

Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil — Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas.

Alexandre Felix Gross*

Sumário

Introdução; 1 Os custos dos direitos, escassez de recursos e a judicialização das políticas públicas; 1.1 Os direitos fundamentais; 1.2 Teoria dos custos dos direitos; 1.3 A judicialização das políticas públicas; 2 A judicialização do direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2.1 Problema, objeto e metodologia; 2.2 Decisões que não concederam a prestação de saúde curativa; 2.3 Decisões que concederam a prestação de saúde curativa; 3 A atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde: alocação de recursos escassos e o papel do Judiciário; 3.1 Identificação das posições e dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre prestações de saúde curativa; 3.2 Como a atuação judicial pode equacionar a efetivação do direito à saúde, as políticas públicas adotadas e o problema da escassez de recursos?; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

A judicialização do direito à saúde insere-se em um processo mais abrangente de judicialização das questões sociais, como tem ocorrido Brasil a partir do advento da atual Constituição de 1988. O fenômeno da constitucionalização do direito brasileiro, aumento da demanda por exame judicial dos interesses jurídicos, assim como da ascensão institucional do Judiciário, fez com que juízes e tribunais passassem a decidir questões que antes se encontravam em uma esfera mais estrita relativa à política e suas manifestações e estrutura institucionais.

O problema que se apresenta neste contexto pode ser consubstanciado em uma pergunta mais restrita no campo bastante complexo do direito à saúde e que tem se cristalizado nas relações entre interessados e Poder Judiciário: em que medida a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública

promove a efetivação do direito à saúde? Como opção metodológica será analisada a jurisprudência do STF, a despeito do reconhecimento de que em todo o país juízes e membros do Ministério Público têm se debruçado diuturnamente com questões muitas vezes dramáticas e limítrofes entre o Direito, a Ética e a Política para responderem a demandas concretas que se lhes apresentam no campo candente do direito à saúde.

O problema que se apresenta neste contexto pode ser consubstanciado em uma pergunta, a qual se tentará responder a partir da análise da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em que medida a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública promove a efetivação do direito à saúde?

O cerne deste artigo é, portanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o fenômeno da judicialização do direito à saúde. Serão analisadas decisões proferidas pela Corte no período entre 2005 e 2011, que tenham decidido pedidos de prestação de saúde curativa formulados em face da Administração Pública. Dentre as decisões proferidas durante o recorte temporal escolhido, serão selecionadas aquelas que externem a compreensão jurídica da Corte sobre a judicialização do direito à saúde.

A hipótese que orienta este artigo é de que a atuação jurisdicional que condena a Administração Pública a fornecer prestações de saúde curativa, em muitos casos, representa riscos à sustentabilidade das políticas públicas definidas na área ou extrapola os limites de exigibilidade do direito à saúde, na visão do STF.

A denominada *Teoria dos Custos dos Direitos*, que será explorada no escopo do texto, e que procura afirmar que a concretização dos direitos sociais depende de recursos (financeiros, humanos e técnicos) ontologicamente escassos, será adotada como pressuposto teórico. As necessidades públicas são infinitas, os recursos são escassos, portanto, a concretização do direito à saúde depende de escolhas alocativas de recursos. A efetivação de direitos sociais e a questão orçamentária não são antagônicas, mas sim intrinsecamente ligadas. Compreender a questão

*Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

da escassez é o primeiro passo para realizar direitos sociais. Negligenciar este pressuposto é condenar os direitos sociais ao limbo da cidadania.

1 Os custos dos direitos, escassez de recursos e a judicialização das políticas públicas

1.1 Os direitos fundamentais

Direitos fundamentais têm sido definidos como aqueles intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e reconhecidos pelo ordenamento constitucional. Relativos à proteção da esfera de desenvolvimento da personalidade humana frente o arbítrio estatal ou instando a atuação pública frente a inequívocas demandas da cidadania, têm hoje reconhecimento no plano interno e internacional.¹

Destarte, os direitos fundamentais são tidos como um núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana positivado em determinada ordem constitucional, são direitos de maior relevância na organização do Estado.

No Brasil, os direitos sociais de cunho prestacional (e mais especificamente o direito à saúde) dependem de uma atuação estatal específica e têm tido por objeto a entrega de medicamentos, a internação de pacientes, o custeio de tratamentos, enfim demandado uma atuação positiva do ente público. Todos esses bens jurídicos pleiteados demandam alocação de recursos que são historicamente escassos. Direitos prestacionais implicam em custos. Portanto, a alocação desses recursos envolve decisões trágicas, por parte do magistrado, do legislador ou do gestor das políticas públicas².

Por sua vez, os direitos de defesa possuem menor relevância econômica (embora essa afirmação mereça certa ponderação, como será demonstrado no item 1.2), pois sua observância independe da alocação de recursos por meio de decisões judiciais. Os direitos de defesa instituem espaços de liberdade em que o Estado não pode interferir, ou seja, a princípio, basta que este se abstenha.

Os direitos sociais pressupõem uma atuação do Poder Público, criando obrigações positivas. Sua efetivação depende, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade, de maior intervenção positiva do Poder Público. Eles não decorrem unicamente do Texto Constitucional, dependem sempre de um aparato público, “*vale dizer, demandam recursos materiais*”³.

Assim, enquanto os direitos de liberdade seriam sempre eficazes, não dependendo de regulamentação ou da implementação de políticas públicas – justamente porque determinam abstenções ao Estado, a eficácia dos direitos sociais dependeria de mediação legislativa e orçamentária. A efetivação dos direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito à saúde, depende sempre de prestações estatais, por seu turno, essas prestações dependem de recursos.

1.2 Teoria dos custos dos direitos

A obra dos professores Stephen Holmes e Cass Sunstein – “*The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*” – teve o mérito de afirmar a positividade⁴ de todos os direitos, uma vez que o exercício de todo e qualquer direito – e não só os tidos como positivos – depende de uma prestação pública, ou seja, dependem de recursos públicos. A crítica recai sobre a afirmação de que as liberdades individuais podem ser asseguradas unicamente com a limitação da atividade estatal.

Desconstruiu-se, portanto, a principal diferença apontada entre os direitos fundamentais de primeira e os de segunda geração, qual seja, o emprego de ações estatais positivas necessárias à sua concretização. Essa é a tese central da obra: sustentar que todos os direitos são, sob esse aspecto, positivos.

Na tentativa de confirmar sua hipótese, os autores apontam diversos direitos tidos como negativos que, segundo fontes oficiais, custaram um grande volume de recursos ao contribuinte norte-americano. Um dos direitos mais importantes para a sociedade norte-americana é o direito à propriedade. Talvez por esse motivo boa parte dos exemplos de direitos negativos que demandam prestações públicas diz respeito à defesa da propriedade privada.⁵ A proteção e a concreti-

¹ A Teoria Constitucional Alemã do II Pós-Guerra lançou as bases epistemológicas dos Direitos Fundamentais como hoje disseminados no Brasil. Precusores desta corrente, como Ingo Wolfgang Sarlet, têm influenciado tanto a consolidação acadêmica quanto a jurisprudência sobre o tema, destacando-se a obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, lançada em 1998.

² CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 67.

⁴ O termo positividade aqui empregado não se refere à dicotomia direito positivo e direito natural, mas sim às prestações positivas correlacionadas aos direitos sociais.

⁵ Os autores relatam um incêndio em Westhampton/NY, que consumiu uma das mais bonitas áreas do país durante trinta e seis horas em

zação de direitos individuais dependem de mobilização estatal, portanto, custam dinheiro⁶.

O Estado liberal não se limita a respeitar a propriedade, como também a cria e a protege através do Direito Civil e Criminal⁷. Porém, além de depender da atividade legislativa, a proteção da propriedade privada ainda depende de agentes públicos, tais como bombeiros, policiais, magistrados etc., todos estes custeados pelos recursos dos contribuintes.

Conforme observa, acertadamente, Gustavo Amaral, a ação do Estado não é mais a grande ameaça aos direitos de liberdade nos dias atuais. Mas a omissão estatal pode deixar sem proteção a esfera de liberdade individual⁸. O direito de propriedade e a segurança física são ameaçados pela violência urbana e por conflitos rurais, agravados pela omissão estatal. Assim como os direitos de privacidade e intimidade são reiteradamente desrespeitados pela imprensa, por bancos de dados privados, redes sociais⁹ etc. Tudo isso demanda uma ação estatal positiva, principalmente em termos de fiscalização.

Fiscalização representa despesa. A obra em comento exemplifica a afirmação com a demonstração de gastos de algumas agências estatais americanas – um dos grandes símbolos do Estado mínimo. Em 1996, a *Consumer Product Safety Commission* gastou 41 milhões de dólares na análise de produtos potencialmente danosos e na fiscalização do cumprimento das normas federais de segurança. Já a *Occupational Safety Health Administration*, no mesmo ano, gastou 306 milhões de dólares para defender os direitos dos trabalhadores,

agosto de 1995, sendo controlado graças à mobilização de esforços de todos os níveis governamentais, inclusive militar. Os custos da operação chegaram a 2,9 milhões de dólares, uma pequena fatia dos 11,6 bilhões de dólares gastos pelas esferas de governo norte-americanas unicamente com a proteção da propriedade privada frente a desastres e catástrofes naturais no ano de 1996. Concluem, em seguida, que a fruição de direitos individuais e de liberdade depende de vigorosa atuação estatal.

⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 15.

⁷ *Idem*, p. 60-61.

⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 72.

⁹ Em reportagem publicada em 03/11/2010, o sítio G1 noticiou que a rede social Facebook admitiu que programadores de aplicativos utilizados na rede venderam dados pessoais dos usuários. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/11/facebook-admite-que-dados-de-usuarios-foram-vendidos.html>

obrigando os empregadores a proporcionar locais de trabalho seguros e saudáveis¹⁰.

Mesmo direitos os políticos dependem de aparato custeado pelo Poder Público, tais como locais de votação, mesários, juízes eleitorais, servidores da justiça eleitoral etc. Segundo dados da justiça eleitoral, v. g., o primeiro turno das eleições de 2010 no Brasil custou aos cofres públicos 480 milhões de reais, com gastos que vão desde o pagamento de lanches para os mesários (82 milhões de reais) até o transporte das urnas aos locais de votação (35 milhões de reais)¹¹.

Partindo da célebre máxima “where there is a right there is a remedy”, ou em tradução livre, a todo direito corresponde uma ação, Cass Sunstein e Stephen Holmes sustentam que os direitos custam porque os respectivos remédios custam. Os remédios jurisdicionais que tutelam direitos pressupõem a existência de uma estrutura bancada com recursos públicos¹².

Os autores advertem, ainda, que magistrados tendem a ter dificuldade em lidar com um cenário de recursos finitos e problemas infinitos. As agências governamentais teriam maior conhecimento da realidade e seriam mais aptas a realocar os recursos do que os magistrados.

1.3 A judicialização das políticas públicas

Após o advento da Constituição de 1988, o Brasil vivenciou um fenômeno de judicialização de questões que antes estavam restritas ao âmbito de atuação dos poderes Legislativo e Judiciário. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional trouxeram para o Judiciário a tarefa de se pronunciar sobre assuntos de grande relevo, dentre os quais se encontram as políticas públicas, e, conseqüentemente, os gastos públicos.

A partir do desenvolvimento da doutrina da efetividade da Constituição, reconheceu-se a normatividade das normas constitucionais, tenham elas a natureza de regra ou de princípio. Ou seja, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e quando violadas deflagram para o titular do direito

¹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 101-102.

¹¹ Disponível em: <http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1335470>

¹² HOLMES, SUNSTEIN, *idem*..

subjetivo a possibilidade de se ir à juízo pra protegê-lo.

Aliado ao reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais temos uma Constituição analítica, que trouxe para a esfera Constitucional questões que antes eram deixadas para a legislação ordinária ou até mesmo tratadas como dependentes da conveniência e do mérito administrativo. Diversos direitos – dentre os quais está o direito à saúde¹³, passaram a ser reconhecidos pela Carta Constitucional, sendo, portanto, dotados de efetividade e capazes de criar pretensões jurídicas que, invariavelmente, são levadas ao Judiciário.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é dotado de conhecida abrangência. Desde a primeira Constituição republicana, qualquer juiz de direito ou tribunal localizado em qualquer parte do país pode conhecer de matéria constitucional em sede incidental. Já o controle objetivo de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF, ADI ou ADC, sendo considerável o rol de legitimados a propor estas ações, nos termos do art. 103 da Constituição da República. Em outras palavras, questões envolvendo direitos fundamentais, políticas públicas e recursos fazem parte do dia a dia do magistrado brasileiro.

Luis Roberto Barroso assevera que o reconhecimento da normatividade da Constituição impôs aos operadores do direito a aplicação de novos métodos de interpretação além dos já conhecidos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Surgiram então princípios aptos a lidar com a interpretação constitucional, sendo eles o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da supremacia da Constituição, o da interpretação conforme a Constituição, o da razoabilidade, o da unidade e o da efetividade¹⁴.

A realidade é que tribunais e juizes em todo o país se deparam diariamente com questões envolvendo políticas públicas na área de saúde. Os recursos públicos

são escassos, as necessidades, no entanto, são infinitas e historicamente indeterminadas, se levarmos em conta os propalados avanços científicos da área de saúde, que dia a dia tornam mais complexos os tratamentos médicos, com promessas curativas ou simplesmente controle para doenças crônicas. O desenvolvimento tecnológico e a descoberta de novos tratamentos e medicamentos elevam consideravelmente o custo da saúde. Ou seja, o custo dos tratamentos é alto, os recursos públicos são finitos, e, em decorrência disso, os magistrados têm que tomar decisões trágicas, envolvendo a alocação desses recursos. Alocar recursos na área de saúde não é simplesmente decidir se aquele demandante receberá ou não o tratamento, é decidir qual dentre os usuários do sistema de saúde pública receberá o tratamento, qual deles irá sobreviver, em muitos casos. Estas são questões que envolvem uma abordagem filosófica, jurídica, médica e econômica do tema. A contribuição deste artigo pretende se inserir na segunda vertente.

