



Fernando Rabello

88

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: uma reflexão à luz da teoria dos jogos

JUDICIALIZATION OF HEALTH IN THE LIGHT OF THE GAME THEORY

Gisele Chaves Sampaio Alcântara

RESUMO

Procede a uma análise prospectiva e ampliada dos efeitos negativos provocados pela multiplicação de ordens judiciais concessivas de demandas individuais ajuizadas com base no direito constitucional à saúde.

Apresenta como instrumento de tal reflexão a "Teoria dos Jogos", para avaliar os riscos da criação de uma "Tragédia dos Comuns" pela reprodução de condutas não cooperativas em ações que envolvem a coletividade na área da saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; saúde – direito à, judicialização da; Teoria dos Jogos; Tragédia dos Comuns; escassez.

RESUMO

The author performs a prospective and comprehensive analysis of the negative effects brought about by the multiplication of court orders issued in favor of individual plaintiffs whose complaints are based on the constitutional right to health.

To support her views, she presents the "Game Theory" to assess the risks of creating a "Tragedy of the Commons", through the reproduction of non-cooperative behavior regarding litigation involving community in the scope of public health.

KEYWORDS

Constitutional Law; health – right to, judicialization of; Game Theory; Tragedy of the Commons; shortage.

1 INTRODUÇÃO

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

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 setor¹.

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 (SANT’ANA et al., 2011, p. 138-144). 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 [...]. (Idem, 2011, p. 138-144)

De fato, 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 (SCHEFFER, 2005, p. 17 e ss.), pleitearam junto ao Poder Judiciário o fornecimento de antirretrovirais pelo Poder Público (MESSEDER et. al., 2005). 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 (SCHEFFER, 2005).

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 (MESSEDER et. al., 2005), a atuação judicial logo se estendeu para conceder fármacos para o tratamento de outras moléstias, além de várias medidas e terapias em diversos casos: internação hospitalar a portador de “leucemia aguda” (BRASIL, STF, 2001), fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores de esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio (BRASIL, STF, 2007), fornecimento gratuito de medicamento a paciente portadora de patologia neurodegenerativa rara – “NIEMANN-PICK TIPO C” (BRASIL, STF, 2009), providências administrativas para

a melhoria de atendimento hospitalar (BRASIL, STF, 2010), ampliação de unidade de terapia intensiva-adulta em unidade hospitalar (BRASIL, STF, 2010), e custeio de tratamento médico no exterior a fim de evitar a evolução de doença ocular progressiva – “retinose pigmentária” (BRASIL, STF, 2011). Esses são apenas alguns exemplos de pedidos concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em diversas demandas ajuizadas com vistas à concretização do direito à saúde.

O aumento exponencial do número de demandas tem provocado questionamentos e reflexões na comunidade jurídica, além de profunda revolta dos gestores públicos. Argumenta-se que, 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 (MENDES, 2009), 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 (AMARAL, 2011, p. 93-94).

[...] 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 [...] de outra parte, o elevado número de ordens judiciais enseja grandes impactos financeiros à União [...]

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 (MOURA, 2009, p. 335).

Mais recentemente, em 28/4/2011, noticiou o jornal *O Estado de São Paulo* (BASSETTE, 2011) 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% de 2005 a 2010. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010.

É neste ambiente repleto de perplexidades e sutilezas que se desenvolve o presente ensaio. Partindo dos estudos sobre a “Teoria dos Jogos”, exprime uma avaliação prospectiva dos possíveis efeitos deletérios ensejados pela multiplicação indiscriminada de ordens judiciais na área de saúde. A partir daí, propõe

uma avaliação do assunto à luz da Teoria do Custo dos Direitos, sob o alerta de que *levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério* (HOLMES; SUSTEIN, 2000, p. 44)².

2 TEORIA DOS JOGOS, MICROJUSTIÇA E MACROJUSTIÇA: O RISCO DA TRAGÉDIA DOS COMUNS

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 Jogos³.

