

A judicialização da saúde em casos de transplantes intestinais e multiviscerais à luz dos custos dos direitos

The judicialization of health in the case of intestinal and multivisceral transplants in the light of costs of rights

 Lucas Faria¹

 Patricia Borba Marchetto²

Resumo: É exatamente na tentativa de separar o joio do trigo, quanto ao fenômeno da judicialização da saúde, que se busca abordar neste artigo a temática pouco enfrentada dos transplantes intestinais e multiviscerais pleiteados por cidadãos acometidos por doenças raras do aparelho digestivo, analisando como o Judiciário responde a estas demandas com fulcro na Teoria dos Custos dos Direitos. A análise se fez por abordagem metodológica baseada na proposição de Alexy (2015), por meio de uma dogmática em três níveis: analítico, empírico (jurisprudencial) e normativo. É possível concluir que a visão clássica dos direitos fundamentais, baseada na existência de custos apenas nos direitos fundamentais sociais, fortalece a distorção da atuação judicial no âmbito da judicialização da saúde, o que inclui os casos em que é juridicamente adequado compelir o Poder Público a dispensar insumos de saúde aos cidadãos, já que mesmo nesses casos não se leva em conta o

¹ Mestrando em Direito pelo PPGD/UNESP FRANCA. Procurador do Município de Ribeirão Preto/SP. E-mail: lucasfaria.direitounesp@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2286-7364>.

² Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (2001), com título reconhecido pela Faculdade de Direito da USP. Professora na graduação e pós-graduação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Tem experiência como docente das disciplinas Bioética, Ética, Introdução ao Estudo do Direito, Direito Tributário, com ênfase em Bioética, atuando principalmente nos temas que envolvem os avanços biotecnológicos e suas implicações jurídicas, e judicialização da saúde. Membro de Comitês de Ética e Pesquisa (FCLAr-UNESP, FOAr-UNESP e FCFAr-UNESP) e do Centro de Estudos e Práticas Pedagógicas da UNESP (CENEPP - UNESP). Tutora do grupo de Educação Tutorial (PET- Administração Pública/UNESP), vinculado ao MEC-SESu. Ouvidora da Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara. Avaliadora do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - MEC. Email: patricia.marchetto@unesp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7507-961X>.

prejuízo ao erário público pelo deferimento de liminares de alta complexidade a serem efetivadas em curto período de tempo e sob pena de multa. O presente artigo busca apresentar uma proposta para que se identifiquem os casos em que devem ser concedidas tais liminares e, também, as balizas que devem ser respeitadas para preservar o Erário e os interesses da coletividade.

Palavras-chave: Judicialização; Transplantes intestinais e multiviscerais; Custos dos direitos.

Abstract: It is precisely in the attempt to separate the wheat from the chaff in terms of the phenomenon of health judicialization, which is addressed in this article, the little-faced issue of intestinal and multivisceral transplants pleaded by citizens affected by rare diseases of the digestive system, analyzing how the Judiciary responded to these demands in the Theory of Costs of Rights. The analysis will be based on a methodological approach based on the proposition of Alexy (2015), through a dogmatic in three levels: analytical, empirical (jurisprudential) and normative. It is possible to conclude that the classical view of fundamental rights, based on the existence of costs only in fundamental social rights, strengthens the distortion of judicial action in the scope of the judicialization of health, which includes the cases in which it is legally appropriate to compel the Public Power to dispense health supplies to citizens, since even in these cases the loss to the public purse by granting highly complex injunctions to be carried out in a short period of time and under penalty of fine is not taken into account. This article seeks to present a proposal to identify the cases in which such injunctions must be granted and, also, the guidelines that must be respected to preserve the public budget and the interests of the community.

Keywords: Judicialization; Intestinal and multivisceral transplants; Cost of rights.

Data de submissão do artigo: Março de 2021

Data de aceite do artigo: Junho de 2021

Introdução

No Brasil, após muitas lutas buscando o reconhecimento da saúde como direito, foi apenas com a Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, que o tão sonhado direito positivou-se, muito por conta da pressão popular articulada por meio do movimento sanitarista brasileiro que defendia a estruturação de um sistema de saúde público, universal e integral.

Por consequência do modelo constitucional adotado, que faz justiciáveis os direitos fundamentais, e da amplitude com que o direito fundamental social à saúde foi previsto no ordenamento, há o fenômeno da judicialização da saúde.

O fenômeno da judicialização da saúde tem destaque a partir do momento em que, nos anos 1990, cidadãos passam a bater às portas do Judiciário com fins de obrigarem o Estado a conceder os medicamentos adequados para o tratamento do vírus HIV/AIDS, começando os juízes a serem vistos como grandes heróis ao obrigarem o Poder Público a conceder o tratamento e, portanto, garantir a vida de cidadãos em situação de total vulnerabilidade corporal.