2 Ajudicialização do direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: em que medida a atuação judicial promove a efetivação do direito à saúde?

2.1 Problema, Objeto e Metodologia

A pergunta posta no início deste artigo conduzirá a uma análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, se tentará identificar como a atuação judicial que determina a distribuição de medicamentos e o custeio de tratamentos pela Administração Pública promove a efetivação do direito à saúde, na visão do STF. Em seguida, se buscará identificar quais os critérios utilizados pela Corte nas decisões que envolvem o direito à saúde.

A pesquisa empírica foi realizada no sítio do STF na internet (www.stf.jus.br), mais especificamente na seção Jurisprudência -> Pesquisa de Jurisprudência->, utilizando-se os termos “direito”, “à”, “saúde” e “medicamento\$”. O recorte temporal utilizado em ambas as pesquisas correspondeu ao período de 01/01/2005 à 31/12/2011. O período foi escolhido por algumas razões, dentre as quais se destaca o objetivo de analisar decisões proferidas pela composição mais atual da Corte – considerando que entre 2003 e 2011, o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva e a presidente Dilma Rousseff indicaram oito dos atuais onze ministros.

Além disso, a escolha de um período contemporâneo se deve ao fato de que a judicialização

¹³ Até 1988 somente possuíam acesso ao sistema público de saúde os trabalhadores vinculados ao INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). A população que não fazia parte do mercado de trabalho formal dependia dos serviços de saúde oferecidos por casas de caridade.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007, p. 8.

do direito à saúde é um fenômeno relativamente recente no país. A jurisprudência mais antiga do STF resistia a considerar a questão dos custos que envolvem a efetivação do direito social à saúde. A audiência pública sobre o direito à saúde realizada pela presidência da Corte em abril/maio de 2009 contribuiu para o amadurecimento das decisões proferidas sobre a matéria. Desse modo, o recorte temporal escolhido permitirá que se avalie o atual posicionamento da Corte sobre o tema.

A maior parte das decisões identificadas na pesquisa não tratava de prestações de saúde curativa ou sequer enfrentava a questão do efeito das decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde. Portanto, foram analisadas com maior detalhamento apenas aquelas que julgaram pedidos de prestações de saúde curativa e cujas fundamentações tragam contribuição relevante para o objeto do presente artigo.

As decisões selecionadas foram separadas entre aquelas em que o tratamento de saúde foi deferido e aquelas em que foi indeferido, para facilitar a identificação dos critérios utilizados pela Corte.

2.2 Decisões que não concederam a prestação de saúde curativa

As seguintes decisões negaram, mesmo que parcialmente, o fornecimento da prestação de saúde curativa: RE 631275, SS 4244, SL 256, STA 424, SS 3322, STA 139, SS 3274, SS 3263, SS 3145, STA 91 e AC 2839.

Dentre as decisões contrárias à concessão da prestação de medicamento ou tratamento, merece destaque a de autoria do Ministro Gilmar Mendes na STA 424. A decisão analisou pedido de suspensão de tutela antecipada da União contra decisão em agravo de instrumento proferida pelo TRF da 4ª Região. A decisão atacada havia acolhido em liminar a pretensão do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, determinando o fornecimento dos:

[...] medicamentos 'nootron 6 ml', 'label' e 'motilium' aos usuários que necessitem do mesmo para o tratamento de microcefalia, desde que apresentem laudo médico elaborado por médico especialista atestando a necessidade do tratamento com os aludidos medicamentos, incluindo a usuária L.W.H., no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$500,00 (quinhentos reais)¹⁵

Algumas passagens desta decisão revelam a preocupação com os pontos de tensão que a

judicialização do direito à saúde cria entre gestores de saúde e formuladores de políticas públicas, pois muitas vezes as decisões judiciais contrastam com as possibilidades orçamentárias e com as políticas adotadas pelos governos.

O Min. Gilmar Mendes propôs a apreciação de alguns dados nos julgamentos que envolvem as políticas públicas de saúde, explicitando assim critérios de avaliação dessas pretensões:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que *inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.* [...]

Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. [...]

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso

¹⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicada em 30/04/2010.

diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (cuja eficácia ainda não foi cientificamente comprovada) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. [...]

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁶

O primeiro critério utilizado pelo julgamento se refere à diferenciação entre as prestações de saúde que estão incluídas ou não em uma política pública já existente. Neste caso, o Judiciário apenas determina que a Administração cumpra aquilo a que ela se vinculou quando da elaboração da política pública. Ou seja, não há de se falar em interferência indevida, visto que o direito público subjetivo é evidente.

Já nos casos em que a prestação não faz parte das políticas do SUS, há que se diferenciar se isso decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma opção administrativa ou de uma vedação legal a sua dispensação. Há casos em que a decisão administrativa pela não inclusão de determinada ação de saúde decorre da inexistência de comprovação científica da eficácia do tratamento. Nesses casos é possível que estejam incluídos no SUS tratamentos alternativos ou que não haja previsão de qualquer tratamento para aquela patologia.

Nos casos em que se pleiteia um tratamento contrário aos "*Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*", ou seja, quando o SUS fornece um tratamento alternativo, a decisão sustenta que o demandante tem o ônus de comprovar que o tratamento fornecido é ineficaz por razões específicas do seu organismo. Em outras palavras, embora os protocolos do SUS não sejam inquestionáveis, representam um consenso científico que só deve ser afastado com ampla produção probatória apta a demonstrar a ineficácia do tratamento fornecido naquele caso. A utilização deste critério demonstra uma preocupação com a questão da escassez de recursos.

No tocante aos tratamentos não fornecidos pelo SUS, a decisão diferencia os tratamentos experimentais dos tratamentos novos que ainda não foram incorporados pelo SUS. Quanto aos tratamentos experimentais, afirma não haver qualquer responsabilidade do Estado em fornecê-los, sendo seu custeio de exclusiva responsabilidade dos laboratórios e centros científicos responsáveis pela pesquisa. Já em relação aos tratamentos que já foram testados pela comunidade científica, mas ainda não incorporados ao SUS, assevera que a questão merece cuidado redobrado. Isto porque, se por um lado os "*Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*" são um instrumento apto a assegurar a distribuição igualitária de recursos escassos, a morosidade na incorporação de novos tratamentos não pode deixar os pacientes da rede pública à margem de tratamentos já usufruídos pelos usuários da rede privada.