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 historietinha que foi, anos mais tarde, desenvolvida por Albert W. Tucker e publicada sob o título de "O dilema do prisioneiro"⁴.

[...] *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.*

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 enfren-

tam 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 (FIANI, 2009, p. 110-111).

Analisando estrategicamente as opções de cada acusado, percebe-se que a melhor decisão individual é confessar, uma vez 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, uma vez 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.

Conforme observa Ruy Afonso Santacruz Lima, *o notável na situação é que os jogadores não optam pelo melhor resultado possível, que seria de um ano para cada um, caso os dois não confessassem. Dessa forma, os agentes aceitam resultados sub-ótimos dependendo das condições estabelecidas pelo jogo. Em termos de teoria econômica, isso significa um afastamento da hipótese básica de que os agentes sempre tomam decisões maximizadoras*⁵.

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 a melhor para todos.

Essa 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 (HARDIN, 1968, p. 1243-1248).

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 (Idem).

Tal 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* (Idem).

Estas ideias, a princípio utilizadas na área bélica e, mais tarde, na Matemática e Economia, são de grande valia também no 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 impõe-lhe 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, exigem-lhe 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 (AMARAL, 2010, p. 18). Trata-se de um exercício argumentativo de abstração encontrado, em maior ou menor grau, na pragmática universal habermasiana, expresso em seu princípio da universalização⁶.

Não se pode olvidar 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 socioeconômica, 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, conforme Gustavo Amaral, no entanto, *a tendência natural é fugir do problema, negá-lo* (AMARAL, 2010, p. 80-81). Assinala ainda ser o pensamento prevalente: *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” (Idem).

É importante, contudo, que cada julgador seja levado à consciência de que, independentemente do seu assentimento ou vontade, ele está inserido nesta teia de relações, neste sistema. Deferindo ou não a demanda, estará ele interferindo nesta dinâmica. Isto é uma realidade inexorável.

Cada um, isoladamente, ajuíza uma demanda, pleiteando a melhor prestação de saúde possível. O resultado para a concessão destes diversos pleitos individuais [...] é o pior possível: o colapso do próprio sistema de saúde.

Cumpra-lhe, portanto, tomar consciência do seu papel e assumir a responsabilidade de ser, mesmo nas demandas individuais, um agente 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 arts. 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.

Porém 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.

3 A TEORIA DOS JOGOS E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS NA ÁREA DE SAÚDE

Sob a luz da análise prospectiva apresentada pela Teoria dos Jogos, percebem-se 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* (AMARAL, 2011, p. 96) 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*** (AMARAL, 2011, p. 82), 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* (WANG apud AMARAL, 2010, p. 131).

Não se pode olvidar 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* (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 94).

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* (CALABRESI; BOBBIT, 1978). Elas são feitas por meio de *trade-offs*: para implementar uma determinada prestação de saúde, outras prestações da mesma natureza restarão comprometidas.

Não se pode olvidar que, para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais o Estado precisa criar fontes de receitas, sendo a principal delas a arrecadação tributária.

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 (BRASIL, Sen. Fed., 2011).

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* (HOLMES; SUNSTEIN apud AMARAL, 2010, p. 56-57).

Relevante é destacar, neste ponto, que 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 subfinanciamento⁷ 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, 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.

Para ilustrar esta asserção, veja-se o relato de John F. Kilner

acerca da alocação de recursos e da escassez na área da saúde pública nos Estados Unidos: *Há hoje um mito, que países prósperos como os Estados Unidos não precisam se preocupar com o problema da seleção de pacientes, já que há recursos suficientes para todos. Há até quem acredite que essa suficiência se estenda pelo mundo afora. Esse mito é menos que meia verdade. A verdade nele contida é que há recursos para eliminar muitas das escassezes de hoje. Serão esses recursos tornados disponíveis para satisfazer as necessidades médicas de todos? Infelizmente, isto não é provável, mesmo nos Estados Unidos. Outros recursos não financeiros, como órgãos para transplante, são escassos em relação às necessidades. Novas escassezes, ademais, são inerentes ao progresso da tecnologia. Em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro* (KILNER apud AMARAL, 2010, p. 75).