A judicialização da saúde teve grande influência na máquina pública, impulsionando o Estado a desenvolver uma política pública adequada para dispensar os referidos medicamentos no sistema público de saúde, independentemente da atuação judicial, tornando o país referência mundial no tratamento da referida doença.

Todavia, a partir daí, a ocorrência da judicialização da saúde aumentou, com demandas de diferentes valores, lugares e volumes, requerendo tratamentos de múltiplas espécies, como procedimentos cirúrgicos, leitos em hospitais, inúmeros remédios, próteses, órteses, enfim, o Judiciário era, e ainda é chamado a solucionar a pretensão por tutela da saúde dos cidadãos brasileiros e, muitas vezes, sua atuação não corrobora o desenvolvimento das políticas públicas de saúde estabelecidas.

Nota-se, portanto, que ao mesmo tempo que o Judiciário cumpre uma função de garantidor da Constituição ao compelir o Estado a cumprir a política pública e tutelar a saúde dos cidadãos, ele também age de forma a desregular a máquina pública e, muitas vezes, de forma indireta, promove predileções de grandes oligopólios, sacrificando o interesse público, nestes casos.

É exatamente na tentativa de separar o joio do trigo, quanto ao fenômeno da judicialização da saúde, que se tenta abordar neste artigo a temática pouco enfrentada dos transplantes intestinais e multiviscerais pleiteados por cidadãos acometidos por doenças raras do aparelho digestivo, analisando como o Judiciário responde a estas demandas com fulcro na Teoria dos Custos dos Direitos.

A análise será feita a partir de uma abordagem metodológica baseada na proposição de Alexy (2015), por meio de uma dogmática em três níveis: analítico, empírico (jurisprudencial) e normativo.

Os transplantes gastrointestinais: o que são e para quem se destinam?

Os transplantes intestinais e multiviscerais são procedimentos de altíssima complexidade destinados a pacientes com falência intestinal irreversível que, para atingir a ingestão diária mínima de nutrientes, necessitam de nutrição parenteral, ou seja, não se nutrem normalmente pela ingestão de alimentos pela boca, já que não conseguem fazer a digestão.

Tais transplantes podem incluir apenas a transplantação do intestino, ou ainda, outros órgãos abdominais, como rim, fígado, baço, daí serem chamados de multiviscerais. É certo que tais transplantes evoluíram muito, partindo de um procedimento experimental para uma real opção terapêutica (FILHO: 2015).

Ainda que o procedimento seja de altíssima complexidade e traga consigo inúmeras possibilidades de insucesso, principalmente na fase pós-operatória, em virtude dos altos índices de rejeição dos órgãos intestinais transplantados, a medicina moderna afirma que se trata da única possibilidade de cura para tais pacientes.

Atualmente, o transplante de intestino é a única possibilidade de cura para os pacientes com falência intestinal (FI) com complicações severas relacionadas ao uso prolongado da nutrição parenteral total (NPT). O transplante, por sua vez, restabelece a capacidade nutricional por via oral nesses pacientes. (MEIRA FILHO: 2015; 136).

Os procedimentos de transplantes mencionados são entendidos como a única saída possível nos casos de doenças raras como Síndrome de Berdon, Síndrome do Intestino Curto e Inclusão Micovilositária, nas quais não se pode dizer que houve falência intestinal, pois, em verdade, o aparelho digestório teve má-formação aferida logo no nascimento, o que impossibilitou o desenvolvimento das funções digestórias.

Os transplantes, portanto, aparecem como a possibilidade de conferir às pessoas acometidas por estes tipos de moléstias raras não apenas a cura de sua doença e a garantia de sua sobrevivência, mas a possibilidade de se alimentarem e de se desenvolverem como os outros, buscando a promoção da qualidade de vida.

O objetivo do transplante vai além de assegurar a vida do doente. Busca-se oferecer o estado de saúde antes da doença, o equilíbrio entre a eficácia funcional do enxerto, os aspectos psicológicos e a integridade física do transplantado. O tratamento não se limita à sobrevivência e ao tempo de sobrevida; também deve-se considerar como isso afetará a qualidade de vida do paciente. (DAVID e ALVES: 2012; 1.672).

É certo que, apesar da evolução na realização desses transplantes, ainda são os procedimentos menos realizados quando comparados com outros transplantes de órgãos sólidos (MEIRA FILHO: 2015).