No caso em tela, o pedido da União foi acatado e a tutela antecipada foi suspensa. Entendeu o Min. Gilmar Mendes que a liminar atacada representa grave lesão à ordem pública e à organização administrativa. A decisão lembra que a escolha dos tratamentos no âmbito do SUS deve ser efetuada de acordo com os *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*, e que a decisão impugnada desrespeitou a rotina estabelecida pelas Portarias 152/GM-2006 e 1.869/GM, do SUS, o que representa grave lesão à economia pública.

Por fim, assevera que medidas judiciais muito amplas, com determinações genéricas e indeterminadas representam verdadeiro obstáculo ao adequado serviço prestado pela Administração Pública.

A questão da alocação de recursos é contemplada em passagens de outras decisões, a exemplo da proferida pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipada 139. A medida judicial movida pelo Estado do Rio Grande do Norte se insurgia contra decisão do juízo de primeiro grau que deferiu a paciente portador de anemia falciforme a entrega do medicamento Exjade 500mg (deferasirox), sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A Ministra Ellen Gracie deferiu o pedido de suspensão sob o argumento de que outros medicamentos de menor custo e que constavam da lista de medicamentos de dispensação excepcional do Ministério da Saúde (Portaria 2.577/2006) poderiam, de maneira eficaz, tratar a moléstia que acometia o paciente.

Já no julgamento do pedido de Suspensão de Liminar 3145, ajuizado também pelo Estado do Rio Grande do Norte, a Ministra Ellen Gracie sustentou

¹⁶ STF, *idem*.

que decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos que não estão previstos na lista oficial do Ministério da Saúde “geram, por outro lado, impacto não previsto nas finanças públicas, comprometendo a programação estatal de aquisição, estocagem e distribuição de medicamentos, em prejuízo da universalidade do atendimento”¹⁷.

O Ministro Joaquim Barbosa, em decisão proferida na Ação Cautelar 2839, afirmou que “em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias”. Desse modo, a mera afirmação de necessidade do medicamento não seria suficiente para a condenação do Estado, sendo necessária a prova de que os tratamentos disponibilizados pelo SUS são ineficazes.

Em síntese, essas decisões demonstram uma preocupação com as críticas de *cunho operacional*. Em diversas passagens os ministros revelam que decisões individualizadas, que tendem a não considerar as condições do sistema público de saúde e as decisões tomadas no âmbito das políticas públicas, podem gerar obstáculos à concretização do direito à saúde. Como já afirmado, o magistrado não possui meios para investigar as consequências de uma decisão que lida com recursos escassos e necessidades infinitas. A decisão judicial que contraria uma decisão alocativa de recursos tomada pelo gestor público deve ser a exceção, devidamente justificada por critérios objetivos.

Em três outras decisões dentre as analisadas (SS 3322, SS 3274, SS 3263), a ministra Ellen Gracie deferiu a suspensão de liminares que determinavam a entrega de medicamentos utilizados no tratamento de infertilidade feminina. Nesse caso, também foram utilizados os argumentos de que o custeio de medicamentos de alto valor econômico, que não fazem parte da lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, pode configurar lesão à ordem, à economia e à saúde pública, pois abalam as políticas públicas já existentes.

2.3 Decisões que concederam a prestação de saúde curativa

Dentre as decisões encontradas, as seguintes julgaram procedentes os pedidos: RE 607385, RE-AgR 393175, AI 837642, STA-AgR 175, RE 626193, RE 642536, RE 628293, RE 628345, ARE 650359, AC 2267, AI 839594, STA 421, STA 316, STA 334, STA 434, STA 283, STA 558,

SS 3962, SS 4045, SS 3852, SS 3941, SS 3854, SS 4316, SS 4304, STA 348, STA 361, SL 319, SL 437, STA 198, STA 238, SL 228, STA 217, SS 3382 e SL 91. Serão analisadas em seguida apenas as que efetivamente decidiram demandas envolvendo prestações de saúde curativa e que possam contribuir com o objetivo deste artigo.

No julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 393.175, a Segunda Turma do STF apreciou recurso de autoria do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Min. Celso de Mello que deferiu a entrega de medicamentos para portadores de esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica. Em decisão unânime, a turma negou provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Celso de Mello (relator).

Em trecho que merece transcrição, o Ministro Celso de Mello afirma que:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’ e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e a saúde humanas.

[...]

*Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.*¹⁸

Ao contrário das decisões analisadas até aqui, o voto do Ministro Celso de Mello não leva em consideração a questão dos custos envolvidos na prestação de direitos sociais e a escassez de recursos. Pelo contrário, deixa claro que em casos que evidenciam conflitos entre o direito à saúde e interesses secundários de ordem financeira do Estado, deve sempre prevalecer

¹⁷ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, SL 3.145, Julgamento em 11/04/2007, Publicado em 18/04/2007.

¹⁸ STF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AgRg em RE 393.175, Julgamento em 12/12/2006, Publicado em 02/02/2007.

o direito à saúde, pois intimamente ligado ao direito à vida, ambos assegurados pela Constituição.

A interferência do Poder Judiciário e do Ministério Público estaria legitimada sempre que a atuação governamental, de forma arbitrária, por intolerável omissão, ou por “qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante”¹⁹, frustra o direito à saúde.

Posicionamento semelhante é exposto pelo Ministro Marco Aurélio em decisão proferida no Agravo em Recurso Extraordinário 650359, em que afirma ser o preceito do art. 196 de eficácia imediata, sendo que as ações estatais no campo da saúde estariam cobertos pelas receitas provenientes dos impostos pagos pelo cidadão.

Talvez a decisão do Supremo Tribunal Federal que tenha analisado o tema do direito à saúde com maior afincamento seja o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. O recurso foi interposto pela União contra decisão do então presidente da corte, Min. Gilmar Mendes, que indeferiu a suspensão de antecipação de tutela recursal concedida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat), utilizado no tratamento da Doença de Niemann-Pick Tipo C.

O plenário do STF, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. Participaram do julgamento os Min. Gilmar Mendes (relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Os votos analisados serão os dos Min. Celso de Mello e Gilmar Mendes, pois contribuem para o presente estudo.

O voto do Min. Gilmar Mendes reconhece que a concretização dos direitos sociais depende da disponibilização de meios materiais, que são escassos. Ou seja, admite não haver o suficiente para satisfazer a todos, fazendo com que escolhas trágicas, que envolvem a alocação desses recursos, sejam inevitáveis. Por sua vez, a escassez de recursos não necessariamente se refere àqueles de ordem financeira. No âmbito do direito à saúde, por exemplo, “há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e

equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”²⁰.

Em seguida, Gilmar Mendes reiterou o posicionamento já apresentado no julgamento da STA 424, de que os julgamentos que envolvem políticas públicas devem considerar alguns dados objetivos. A saber: (i) verificar se a prestação de saúde está incluída em uma política pública já existente, caso em que não há falar em interferência judicial indevida; (ii) se não há uma política pública que abranja a prestação pleiteada, verificar se isso decorre de uma vedação legal à sua dispensação, de uma omissão legislativa ou administrativa ou de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

O voto colacionado assevera, referindo-se aos dados colhidos na audiência pública promovida pelo STF em 2009, que,

*[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas*²¹.

