com o texto constitucional, especialmente porque parte de uma interpretação do direito à saúde não separada da realidade, considerando as condições econômicas, a qual, segundo Hesse (1991), é elemento condicionante para a eficácia da norma jurídica.

A referida solução poderia ser utilizada no controle judicial, afastando-se da regra de resgate. O magistrado, na análise do caso concreto, deveria perguntar-se se aquele tipo de providência requerida judicialmente enquadrar-se-ia em uma cobertura de plano de saúde normalmente contratado por uma pessoa prudente e com mediana condição financeira. Assim, o referido critério proposto por Dworkin não serviria apenas como guia de orientação para políticas públicas, seria também vetor a direcionar o magistrado na solução de ações que buscam a efetivação de direito social no caso concreto.

Tomemos como exemplo o caso de pessoas que têm conseguido na justiça a possibilidade de realizar tratamento com células-tronco em clínicas de países asiáticos, tais como a China e a Tailândia, ao custo de mais de R\$



100.000,00, cada, pagos com recursos públicos.⁵ O tratamento com células tronco em países asiáticos não consta de lista pública oficial do sistema de saúde, nem tem reconhecidas a segurança, eficiência e qualidade pela ANVISA, tampouco existe consenso científico quanto à sua utilização, o que, observando os critérios definidos pelo STF, seria suficiente para o indeferimento da aludida terapêutica pelo Poder Judiciário.

Contudo, se no futuro houvesse prova de que o tratamento tem sido utilizado por doentes que podem pagar, com resultados positivos, mas a sua inclusão nas listas oficiais e protocolos terapêuticos fosse, ainda assim, lenta, estaria o Estado obrigado a arcar com as despesas de passagem, hospedagem e tratamento para todos os brasileiros que se dispusessem a realizar no exterior?

A resposta deve ser negativa. Nesse caso, afastando-se a regra de resgate e verificando os tipos de cobertura de planos de saúde particular contratados pela média da população brasileira, parece correto afirmar que esse não é um tipo de cobertura regularmente contratado e, por conseguinte, também não caberia ao Estado o dever de custeá-lo.

Esse pode ser um critério complementar para guiar a atuação do magistrado, no caso concreto, sem prejuízo da observância dos critérios apontados pelo Supremo Tribunal Federal. A rigor, as duas perspectivas não se contradizem, complementam-se.

8 Universalização da decisão

Decidir pela efetivação do direito à saúde sem levar em consideração a escassez de recursos é entregar uma tutela jurisdicional dissociada da realidade na qual o magistrado encontra-se inserido. É dar as costas para as consequências da decisão judicial.

⁵ MELLO, Patrícia Campos; ANDRADE, Débora Machado. Brasileiros acionam a Justiça por tratamento na Tailândia. **Folha de São Paulo**, 20 de março de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1751966-brasileiros-acionam-a-justica-por-tratamento-na-tailandia.shtml>>. Disponível em: 20 mar. 2016.



Se qualquer cidadão deve ser responsabilizado pelas consequências previsíveis de seus atos, igual responsabilidade deve recair sobre o magistrado, fazendo-o com que discuta e leve em consideração, como razão de decidir, a escassez de recursos quando da entrega da prestação jurisdicional na área da saúde. O juiz deve se preocupar com o impacto orçamentário de sua decisão, uma vez que a indisponibilidade de recursos para o seu cumprimento resulta em desprestígio do julgado, e pode implicar também comprometimento de outros direitos sociais contemplados em políticas públicas (MARMELSTEIN, 2009 *apud* RIBEIRO, 2013).

Nesse sentido, Mazza e Mendes (2013) apontam para a necessidade de o Poder Judiciário adotar parâmetros claros ao decidir e não descuidar das consequências de suas decisões, uma vez que causam impacto no orçamento público, forçando a realocação de receitas destinadas originariamente para o benefício do conjunto da população.

Conforme teoria consequencialista de MacCormick (2008), toda decisão tem que ser submetida a uma audiência universal, pois se parte do princípio que casos semelhantes, por uma questão de isonomia, devem ter a mesma solução.

Voltemos outra vez ao exemplo da ilha e da divisão de recursos escassos. A decisão de fornecer dois litros de água por dia para determinado habitante, ainda que justa, se tomada singularmente, não é universalizável, se submetida a um juízo universal, ou melhor, se replicada para todas as demais pessoas residentes na ilha. Afinal, seriam necessários 29.200 litros de água potável para atender a todos, de forma igualitária, quando existentes apenas 10.000 litros de água potável.

Assim, nessa perspectiva, uma decisão justificada é aquela que pode ser replicada para todos os demais casos, razão pela qual o magistrado não pode buscar apenas a melhor solução analisando o caso singular. Deve pensar na melhor solução para todos os casos idênticos àquele, de forma global, ainda que singularmente a decisão não seja a mais justa. A validade da norma, no caso, é apurada pelas consequências e os seus efeitos colaterais, os quais



devem ser aceitos por todos, nas mesmas circunstâncias, segundo os interesses considerados em sua individualidade (GÜNTHER, 2004 *apud* AMARAL, 2013).