Como dito anteriormente, apesar das grandes dificuldades enfrentadas, os referidos procedimentos deixaram de ser entendidos como experimentais e já representam uma relevante possibilidade terapêutica, existindo, inclusive, centros especializados em sua realização como o Miami Transplant Institute, que tem a área de transplantes gastrointestinais chefiada pelo Dr. Rodrigo Vianna, médico brasileiro. O referido centro já tem mais de 10 mil procedimentos realizados (DR: 2016).

Qual a situação destes procedimentos em meio a saúde pública brasileira?

O sistema público de saúde brasileiro, atualmente, não oferece os transplantes intestinais e multiviscerais, de modo que a alternativa do SUS para as doenças raras mencionadas é a nutrição parenteral, que não representa cura, mas apenas a possibilidade de alimentação e que, a longo prazo, pode vir a gerar inúmeros malefícios, como falência hepática e renal (VALERIO: 2014).

É certo que já foram feitos transplantes no Brasil, entretanto estes não vieram a apresentar resultados satisfatórios (MEIRA FILHO: 2015). Em virtude da incoerência desses transplantes no Brasil e da patente necessidade dos pacientes acometidos das já citadas doenças raras em realizá-los, a demanda vem sendo levada ao Judiciário nos últimos anos, tendo, inclusive, despertado bastante atenção da mídia.

No espaço temporal entre o início dessas decisões, que passaram a surgir em 2014, com o caso Sofia, que trouxe os olhos do país para essa problemática, principalmente em razão da vasta cobertura midiática, e os dias atuais, o Brasil firmou acordo de cooperação com a Argentina, em 2015, na esperança de capacitar profissionais brasileiros para a realização do transplante (LABOSSIÈRE: 2015), entretanto, como já dito, até o momento não houve novidades quanto à realização destes pelo sistema de saúde pública brasileiro.

A análise do problema pelas lentes do Judiciário

Com fins de tornar possível uma análise jurisprudencial qualificada sobre a problemática dos transplantes intestinais e multiviscerais, que possibilitasse o entendimento adequado do modo como a justiça brasileira lida com esta demanda, como também os argumentos utilizados pelas partes integrantes desses processos, quais sejam, a União e os pacientes, utilizou-se método de pesquisa jurisprudencial na plataforma virtual dos Tribunais, por meio de dois eixos.

Cabe esclarecer que, no intuito de delimitar melhor as ações a serem analisadas, e não sacrificar a qualidade da pesquisa, fez-se recorte temporal entre os anos de 2014 e 2017, possibilitando que se incluísse na pesquisa os cinco Tribunais Regionais Federais do país, passando a analisar o posicionamento das cortes em todas as regiões administrativas judiciárias da nação.

Esclarece-se que foram selecionados os TRF's em virtude desses processos terem como parte ré a União Federal, razão pela qual a competência absoluta dessas ações é da Justiça Federal.

Com o acesso aos sítios eletrônicos dos TRF's, utilizou-se em todos as seguintes palavras-chaves pelo sistema de pesquisa de jurisprudência livre: "transplante", "intestino", "intestinal", "multivisceral". A partir dessa pesquisa foram encontrados três processos que tratavam exatamente do tema desta monografia, estando distribuídos entre TRF-1, TRF-2 e TRF-5.

Notou-se, entretanto, que a pesquisa, como estava sendo realizada, não proporcionava resultados próximos à realidade da demanda dos transplantes intestinais e multiviscerais, principalmente porque já se sabia, quando do início da pesquisa bibliográfica, que existiam casos presentes no estado de São Paulo, inclusive, o primeiro caso que havia resultado em condenação para a União provinha da cidade de Sorocaba, tratava-se do caso Sofia (SANTOS: 2016).

Na tentativa de alcançar resultados mais verossímeis, utilizou-se método complementar aproveitando-se de uma característica bastante interessante dos casos de transplantes intestinais e multiviscerais, qual seja a grande repercussão midiática destes. A simples utilização da expressão “transplante intestinal” em plataformas de pesquisa já traz, em sua primeira página, notícias de cidadãos que necessitam do referido tratamento, algumas delas, inclusive, citando que travam lutas na justiça.

A partir deste cenário, fez-se uso da plataforma Google com os filtros “páginas no Brasil”, “páginas em português”, datadas de 01 de janeiro de 2014 a 30 de agosto de 2017, e as seguintes palavras chaves: “decisão”, “justiça”, “transplante”, “intestinal”, “multivisceral”. A pesquisa rendeu 44 (quarenta e quatro) resultados.