Nesses casos, como já afirmado, o Judiciário apenas determina o cumprimento de uma política à qual a própria Administração se vinculou, sendo manifesta a existência do direito público subjetivo. Vale registrar que a aferição da existência de políticas públicas já estabelecidas como critério de exigibilidade do direito à prestação de saúde curativa também foi utilizado pelo Min. Luiz Fux no julgamento do RE 642536, em que se reafirmou a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública.

Em relação aos medicamentos e tratamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, o Min. Gilmar Mendes afirmou que é vedado à Administração Pública fornecê-los, sendo o registro uma garantia à saúde pública.

Nos casos em que o não fornecimento do fármaco decorre de uma decisão do SUS de não custeá-lo, duas situações podem ser identificadas: a) o SUS fornece tratamento alternativo, porém não adequado ao paciente; ou b) o SUS não fornece tratamento para aquela patologia.

¹⁹ STF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, AgRg em RE 393.175, Julgamento em 12/12/2006, Publicado em 02/02/2007.

²⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.136.

²¹ STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, AgRg em STA 175, Julgamento em 17/03/2010, Publicado em 30/04/2010.

Como já afirmado quando da análise do julgamento proferido na STA 424, nos casos em que o pedido contraria os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, Gilmar Mendes afirma que cabe ao demandante demonstrar que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz para o seu tratamento.

No caso analisado, a decisão agravada, de autoria do Ministro Gilmar Mendes, indeferiu o pedido de contracautela, sob o argumento de que, embora o medicamento pleiteado não faça parte do Protocolo Clínico do SUS para a doença, existiam nos autos provas de que: (i) a interessada é portadora de doença neurodegenerativa rara (Niemann-Pick Tipo C); (ii) o medicamento pleiteado possui registro na ANVISA; (iii) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais apontam que o uso do medicamento poderia possibilitar um aumento da sobrevida e uma melhor na qualidade de vida da paciente; (iv) o medicamento pleiteado é o único capaz de deter o avanço a doença; (v) a família da paciente informou não possuir condições financeiras de arcar com o custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês).

Em relação ao voto do Min. Celso de Mello, os seguintes trechos merecem transcrição:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade ao direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. (...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, ‘A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais’, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige,

deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...)

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º ‘caput’, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica, impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.²²

O Min. Celso de Mello reconhece que as prestações concretizadoras de direitos sociais, econômicos e culturais dependem da alocação de recursos financeiros escassos, estando atreladas, portanto, às possibilidades orçamentárias do Estado. Destarte, afirma que o Poder Público estaria desobrigado a efetivar de maneira imediata determinado direito prestacional quando comprovar objetivamente sua incapacidade econômica financeira para tal. No entanto, não há no voto qualquer menção aos critérios que devem ser utilizados na aferição da capacidade financeira do ente estatal. Se essa capacidade deve levar em consideração apenas o orçamento destinado à saúde ou o orçamento global do ente, ou se deve considerar a escassez de recursos técnicos e humanos, ou, ainda, a essencialidade da prestação.

De qualquer maneira, embora assumo que as decisões envolvendo a concretização de direitos prestacionais envolvem a tomada de escolhas trágicas, em seguida, o Min. Celso de Mello volta a tratar a questão financeira como algo secundário, que, por razões éticas, sempre deve sucumbir em uma ponderação diante do direito à vida e à saúde.

O Ministro afirma, reiteradamente, em sua decisão, que a gestão ineficiente dos recursos públicos, a falta de visão política e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem representar obstáculo à efetivação do imposto pelo art. 196 da Constituição.

²² STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, *idem*.

3 A atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde: alocação de recursos escassos e o papel do Judiciário

3.1 Identificação das posições e dos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre prestações de saúde curativa

A análise da jurisprudência do STF revelou que a maior parte das decisões admite uma preocupação com o efeito da judicialização da saúde sobre as políticas públicas, considerando tratar-se de escolhas trágicas²³ que envolvem a alocação de recursos (financeiros, humanos e técnicos) escassos. Todavia, apenas as recentes decisões e votos do Min. Gilmar Mendes buscaram critérios racionais para pautar estes julgamentos, sopesando as questões da escassez de recursos e das consequências sobre as políticas públicas. Estas decisões foram proferidas após a realização, pelo STF, da audiência pública sobre o direito à saúde, promovida entre o final de abril e início de maio de 2009.

Durante seis dias foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, promotores, juízes, defensores públicos, médicos, técnicos de saúde, professores, representantes de organizações não-governamentais, gestores e usuários do SUS. Muitos dos especialistas ressaltaram que, dentre as milhares de decisões judiciais proferidas anualmente sobre o direito à saúde, muitas carecem de critérios racionais, acabam colocando em risco as políticas públicas existentes e, conseqüentemente, os pacientes do SUS. Estas decisões, em última análise, serviriam de obstáculo à efetivação de um direito à saúde, integral e universal. Um trecho da manifestação do então Min. da Saúde, José Gomes Temporão, exemplifica bem este dilema:

Nesse ponto, expõe-se o desperdício do uso ilimitado da alta tecnologia e da excessiva medicalização que temos observado, e que, em certa medida, também são resultantes de determinadas decisões judiciais. Acho que a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro da sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos, ou sua incorporação à

crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas. Lidar com todos esses conflitos e tentar pôr limites é interpretado por muitos como insensibilidade com os que sofrem e necessitam do sistema, ou como prova de omissão. Esta é uma interpretação errônea dos fatos.²⁴

As manifestações ressaltaram que as decisões judiciais em demandas individuais sobre prestações de saúde curativa não são aptas a concretizar, pelo menos em escala universal, o direito à saúde. Assim, foi destacada a necessidade de implementação de diálogos entre o Judiciário e os gestores de políticas públicas, a exemplo da iniciativa tomada pelas defensorias públicas dos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, que, junto com as procuradorias estaduais, estabeleceram espaços de composição administrativa dos conflitos²⁵.

As reivindicações expostas na audiência pública, no sentido de se prestigiar a sustentabilidade das políticas públicas e a alocação racional dos recursos, fez com que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editasse a recomendação 31/2010. As medidas recomendadas aos tribunais, a fim de subsidiar magistrados e operadores de direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, foram as seguintes:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir 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;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>.

²⁵ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Vitore_Maximiano.pdf

²³ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.* 1978.

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) 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;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;²⁶

Considerando as decisões proferidas após a realização da audiência pública, é possível identificar duas diferentes linhas de decisões na Corte, uma capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes e outra pelo Min. Celso de Mello.

As decisões de autoria do Min. Gilmar Mendes incorporam muitas das preocupações propagadas durante a audiência pública. As suas decisões e votos, detalhadamente analisados no presente trabalho, evidenciam a adoção de critérios racionais na solução de pedidos de prestações de saúde curativa.