O efeito sistêmico da entrega de um medicamento ou tratamento deve ser considerado pelo magistrado em suas razões de decidir. O raciocínio lógico formal no qual o juiz aplica a regra geral (direito à saúde) ao caso concreto (enfermidade) não é suficiente. Neste sentido, Piscitelli (2011, p. 11) afirma que “[...] existindo controvérsia – como sempre há – o juiz deve não apenas demonstrar que a norma geral se aplica ao caso concreto, mas, igualmente, justificar tal aplicação [...]”.

Para MacCormick (2008, p. 129) “justificar um ato é mostrar que ele é correto. Mostrar que ele é correto é mostrar que, sob qualquer visão objetiva da matéria, o ato deveria ter sido praticado [...]”. Na lição do autor, não pode existir justificação sem universalização. Neste sentido, Christopoulos (2014, p. 70), com amparo na teoria de Neil MacCormick (2008), leciona que “qualquer decisão deve ser universalizada, pois todos os casos semelhantes devem ter a mesma solução, sob pena de o direito institucionalizar injustiças”.

As mesmas premissas podem ser aplicadas no âmbito das demandas envolvendo direito à saúde. Vejamos um exemplo. Como se sabe, tem havido nos últimos anos um aumento exponencial no número de novas terapêuticas para o tratamento de câncer, aprovadas por organismos oficiais, impactando de forma substancial os orçamentos públicos. Segundo o diretor do Centro de Oncologia do Hospital Sírio Libanês, tratamentos de câncer mais avançados podem custar R\$ 60.000,00 por mês para cada paciente.⁶

Considerando que, segundo especialistas da área, uma a cada três pessoas desenvolverá ao longo da vida algum tipo de câncer⁷, denota-se que a decisão judicial que defere o tratamento, sem que seja universalizada, está

⁶ Disponível em: <<https://rgfarma.com.br/2015/09/25/alto-custo-de-novos-medicamentos-prejudica-oncologia/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

⁷ Disponível em: <<https://rgfarma.com.br/2015/09/25/alto-custo-de-novos-medicamentos-prejudica-oncologia/>>. Acesso em: 20 mar. 2016.



institucionalizando injustiça, uma vez que se sabe que o Estado não terá condições de arcar com o custo para todas as outras situações semelhantes.

Nesse sentido, deve o magistrado ao justificar as suas razões fazer com que sua decisão seja submetida ao requisito da universalização, como se estivesse a construir um precedente, o qual teria que ter o condão de ser replicado para todos os demais casos similares.

9 Conclusão

A fundamentação amparada em assessoramento técnico, por meio de Câmaras Técnicas criadas no âmbito dos Tribunais, e norteada pelos critérios estabelecidos na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, contribui para uma decisão preocupada com a escassez de recursos e a efetivação do direito à saúde para toda a população.

No entanto, a necessidade de racionamento exige que o magistrado não apenas observe os critérios estabelecidos pela audiência pública, mas que verifique a razoabilidade e proporcionalidade da medida judicial requerida. O controle judicial deve sair de uma abordagem centrada no indivíduo para uma abordagem centrada na população. A melhor decisão não é a voltada isoladamente para a solução do caso concreto, mas aquela que produz os melhores resultados para a coletividade, ainda que na singularidade não seja a mais adequada.

Na análise do caso concreto, deve o magistrado perscrutar se aquela enfermidade estaria dentro da cobertura de um plano de saúde privado ordinariamente contratado por um homem prudente. Nesse sentido, basta que o magistrado verifique se a maioria dos planos de saúde privados contratados no país oferecem a cobertura exigida pelo jurisdicionado face o Estado. Trata-se de um parâmetro de proporcionalidade, a amparar a decisão judicial.

O magistrado deve estar norteado para uma abordagem voltada para a população, substituindo o critério da regra de resgate pelo critério de uma cobertura prudente, a fim de proferir uma decisão passível de universalização,



que pode ser aplicada a todos os casos similares, em atendimento ao ideal de uma justiça distributiva.

Qualquer recurso coletivo deve estar amparado por um sistema de proteção que não o leve a sua degradação. A distribuição desses recursos pelo Poder Judiciário deve ser realizada com a consciência de que são escassos e devem ser distribuídos de forma equânime para toda a sociedade. O sistema de controle jurisdicional proposto para a efetivação do direito à saúde é o do enfrentamento de uma abordagem voltada para a população, preocupada com as consequências da decisão, em consonância com a realidade econômica e social e a finitude dos recursos existentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-144.

ANDRADE, Ricardo Barreto de. **O Direito à Assistência Farmacêutica na Experiência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 2012. 143 p. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília (UnB), 2012.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110.



BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Rev. Direito GV**, São Paulo, 8(1), Jan.- Jun. 2012, p. 059-086.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11-32.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2014.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Os 50 Anos da Lei Geral de Orçamentos (Lei N. 4.320/64): O Esquecimento da Lei Orçamentária e do Direito Financeiro no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, p. 184-191, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 463-484.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. [tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira] - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. [tradução Conrado Hübner Mendes]. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAZZA, Fábio Ferreira Mazza; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões Judiciais e Orçamento: Um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, nov. 2013/ fev. 2014, p. 42-65.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Rev. da Fac. Direito USP**, São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.



RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira. O Judiciário na (des) construção de políticas públicas. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Direitos sociais e políticas públicas II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 382-403. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=113>. Acesso em: 20 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), jul.- dez. 2008, p. 539-568.

_____. Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. **Health Economics, Policy and Law**. Available on CJO doi: 10.1017/S1744133112000291.