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 (AMARAL, 2010, p. 17).

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* (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 44)⁸. 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 compeensão 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 público, 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.* (HOLMES; SUNSTEIN, apud AMARAL, 2010, p. 42)

Daí por que 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 desidrataçõ e a mortalidade infantil?* (SANTOS, 2010, p. 20)

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 incorpora-*

ção 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 (SANTOS, 2010, p. 168-169).

4 CONCLUSÃO

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas, e que a escassez não é acidental, mas essencial (AMARAL, 2010, p. 81), é indispensável que se desenvolvam critérios de controle da razoabilidade da avaliação das demandas no caso concreto, de modo a não se criar uma inversão cruel em razão da escassez (SANTOS, 2010, p. 33), garantindo-se mais direitos a quem tem mais chances de pleiteá-los no Judiciário, restando aos menos favorecidos contentarem-se com as prestações remanescentes que o Estado tem a oferecer⁹.

Para tanto, é preciso abandonar a visão ensimesmada e retórica própria da análise jurídica, e passar a analisar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, também sob um viés realístico, afinal, nem a Constituição, nem a lei, nem a decisão judicial têm o efeito de, como num passe de mágica, fazer surgirem os recursos necessários à implementação dos mandamentos nelas contidos.

Não se pode olvidar, nesse passo, que, como princípio constitucional, o direito à saúde não tem sua aplicação norteada por um critério disjuntivo e excludente, pautado pelo “tudo ou nada”. Antes, funciona como um “mandamento de otimização”, comportando graus distintos de efetivação. Sua realização, conforme a doutrina de Alexy, é orientada por *uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas* (AMARAL, 2010, p. 6; ALEXY, 1999, p. 74-75).

Avulta, pois, a necessidade de recorrer à ponderação, à argumentação e à razão prática no controle da racionalidade das decisões proferidas no *hard case*¹⁰ envolvido na interpretação do direito à saúde, princípio constitucional cuja concretização abrange vários níveis e graus, diversas soluções e opções.

Neste ambiente, Vieira de Andrade (ANDRADE apud FIGUEIREDO, 2007, p. 116) defende uma interpretação que

permita restringir à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental – *in casu*, o direito fundamental à saúde – e, assim, excluir os conteúdos que possam considerar-se de plano constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito, de modo a preservar, em última análise, o núcleo do conteúdo essencial do direito fundamental.

Esta restrição decorre dos chamados “limites imanentes” do próprio direito.

No magistério de Canotilho, tais limites recortam o conteúdo do direito, como tal previsto pelo âmbito normativo do preceito constitucional, de modo a delinear a contextura de garantia efetiva, ou efetivamente passível de proteção (CANOTILHO apud FIGUEIREDO, 2007, p. 117). Assim, diante do caso, analisa-se o âmbito de proteção da hipótese de incidência da norma constitucional, perquirindo se certa prestação ou modo de exercício estão agasalhados pelo direito fundamental, ou não.

Para Vieira de Andrade, diretriz para tanto é a advertência de que a tutela constitucional jamais pode acarretar ofensa ao conteúdo essencial do mesmo direito fundamental na esfera de terceiros, de outros direitos fundamentais, tampouco a valores comunitários básicos, nem ainda a princípios essenciais da Ordem Constitucional. Se isto ocorrer, os fatos postos não contarão com a proteção constitucional (ANDRADE apud FIGUEIREDO, 2007, p. 118).

No exercício desta atividade hermenêutica de determinar *se, como e em que medida* o direito à saúde deve ensejar prestações materiais em cada pretensão judicial, é necessário que o magistrado-interpretador supere as amarras do relato abstrato do texto normativo e vá além, considerando e avaliando também o manancial econômico, social e político que compõe a realidade constitucional.

Este deslocamento do foco do legislador para o aplicador – que se torna co-participante do processo de concretização do direito em cada caso concreto – transforma o Direito em um *servo de dois senhores*, a lei e a realidade (AMARAL, 2011, p. 99).