Após a análise dos referidos resultados, notou-se que haviam inúmeras notícias tratando do mesmo caso, mas, ainda sim, tomou-se conhecimento de seis nomes completos de pacientes que buscavam a tutela dos transplantes intestinais e multiviscerais na Justiça e, claro, a origem do domicílio destes, também relatada pelas notícias, possibilitando delimitar em qual dos TRF's estariam seus processos. Assim sendo, fez-se a pesquisa jurisprudencial por nome da parte nos citados Tribunais, encontrando os seis processos referidos.

Com isso, a pesquisa jurisprudencial resultou, em números, em 9 (nove) processos, distribuídos da seguinte forma: 5 (cinco) provenientes do TRF-3, 2 (dois) provenientes do TRF-1, 1 (um) proveniente do TRF-2 e 1 (um) proveniente do TRF-5. Não houve resultados no TRF-4.

Em análise quantitativa dos processos, foi possível notar que dos nove processos encontrados, sete tiveram liminares concedidas, o que representa um significativo percentual de 77,78%. Duas das liminares foram negadas e em um destes processos houve óbito durante o andamento processual.

Das liminares concedidas, uma está pendente de cumprimento. Um dos pacientes, ainda que tenha tido sua liminar cumprida,

não teve o transplante realizado, estando no Miami Transplant Institute há alguns anos a espera de conseguir as condições físicas adequadas ao transplante.

Assim sendo, das sete liminares concedidas, apenas cinco tiveram o transplante no exterior concluído.

Este artigo, todavia, não pretende se ater a uma análise quantitativa, visto que a problemática dos transplantes intestinais e multiviscerais não corresponde a uma lide processual de massas, razão pela qual a análise do material jurisprudencial ocorrerá pela perspectiva qualitativa, buscando entender como o Judiciário se posiciona quanto a essa problemática.

Dos fundamentos do juízo

O Judiciário tende a conferir as liminares para a realização do referido procedimento, tanto que a maioria das liminares concedidas já foram, inclusive, cumpridas, com caráter de irreversibilidade.

Entretanto, houve também duas liminares negadas, mostrando que há, entre as decisões dadas, certa disparidade entre os fundamentos acatados, visto que resultaram em diferentes conclusões.

Assim sendo, para que se busque uma explanação mais didática, inicialmente se explanará sobre os argumentos das decisões que concederam o pedido de realização dos transplantes no exterior, mais especificamente, no Miami Transplant Institute. Após isso se tratará dos argumentos presentes nas duas decisões divergentes que não concederam o referido tratamento.

O Poder Judiciário, em regra, expressa o entendimento de que o Estado tem a obrigação inarredável de prover os meios de manutenção da saúde, não levando em consideração, nesta análise, os custos que podem envolver a garantia da saúde dos indivíduos, tratando, inclusive, o custo como irrisório, se comparado a que ele se destina.

Assim sendo, considerando que a Constituição Federal determina ao Estado a obrigação de prover os meios de manutenção da saúde e da vida, sem limite numérico de custos, nem mesmo a aparente alta soma do custo de transferência e do tratamento deve ser óbice à concessão do pedido, pois, em cotejo com o volume de impostos arrecadados à população, essa soma que pode fazer a diferença entre a vida e a morte é evidentemente irrisória. (BRASIL: 2014; 8).

Ressalta-se, inclusive, que a negativa da concessão do tratamento pode significar até mesmo ofensa à moral administrativa, não podendo os direitos fundamentais serem denegados pelo modo que os governantes administram os cofres públicos ou por restrições legais e burocráticas.

Negar ao infante o tratamento cirúrgico de que necessita implica desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida; mais: ofende a moral administrativa (art 37 da Constituição), pois o dinheiro e a conveniência dos detentores temporários do Poder não sobreleva os direitos fundamentais. (BRASIL: 2017C; 13).

A reserva do possível, quando citada, é ignorada, não sendo entendida como óbice à atuação do Judiciário para efetivação do direito à saúde; há vezes em que esta nem mesmo é citada nas decisões.

Quanto à existência de norma administrativa que proíba o financiamento de tratamento no exterior pelo Sistema de Saúde Pública brasileiro, as decisões, quando a citam, tendem a afastá-la, por entenderem que estas não podem prevalecer quando em conflito com a necessidade de garantia da vida dos indivíduos.

Inclusive, invoca-se, para a argumentação em questão, a existência de orientação do Supremo Tribunal Federal, que permite a

atuação judicial para que se custeie tratamento diferente do SUS quando o tratamento oferecido por tal sistema não se mostre eficaz ao caso concreto (BRASIL: 2015D).

A grande discussão entre as partes litigantes quanto à possibilidade de realização dos transplantes intestinais e multiviscerais no Brasil não se apresenta como grande problemática ao Judiciário, visto que, para a maioria das decisões, que conferiram aos autores o direito à realização do procedimento no exterior, é bastante clara a incapacidade dos hospitais brasileiros de concretizarem os transplantes no estágio atual.