Como já afirmado, os dados a serem analisados devem ser os seguintes: (i) verificar se a prestação de saúde está incluída em uma política pública já existente, caso em que não há o que se falar em interferência judicial indevida; (ii) se não há uma política pública que abranja a prestação pleiteada, verificar se isso decorre de uma vedação legal à sua dispensação, de uma omissão legislativa ou administrativa ou de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Em seguida, devem ser utilizados os seguintes critérios: (i) quando uma política pública já existente engloba a prestação pleiteada, o Judiciário apenas determina à Administração Pública o seu cumprimento; (ii) nos casos em que o medicamento não possui registro na Anvisa, ao Poder Público é vedado fornecê-lo; (iii) nos casos em que o não fornecimento do fármaco decorre de uma decisão administrativa, o demandante deve demonstrar que o SUS não fornece medicamento para tratamento de sua patologia, ou que o medicamento alternativo fornecido não é eficaz por razões específicas de seu organismo; (iv) nos casos de tratamentos experimentais ainda não incorporados ao SUS, não há qualquer obrigação do Poder Público em custeá-los.

Nos casos em que o medicamento pleiteado não consta da lista de dispensação gratuita, Gilmar Mendes sustenta a necessidade de a prescrição médica estar embasada em relatórios científicos que: (i) comprovem a existência da patologia; (ii) indiquem que a patologia só pode ser tratada de maneira eficaz pelo medicamento pleiteado, e não por outro medicamento constante dos *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas*. Ou seja, o deferimento da prestação de saúde curativa não pode pautar-se apenas em receituários médicos.

As decisões e votos do Min. Celso de Mello, embora em muitas passagens façam referência à escassez de recursos, têm o direito à saúde como um direito subjetivo público absoluto, pois não pode ser limitado pelo que chama de *interesse financeiro e secundário do Estado*. Segundo o Ministro, razões de ordem ético-jurídica impõem uma opção irrestrita pela vida e a saúde humana.

Tal afirmativa, todavia, deixa de lado o real problema da escassez de recursos. Os direitos prestacionais e os interesses de ordem econômico-financeira do Estado estão intrinsecamente conectados, sendo aqueles dependentes destes, e não conflitantes. Não se pode deixar de levar em conta os custos envolvidos nessas prestações, e que essas decisões representam escolhas trágicas²⁷ alocativas de recursos (humanos, financeiros e técnicos) ontologicamente escassos.

²⁶ CNJ, Recomendação 31/2010, Publicada em 07/04/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>

²⁷ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.*

3.2 Como a atuação judicial pode equacionar a efetivação do direito à saúde, as políticas públicas adotadas e o problema da escassez de recursos?

No verão de 2008, a epidemia de dengue que se alastrou pelo Estado do Rio de Janeiro evidenciou a falta de médicos especializados em pediatria no Estado²⁸. Dentre os motivos do desinteresse pela carreira, estão os baixos salários e a falta de valorização da área pediátrica.

Um estudo da Comissão Interministerial de Gestão da Educação na Saúde (fruto de parceria entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Educação) revelou um déficit considerável entre a demanda e oferta de médicos especialista no país²⁹. A pesquisa apontou: a) desequilíbrios regionais na oferta de especialistas; b) sub-oferta/escassez de algumas especialidades; c) novas necessidades decorrentes da transição sócio-demográfica/epidemiológicas; d) dificuldade no recrutamento de médicos especialistas e; e) distribuição inadequada de vagas de residência médica no país.

Segundo o estudo, as especialidades com maior dificuldade de recrutamento pelos gestores de saúde do país são, nesta ordem: pediatria, anesthesiologia, psiquiatria, neurologia e neurocirurgia. As razões apontadas para o problema são: i) a falta de profissionais titulados segundo os critérios do Ministério da Educação e da Associação Médica Brasileira; ii) a falta de profissionais com a experiência requerida para o trabalho e; iii) o fato dos profissionais considerarem baixo o nível de remuneração praticado pela instituição.

As soluções apresentadas pelo estudo foram: i) definição de diretrizes curriculares nacionais; ii) criação de um novo marco regulatório; iii) discussão sobre perfil de competências necessárias à atuação do profissional da medicina; iv) amplo processo de avaliação; v) monitoramento de qualidade; vi) indução da expansão da oferta de bolsas para especialidades e em regiões prioritárias; vii) estruturação de apoio matricial por meio de instituições de excelência e; viii) criação de um programa nacional de apoio à formação de médicos especialistas em áreas estratégicas.

Ou seja, problemas que, a princípio, só podem ser resolvidos por políticas públicas (preferencialmente de âmbito nacional) e não por decisões judiciais. A simples formulação de um estudo como esse, que identifica deficiências do SUS e suas soluções, depende da atuação de órgãos da Administração Pública. A implementação das soluções apontadas, igualmente, não cabe ao Poder Judiciário. Não se trata aqui de questionar a legitimidade do Judiciário para tal – considerando os questionamentos formulados acerca da separação de poderes, mas sim de um problema de ordem operacional. Simplesmente não há como o Judiciário, através da prolação de decisões judiciais, resolver alguns dos principais problemas que acometem a saúde pública no país.

Esses problemas não são de fácil solução. Nem mesmo o aumento de vagas de residência e de vagas no curso de medicina nas instituições públicas do país garante a solução desses problemas. Não há como obrigar estudantes de medicina a seguirem determinada especialização frente às necessidades da saúde pública. Igualmente, não há como garantir que os especialistas formados em instituições públicas escolham, ao final do período de formação, trabalhar em pequenas cidades do interior do país, onde há notória necessidade de médicos, quando podem escolher hospitais privados nos grandes centros.

A escassez não atinge apenas os recursos financeiros. A escassez é

*inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos*³⁰.

Esse déficit exige do Estado a adoção de escolhas trágicas³¹. Essas escolhas, no campo do direito à saúde, significam dizer quem vai receber o medicamento, quem vai receber o órgão para transplante, quem vai ser internado na unidade de tratamento intensivo, e, em última análise, quem vai sobreviver.

Os recursos são escassos, as necessidades são infinitas, ou seja, dificilmente será possível atender a todos com a qualidade desejável. Esse é o primeiro passo: reconhecer que as decisões judiciais sobre prestações de saúde curativa envolvem a alocação de recursos escassos, se tratando, portanto, de

²⁸ Disponível em: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL579175-10406,00-FALTAM+PEDIATRAS+NO+BRASIL.html>

²⁹ Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/relatorio_ciges.pdf

³⁰ AMARAL, *op. cit.* p.172.