E isso não implica o esvaziamento da força normativa da Constituição ou da eficácia positiva da lei. Antes as prestigia,

reforça e garante, na medida em que direciona as escolhas e decisões alocativas à materialização dos mandamentos nucleares da vontade Constitucional e também legal, evitando que, mediante um alargamento *ad infinitum* do âmbito de proteção da norma, deixe-se de tutelar direitos que compõem o seu núcleo, uma vez que não há recursos para atender a todas as demandas dos indivíduos.

NOTAS

- 1 Segundo o levantamento, 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.
- 2 No original: *Taking rights seriously means taking scarcity seriously*.
- 3 Ver Pinheiro e Saddi (2006, p. 161-162). No seu artigo *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*, 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.
- 4 Conferir: Pinheiro e Saddi (2006, p. 172-173); Cooter e Ulen (2010, p. 56-59); e Fiani (2009, p. 112).
- 5 Reflexões extraídas das lições de Ruy Afonso Santacruz Lima, Professor Doutor titular da Disciplina de Economia do Curso do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense (UFF).
- 6 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 regragem)* (HABERMAS, 1989, p. 86).
- 7 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, 2010, p. 56).
- 8 No original: *Taking rights seriously means taking scarcity seriously*.
- 9 Importante registrar, neste âmbito, que, como destaca Ana Paula Barcellos, as demandas que tramitam no Poder Judiciário não versam sobre a saúde básica – desnutrição, malária, doença de Chagas, cólera, leptospirose, febre

tifóide e paratífóide, esquistossomose, ou ainda atendimento ginecológico preventivo, pré e pós-natal. (BARCELLOS, 2002, p. 807). E isso não significa que este tipo de assistência seja prestada de forma perfeita e espontânea pelo Poder Público. Significa, sim, que as pessoas que deles necessitam muitas vezes não têm acesso ao Poder Judiciário.

- 10 *Hard case* ou *caso difícil* é aquele que envolve uma questão que aparentemente permite mais de uma resposta.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-69, 1999.

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.

_____. 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 de (Org). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Forum: Belo Horizonte, 2011. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 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.

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.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 219/07. *Justificativa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1102457/RJ*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Sousa. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, DJe 18/2/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 5 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 734487 Agr/PPR*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, PUBLIC 20-08-2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2010.

_____. *Recurso Extraordinário n. 566471*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Sousa. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJe, 07/12/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. *Recurso Extraordinário n. 255086/RS*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Eduardo Leão Francisco Marques. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DJ 11-10-2001. PP-00019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. *Recurso Extraordinário n. 368564/DF*. Recorrente: União. Recorrido: Maria Eurídice de Lima Casale. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DJ 10/8/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

_____. *Recurso Extraordinário n. 393175/RS*. Recorrente: Luiz Marcelo Dias e outros. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 2/2/2007. PP-00140. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. *Suspensão de Liminar n. 47*. Requerente: Estado de Pernambuco. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 30/4/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2010.

_____. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 175*. Recorrente: União. Recorrido: Clarice Abreu de Castro Neves. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 28/9/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. *Suspensão de Tutela Antecipada n. 178*. Requerente: Município de Fortaleza. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Relator: Min. Presidente (Gilmar Ferreira Mendes). Brasília, DJe, 28/9/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York, 1978.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. HARDIN, Garret. Tragedy of Commons. *Science*, n.162, p.1243-48, 1968.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Audiência Pública – saúde*. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em jul. 2009.

MESEDER, 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, v. 21, n.2, p. 525-535, mar-abr, 2005. Disponível em: Disponível em <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

MOURA, Eduardo Oliveira Decat. Parecer: a assistência farmacêutica do sistema único de saúde. *Revista da AGU*. v. 8, n. 19, jan./mar. 2009, p. 335.

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.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2006.

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*, v. 29, n. 2, p. 134-44, 2011.

SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. 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).

Artigo recebido em 25/5/2012.

Artigo aprovado em 11/7/2012.