Inclusive, os magistrados ressaltam a incapacidade da União em provar a capacidade dos hospitais vinculados ao SUS em realizar os procedimentos.

Na medida em que a agravante indicou que poderia o agravado ser encaminhado para realização do transplante em São Paulo-SP (no Hospital das Clínicas ou no Hospital Albert Einstein) ou em Buenos Aires, Argentina (Fundação Favaloro), já devia ter tomado as primeiras medidas no sentido de fornecer todas as informações necessárias para o atendimento do pedido alternativo. (BRASIL: 2015D; 1).

Entende o Judiciário, em regra, que apesar da Portaria nº 187 do Ministério da Saúde autorizar hospitais no Brasil a realizar os procedimentos, não houve nada que comprovasse a capacitação dos profissionais dos referidos centros para que tais cirurgias pudessem ter sucesso.

O entendimento jurisprudencial leva em conta ainda o histórico dos transplantes intestinais e multiviscerais realizados no Brasil, destacando o êxito zero de tais cirurgias no país e a baixíssima experiência dos profissionais.

É certo que os tribunais reconhecem o empenho do Poder Público e os sensíveis avanços para estruturação dos hospitais com fins de garantir os transplantes no Brasil, entretanto, a esma-

gadora maioria dos magistrados entende ser inviável a realização do procedimento em solo nacional.

Um ponto que merece destaque e que não se faz presente apenas em uma decisão isolada é a utilização de argumentos que possuem intensa envergadura moral, com fins de justificar a inaplicação, pelo magistrado, do postulado da reserva do possível na temática, por não se entender que, na realidade atual, obrigar o Estado ao custeio dos transplantes no exterior poderia comprometer o Erário público.

O Judiciário passa, então, a citar certas deformidades na esfera da gestão pública, que, geralmente, resultam em má aplicação ou utilização ilícita do dinheiro público para justificar que, nos casos tratados, a quantia despendida para os tratamentos não pode ser entendida como capaz de prejudicar o devido exercício das atribuições da máquina pública.

Acrescente-se que, no contexto atual, diante dos escândalos de corrupção que, perplexos, nós, cidadãos, somos obrigados a assistir, diante do noticiário diuturno de que bilhões de reais e de dólares foram desviados dos cofres públicos por aqueles que nos representam e são encarregados de promover e assegurar a concretude das políticas públicas de proteção ao direito à saúde, o gasto de elevada quantia para salvar a vida de um pequeno cidadão se impõe como forma de resgatar um pouco da dignidade e dar efetividade à Constituição, que o Julgador jurou cumprir. (BRASIL: 2015A; 5).

A mesma decisão citada assevera que o custeio do tratamento do complexo transplante no Miami Institute Transplant, em realidade, representa valor irrisório quando comparado com a expressiva quantia já desviada de dinheiro público, dinheiro este que poderia, inclusive, de acordo com o magistrado, ter sido investido na formação de médicos para que o referido transplante pudesse ser realizado em solo nacional.

Há certa crítica à forma como o orçamento é utilizado pelos administradores públicos, sendo, inclusive, ressaltada a ideia de que não se estaria cumprindo a promessa constitucional pela forma com que se destina.

À guisa de comparação, quando se lê notícias de que os cofres da União estão a disponibilizar R\$ 60.000.000,00 para a produção de um filme, parece de inteira justiça que se disponibilize qualquer quantia para a manutenção da vida. (BRASIL: 2014; 8).

Constitui parte integrante da interpretação judicial, portanto, o entendimento de que o Estado falhou, de forma clara, tanto pelos desvios orçamentários, seja pela via lícita, representada pelas escolhas orçamentárias inadequadas ao projeto constitucional a ser cumprido, seja pela via ilícita, representada pelos relevantes desvios de grandes quantias do erário público.

Impor ao Estado o ônus de arcar com esta despesa é uma forma de fazê-lo pagar a conta de sua desordem, da má gestão do dinheiro público, da falta de elaboração de uma política pública satisfatória de promoção da saúde, restabelecendo-se, assim, a ordem jurídica justa. (BRASIL: 2015A; 6).

As decisões que concedem aos autores o direito de terem os transplantes realizados no exterior utilizam-se dos argumentos mencionados acima, estando a maioria deles presente na maioria parcela dos julgados analisados, notando-se que estas possuem uma interpretação do direito à saúde que não corresponde àquela defendida pela União.