³¹ CALABRESI, BOBBITT, *op. cit.*

decisões disjuntivas. Como decidir se os recursos serão utilizados no tratamento da dengue, doença que a todo ano atinge milhares de brasileiros, ou no tratamento de uma distrofia muscular extremamente rara? Como decidir qual região do país será beneficiada com programas pró-residência, e quais especialidades serão priorizadas? Como decidir quais medicamentos devem integrar a lista de dispensação gratuita? Como garantir que a alocação destes recursos seja feita da maneira mais eficiente possível?³²

Deferir toda e qualquer demanda de prestação de saúde curativa sem considerar o problema da escassez, significa adotar o critério do acesso ao judiciário para pautar as decisões alocativas. Por exemplo, deferir a internação hospitalar daquele que foi ao judiciário tem uma consequência perversa para alguém que não se sabe o nome ou sobrenome. Outro paciente do SUS, em igual ou pior estado de saúde, será retirado do leito para dar lugar àquele que procurou o Poder Judiciário. Do mesmo modo, deferir a entrega de um medicamento de alto custo que não compõe a Relação Nacional de Medicamentos – Rename significa realocar recursos orçamentários destinados à compra de outros remédios, cuja essencialidade não se pode aferir sob a ótica da microjustiça. Os recursos utilizados no cumprimento de decisões judiciais são os destinados a outras políticas públicas de saúde, entretanto, não há como identificar com segurança quais os programas que estão perdendo recursos e quem são os pacientes prejudicados³³. Evidentemente, decisões judiciais que

deferem a entrega de medicamentos de alto custo que não compõem a Rename são incompatíveis com o postulado da universalidade³⁴, pois, por óbvio, não é possível, em um cenário de escassez de recursos econômicos, garantir tratamentos de alto custo financeiro para todos.

Virgílio Afonso da Silva afirma que, mesmo os casos de sucesso na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, representam um sucesso individual, que, nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo³⁵. Sequer os casos de *sucesso judicial* são reais casos de sucesso. No dia 13 de setembro de 2010, o semanário *Época* publicou uma reportagem de capa sobre a breve história de Fábio de Souza do Nascimento. O menino faleceu aos quatorze anos, enquanto esperava por um equipamento de oxigenoterapia domiciliar, cujo fornecimento havia sido deferido pela Justiça Federal seis meses antes. Durante o período, a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro procrastinaram e ignoraram as decisões judiciais, em um verdadeiro jogo de empurra-empurra³⁶.

O direito à saúde não pode ser tratado como um direito exclusivo a prestações de saúde curativa. Os problemas de saúde têm determinantes multidimensionais e complexas, de modo que as ações de promoção à saúde devem ter em vista a manutenção de condições sociais e ambientais favoráveis. Em um cenário como este, em que os problemas de saúde muitas vezes são causados por *fatores socioeconômicos e biológicos diversos, como acesso à informação, escolaridade, condições de habitação (geográficas e de infraestrutura), trabalho, renda, etnia, sexo, idade, deficiências etc.*³⁷, não é nenhuma surpresa que parcelas mais desfavore-

³² O problema da escassez pode ser ilustrado com um simples exemplo apresentado por FERRAZ, Otávio Luis Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino; *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*. Artigo enviado em contribuição para a Audiência Pública sobre o Direito à Saúde realizada pelo STF em 2009. Os autores afirmam que o tratamento das doenças “*hepatite viral crônica C*” e “*artrite reumatóide*” com os medicamentos mais modernos disponíveis, custaria aos cofres públicos mais do que o gasto total de todas as esferas de governo com a saúde pública. Ou seja, a adoção de um tratamento supostamente mais eficaz do que aquele escolhido pelas listas de medicamentos do SUS (elaboradas mediante critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade), faria com que uma parcela de doentes que corresponde a 1% da população consumisse todo o orçamento destinado a saúde pública. No entanto, segundo os autores, haveria “*uma posição bastante disseminada no meio jurídico brasileiro, porém, que enxerga o direito à saúde como um direito a atendimento à saúde, terapêutico e farmacêutico ilimitado*”. Este posicionamento, que utiliza a necessidade individual como critério de alocação de recursos escassos, compromete severamente o postulado da universalidade, uma vez que em um cenário real de escassez, é impossível *dar tudo a todos*.

³³ FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil*”, in: Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press 2010. P. 24.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 592.

³⁶ ÉPOCA. São Paulo: Editora Globo S.A., 13 de Setembro de 2010, n.º 643. Semanário.

³⁷ FERRAZ, Otávio Luis Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino; *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*. Artigo enviado em contribuição para a Audiência Pública sobre o Direito à Saúde realizada pelo STF em 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/>

recidas da população sejam as que mais precisam de prestações de saúde curativa. Isso faz com que exista uma sobreposição de duas iniquidades, que agravam o desrespeito à universalidade: de um lado, as desigualdades socioeconômicas que determinam as condições de saúde do indivíduo; do outro, o desigual acesso ao Judiciário, que beneficia àqueles que já fazem parte de uma parcela da população mais favorecida.

Considerando que deferir toda e qualquer demanda de saúde curativa, baseando-se em um direito subjetivo público absoluto fundado no art. 196, da Constituição, representa tomar decisões alocativas de recursos escassos com base no critério do acesso à Justiça, quais critérios devem ser adotados pelo magistrado? Como o Judiciário pode agir de modo a tornar eficaz o direito fundamental à saúde, mas sem comprometer as políticas públicas? Como os juízes podem lidar com as ações judiciais que demandam prestações de saúde curativa?

Ana Paula de Barcellos sustenta caber ao Poder Judiciário determinar a o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo existencial, pois, neste caso, a eficácia decorre das normas constitucionais sobre a dignidade humana e a saúde. As prestações não compreendidas nesse núcleo dependem de intervenção legislativa e só podem ser determinadas pelo Poder Judiciário quando previstas em lei³⁸.

Por fim, ressalta que a dificuldade que o magistrado possui ao lidar com o argumento da reserva do possível em demandas individuais, pode ser substancialmente minimizada quando o controle da atividade estatal é feito no plano coletivo. Isto porque a discussão coletiva ou abstrata permite um exame do contexto geral das políticas públicas, possibilitando uma análise mais abrangente dos recursos disponíveis e das dimensões das necessidades. O controle coletivo permite que a alocação de recursos seja feita em caráter geral, e não apenas sob a ótica da microjustiça³⁹.

Luis Roberto Barroso expressa posicionamento semelhante ao afirmar que, no âmbito das ações individuais o Judiciário deve limitar-se a “efetivar

a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos”⁴⁰. Segundo o autor, essa limitação decorre do fato de que a Constituição determina que o direito à saúde deve ser efetivado por políticas econômicas e sociais, estas formuladas pelos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de que seja assegurada a universalidade das prestações e a isonomia no atendimento. Ademais, a tarefa de tomar decisões alocativas de recursos escassos caberia aos representantes do povo, carecendo o Judiciário de legitimidade democrática para tal⁴¹.

Ao comentar a ausência de *expertise* dos magistrados em relação ao controle de políticas públicas, Daniel Sarmiento sugere a adoção de um *exercício mais firme dos poderes de instrução conferidos aos juízes, assim como pela maior participação de terceiros na lide, como, por exemplo, através da atuação dos amici curiae*⁴². O autor compartilha, ainda, do entendimento de que as políticas públicas podem ser mais facilmente discutidas no espaço das demandas coletivas⁴³.