O alto custo dos tratamentos, portanto, acaba não sendo entendido como grande razão desmotivadora do custeio dos transplantes, em razão de sua direta contraposição à característica de

integralidade do sistema de saúde pública, assim como por não se justificar a consideração do grande ônus financeiro às contas públicas pelos flagrantes vícios do Poder Público na administração do orçamento e execução das políticas públicas voltadas à efetivação das garantias fundamentais.

Por sua vez, as decisões que negam a realização dos transplantes, por óbvio, levam em consideração argumentos jurídicos que não são devidamente apreciados pelas decisões anteriormente analisadas, a maioria deles de natureza orçamentária.

Antes de tudo, a interpretação judicial que rejeita a pretensão dos litigantes pela realização dos transplantes gastrointestinais adota interpretação do direito à saúde que não compreende a integralidade do sistema como o direito do cidadão ter garantido qualquer tratamento necessário para a garantia de sua vida, estando a referida integralidade necessariamente submetida à realidade orçamentária do Estado.

Evidentemente, a Constituição não pode assegurar uma cobertura universal em termos de excelência de todas as mazelas e infortúnios humanos especialmente que desconsidere as limitações orçamentárias e a escassez de recursos estatais. (BRASIL: 2016B; 2).

Não só se entende que a reserva do possível seria fundamento bastante para afastar a obrigação do Estado em arcar com o custo do referido procedimento no exterior como também que o ato de obrigar a União a arcar com os custos do procedimento traz consigo caráter de imprevisibilidade, não sendo capaz de se precisar, no *iter* processual, o quanto e como exatamente o que será gasto relevante da cota do dinheiro público.

Conforme sustentado pela recorrente, em um exame característico do agravo de instrumento, verifica-se o fato de que há imprevisibilidade quanto ao ônus financeiro a ser

arcado com a realização da cirurgia no exterior, e tudo o que for necessário para o desfecho do procedimento médico para o restabelecimento da agravada. (BRASIL: 2017B; 4).

Os argumentos da União quanto à possibilidade de realização da cirurgia no Brasil parecem ser suficientes para o convencimento do magistrado responsável por uma das decisões contrárias a realização do procedimento, entendendo que o Hospital Sírio Libanês seria capaz de concluir o procedimento.

Nesse sentido, não parece estar presente, no caso concreto, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário. Embora tenha ficado demonstrado que a parte autora não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado e que a terapêutica não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF, a União afirma que existe tratamento disponibilizado no Brasil para a doença que acomete a parte autora a um custo menor do que o valor de US\$ 1.000.000,00 estimado pela agravada. (BRASIL: 2016B; 16).

Inclusive, no processo citado, há despacho datado de 04 de abril de 2017, que entende existirem apenas duas escolhas a menor litigante, ou a realização da cirurgia no Hospital Sírio Libanês ou o aguardo da instrução processual para que se possa aferir se realmente existe a necessidade de custeio do tratamento no exterior. Em 05 de setembro de 2017 foi noticiado o falecimento da autora nos autos.

Além dos argumentos já citados, outro que também se mostra como imprescindível para a construção da fundamentação judicial contrária ao custeio dos transplantes no exterior, em razão da urgência do referido procedimento, é a da irreversibilidade da tutela, visto que trata-se de tutela antecipada em caráter satisfativo, o

que poderia prejudicar a União, caso a concessão ocorresse ainda em cognição sumária.

É importante ressaltar que de todos os processos analisados, a esmagadora maioria das decisões trata-se de tutela antecipada, inclusive em segundo grau, apenas umas delas referindo-se a uma sentença, o que a coroaria com cognição exauriente. Isso ocorre porque os casos dos transplantes intestinais e multiviscerais são caracterizados, na visão dos autores dos processos, com o elevado risco do tempo, sendo possível que a morosidade torne todo o processo obsoleto.

Inclusive, como dito quando da análise quantitativa, dos nove processos encontrados, sete resultaram em liminares concessivas do tratamento. Quanto às duas liminares que não foram concedidas, houve óbito durante um processo, fazendo com que o objeto deste se perdesse, e a outra, após a negativa do Judiciário, não teve avanço no julgamento do mérito.

Da análise dispositiva das decisões

Importante aspecto que não poderia deixar de ser analisado acerca das decisões que determinam à União o custeio dos referidos transplantes no exterior é exatamente a parte dispositiva destas decisões.

É de se notar que as sete liminares concedidas trazem, basicamente, o mesmo texto, obrigando a União a providenciar inúmeros elementos na busca da garantia do transporte e da concretização do tratamento dos pacientes, inclusive, em todas as decisões, o arbitramento de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de descumprimento.

Antes que se possa explicar um pouco mais sobre o modo e o conteúdo da ordem proferida pelo Judiciário à União, é interessante destacar um padrão seguido pelas decisões analisadas.

As referidas decisões de antecipação de tutela trazem consigo dispositivos que incluem: o custeio integral de tudo o que for necessário para a realização da cirurgia no Jackson Memorial em Miami, durante o tempo necessário, inclusive com tratamento ambulatorial, nutritivo, medicamentoso e *homecare*, e o que mais a equipe médica recomendar, além de auxílio diplomático para obtenção de vistos aos genitores, como também sua hospedagem e transporte em Miami pelo tempo que se fizer necessário (BRASIL: 2015B)

É indubitável que as ordens judiciais que concedem a realização do tratamento no exterior com custeio pela União trazem consigo determinações que não permitem nenhuma previsibilidade quanto ao ônus financeiro que será imposto aos cofres públicos.

Nota-se, ainda, que as inúmeras determinações de variadas naturezas são impostas ao Estado para que sejam cumpridas em curto período de tempo e mediante multa de alto valor, o que pode atrapalhar, ainda mais, a boa administração do erário público no cumprimento da decisão.

São poucos os magistrados que entendem essa problemática, havendo apenas uma decisão, no caso dos transplantes, capaz de encarar esse ponto nevrálgico com maior racionalidade.

No tocante à multa diária fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), considera-se exorbitante e desproporcional, especialmente, porque o valor eventualmente a ser acrescido comprometerá ainda mais o orçamento do Ministério da Saúde. Poder-se-ia alegar que já está havendo demora no cumprimento da decisão, daí a justificativa não para a diminuição, mas para o aumento da multa, todavia, não se pode perder de vista que para a liberação de valor de patamar elevado é inexigível uma rapidez extremada... (BRASIL: 2015D; 3).

Outro ponto bastante curioso que vale ser ressaltado nas decisões supracitadas trata-se da determinação de que os valores angariados por campanhas públicas (*crowdfunding*) realizadas pelas famílias dos pacientes que, geralmente, não são valores baixos, em razão da grande comoção social e midiática que se dá nestes casos, sejam utilizados de modo a reduzir o orçamento público gasto para o cumprimento dessas decisões.

Tendo-se em vista que a família do autor, como dito no início desta decisão, realizou campanha buscando angariar fundos para financiar o tratamento médico, deverá a parte autora trazer aos autos, no prazo de 20 dias, os extratos bancários dos últimos 30 dias, informando o quanto já arrecadou com a campanha em prol do Matheus. Em razão dos princípios da razoabilidade e da boa-fé, o montante agrupado deverá ser abatido das despesas imputadas à União. Considero tal obrigação condição *sine qua non* para a conclusão dos procedimentos... (BRASIL: 2015A; 10).

Faz-se notório, portanto, que há excessivo grau de complexidade nas demandas que envolvem transplantes intestinais e multiviscerais de modo que a União, na maioria dos casos, não consegue comprovar a possibilidade de se realizar os transplantes no Brasil, havendo intensa dúvida quanto à devida capacitação e estrutura para tal, além disso, como se viu, não há política pública estabelecida que envolva os referidos procedimentos, apenas ocorrendo atuação pública para sua realização em solo nacional quando das ações judiciais.

Entretanto, não se pode olvidar que a atuação judicial ocorre de forma a onerar, em demasia, os cofres públicos, principalmente pela natureza das decisões que representam uma espécie de “cheque em branco”, já que não possibilitam a mínima previsibilidade do quanto será despendido, obrigando a União a arcar com o ônus financeiro em curto período de tempo, e, sem dúvida, onerando

diretamente o orçamento da saúde que poderia ser empregado, claro, de melhor forma.

Importante ressaltar que não se critica a atuação judicial quando esta obriga a União a custear o referido tratamento, o que se entende perfeitamente correto, afinal, não havendo política pública capaz de garantir a saúde e a vida de um indivíduo, é constitucionalmente adequado que o Estado brasileiro seja obrigado a custear um tratamento, ainda que no exterior. Entretanto, cabe a crítica quanto a forma como o Judiciário atua, apresentando obrigação totalmente ausente de previsibilidade quanto ao ônus orçamentário e sem dar margem para que algum planejamento ocorra para o cumprimento da decisão, o que atinge, diretamente, o orçamento da saúde.

É possível dizer que muito do descompromisso da atuação judicial com os custos da prestação pleiteada ocorre pela concepção predominante sobre os direitos fundamentais que, em regra, ignora os insumos materiais indispensáveis para sua realização, exatamente por isso faz-se necessária a reflexão a seguir.