A crítica ao conceito de mínimo existencial como fator de delimitação da exigibilidade de direitos sociais aparece na obra de Gustavo Amaral. O autor afirma que o conceito de mínimo existencial abre espaço para um alto grau de subjetivismo. Além disso, a exigibilidade de um direito social não pode ser aferida levando-se em conta apenas a sua necessidade, sendo possível que diante de situações fáticas excepcionais uma prestação antes tida como exigível pode deixar de sê-lo. Desse modo, propõe que o grau de exigibilidade deve ser proporcional ao grau de essencialidade. Quanto maior a essencialidade do bem maior deve ser a excepcionalidade apta a justificar a não entrega da prestação por parte do Estado. Essa excepcionalidade, segundo ao autor, seria a impossibilidade fática de atender todos aqueles que demandam a prestação essencial, tornando inevitável a adoção de escolhas trágicas. Desse modo, afirma que

processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recurso_escassos_e_equidade.pdf, p. 28.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 809.

³⁹ Idem, *Ibidem*. p. 818.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 897.

⁴¹ Idem, *Ibidem*. p. 897.

⁴² SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 583.

⁴³ Idem, *Ibidem*. p. 585.

*Caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima*⁴⁴.

Por sua vez, a análise da jurisprudência do STF revelou que a Corte atua com maior cautela nas causas coletivas. Isto ficou claro quando da análise do julgamento proferido na STA 424. O Min. Gilmar Mendes suspendeu a medida liminar que deferia a entrega de medicamentos, para o tratamento de microcefalia, a todos aqueles que apresentassem laudo médico atestando a necessidade do medicamento. Argumentou que:

*[...] não se pode permitir que as decisões judiciais determinem medidas muito amplas, com determinações genéricas que inviabilizem a própria ordem administrativa, obrigando o atendimento irrestrito e ininterrupto de política pública que o próprio Poder Executivo ainda não implantou*⁴⁵.

Se, por um lado, não é recomendável que juízes e tribunais tratem o direito à saúde como um direito a toda e qualquer prestação de saúde curativa, por outro, não se pode tratá-lo como mera promessa constitucional. Não há como defender que, diante de um cenário de escassez, o Judiciário deve fechar os olhos para as milhares de demandas que, diariamente, batem à sua porta. O Judiciário não carece de legitimidade para isso, pelo contrário, possui o dever de zelar pela concretização dos valores constitucionais. A Constituição não possui promessas irresponsáveis, os direitos sociais (dentre eles o direito à saúde) nela previstos são dotados de plena eficácia jurídica e são imediatamente aplicáveis⁴⁶. Embora a Constituição preveja que o direito à saúde seja garantido por meio de políticas econômicas e sociais, esse fator não retira do Judiciário o controle sobre essas políticas públicas, notadamente nos casos de omissões injustificáveis⁴⁷.

O Poder Judiciário possui uma função importante na efetivação de direitos sociais. Porém, essa atuação

deve ser no sentido de impulsionar a concretização destes direitos, e nunca em confronto com as políticas públicas.

Em suma, o direito à saúde não pode ser tratado como um direito subjetivo público a toda e qualquer prestação de saúde curativa. Esta abordagem desconsidera a escassez de recursos e pauta decisões disjuntivas com base unicamente no critério de acesso ao Judiciário. A questão da escassez não pode ser vista como algo secundário ou imoral, afinal, como já demonstrado, a questão financeira e os direitos fundamentais não são antagônicos, mas sim intrinsecamente ligados. Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério⁴⁸.

Conclusão

O exame da jurisprudência recente do STF revelou que a Corte está atenta à questão da escassez de recursos que acomete a saúde pública no país. As decisões analisadas revelam um amadurecimento do tema, principalmente após a realização da audiência pública sobre o direito à saúde em 2009. Há uma forte preocupação dos ministros com o efeito das decisões judiciais sobre as políticas públicas de saúde, mesmo que essa preocupação só tenha resultado em mudanças significativas nas decisões e votos de autoria do Min. Gilmar Mendes.

Como as decisões do STF embasam julgamentos em todo o país, é possível que essa preocupação com a utilização racional de recursos (humanos, técnicos e financeiros) escassos seja absorvida por outros tribunais e por juízes de primeira instância em todo o Brasil. A mudança da maneira como o STF trata o tema pode ser o prenúncio de uma transformação da postura de todo o Poder Judiciário.

As sugestões feitas pelo CNJ na recomendação 31/2010 revelam que medidas simples a serem tomadas pelos tribunais podem contribuir significativamente na tentativa de contornar muitas das preocupações expressas durante a audiência pública realizada pelo STF. As orientações dadas pelo CNJ partem de duas premissas basilares: (i) valorização das políticas públicas através do incentivo ao diálogo institucional; (ii) utilização de critérios técnico-científicos para pautar as decisões dos magistrados.

Esses dados revelam que há uma tendência do Judiciário a abandonar a ideia de que haveria um

⁴⁴ AMARAL, *op. cit.*

⁴⁵ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicado em 30/04/2010.

⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁷ SARMENTO, *op. cit.*, p. 580.

⁴⁸ HOLMES, *op. cit.*, p. 94.

direito subjetivo público a toda e qualquer prestação de saúde curativa que, de alguma forma, pudesse ajudar o paciente. Cada vez mais a questão da escassez de recursos deixa de ser tratada como um fator secundário para ser tratada como um fator de alta relevância na efetivação do direito à saúde.

Como todo fenômeno, a judicialização do direito à saúde passa por fases e mudanças, que, nesse caso, evidenciam um aperfeiçoamento da maneira como juízes e tribunais tratam o tema. Após a promulgação da Constituição de 1988, a judicialização cumpriu o importante papel de reafirmar a justiciabilidade do direito social à saúde. Ultrapassada esta etapa, o Judiciário parece buscar meios para equacionar o direito subjetivo público à saúde com o problema da escassez de recursos, valorizando a sustentabilidade das políticas públicas e a alocação racional desses recursos.

Bibliografia

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____; MELO, Danielle. Há Direitos Acima dos Orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007.

_____. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Tradução por Carlos Nelson Coutinho, Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1978.

FERRAZ, Otávio Luis Motta. *Health Inequalities, Rights, and Courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil*”, in Yamin and Gloopen (eds), forthcoming Harvard University Press 2010.

_____; VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da interpretação judicial dominante*.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito Fundamental à Saúde Segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (organizadores); SARMENTO, Daniel [et al.]. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUPION, Ricardo. O Direito Fundamental à Saúde e o Princípio da Impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, v. 58, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, 1ª Edição.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998, 1ª Edição.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (organizadores); BARROSO, Luis Roberto [et al.]. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores); BARCELLOS, Ana Paula de [et al.]. *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.