A teoria dos custos dos direitos: Uma análise do problema mediante a quebra dos paradigmas

A concepção dominante dos direitos fundamentais

Há, por certo, inúmeras classificações na seara dos direitos fundamentais, que se fazem a partir de diferentes critérios e objetivos. Em que pese à análise que se fará aqui, nos interessa classificá-los a partir de sua função, dividindo-os em direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos.

A classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos é dominante na doutrina e diz respeito ao papel do Estado na prestação dos referidos direitos, ou seja, quando trata-se de uma simples abstenção, classifica-se como direito

negativo; já se o Estado precisa agir para garantir o direito, trata-se de direito positivo.

A tipologia dos direitos fundamentais em positivos e negativos atribui-se implicitamente a Isaiah Berlin, sendo desenvolvida e aprimorada, todavia, por inúmeros outros autores, tais como Georg Jellinek, em sua teoria dos *status* (GALDINO: 2005)

Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado é exercida sobre homens livres. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo. (MENDES e BRANCO: 2013; 332)

A ideia dos direitos fundamentais positivos e negativos aparece, ainda, com nomenclaturas diversas nos escritos de outros teóricos, cabendo trazer à baila os escritos de Robert Alexy, que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa, que consistem em uma abstenção, portanto, negativos, e direitos de prestação, que demandam uma ação do Estado, razão pela qual seriam positivos (ALEXY: 2015).

As letras jurídicas, inclusive, lançando mão da classificação supramencionada, passam a defender que os direitos fundamentais, em regra, possuem multifuncionalidade, em seu aspecto subjetivo, de modo que, a depender da forma que se manifestam, poderão expor dimensão negativa ou, ainda, prestacional. Buscando elucidar o sobredito, utilizar-se-á a magistral abordagem de Ingo Wolfgang Sarlet que, por sinal, utiliza o próprio direito à saúde como exemplo.

Com efeito, o direito à saúde opera como direito de defesa quando se trata da possibilidade de impugnar medidas

que venham a afetar a saúde de alguém, ou mesmo interferir nos níveis de proteção da saúde já concretizados pelo Estado. Por outro lado, como direito positivo, o direito à saúde pode ter como objeto a exigibilidade de prestações estatais em matéria de saúde, como medicamentos, internação hospitalar etc., ou medidas de caráter normativo, por exemplo, a regulamentação da EC 29, no que diz com a garantia de recursos para financiar o sistema de saúde. (SARLET: 2013; 313-314).

A classificação em questão é de suma importância, principalmente para o raciocínio aqui desenvolvido, pois leva em conta, pelo menos no ato de classificar, a questão dos custos dos direitos quando da dicotomia entre positivo (prestacional) e negativo (defesa), como se nota:

O critério em que se baseia a citada classificação – a dicotomia positivo/negativo – é fundado no pressuposto de que existem direitos subjetivos (fundamentais) cuja efetivação independe completamente da atuação positiva do Estado, ou seja, independe de qualquer prestação pública, não gerando custos, daí serem chamados direitos negativos. (GALDINO: 2005; 152).

Deste modo, a partir dessa classificação, os direitos fundamentais sociais possuem, como fator preponderante, a característica de direitos positivos, já que demandam custos no cumprimento de uma obrigação igualmente positiva pelo Estado, enquanto as liberdades fundamentais, características da primeira dimensão dos direitos fundamentais, se categorizariam como direitos negativos, visto que constituem um *non facere* por parte do Poder Público.

Assim sendo, em razão dos direitos sociais, entendidos como positivos, demandarem custos ao Erário Público, passou-se a entender que sua realização estaria limitada pela disponibilidade

orçamentária, entretanto, não se deve olvidar que, mesmo assim, estes haveriam de ser levados a sério, por serem vontade do legislador constitucional originário (WANG: 2006).

Entretanto, é certo que a necessidade de insumos econômicos para efetivação dos direitos fundamentais sociais demanda escolhas, já que os recursos são limitados e insuficientes para atender a todas as demandas. Essas escolhas seriam políticas e, de acordo com a doutrina, configurariam opções trágicas, como defendia a obra de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, publicada com o título "*Tragic Choices*".

Assim sendo, em situações onde houvesse dois direitos fundamentais sociais que, portanto, demandam custos, em choque por não existir disponibilidade orçamentária para satisfazer a ambos, seria necessário que fosse escolhido um deles, devendo a referida escolha associar-se ao sistema de atribuição de direitos vigente.

Configurem-se os seguintes termos: se, numa determinada comunidade, uma parte dela postula a instalação de rede de canalização de gás, e a outra parte postula a instalação de uma escola de formação técnica, e inexistindo provisão de fundos suficientes para atender a ambas as demandas, surge um conflito entre (invocados) direitos fundamentais, e a questão de saber onde tais recursos devem ser alocados será decidida à luz da remissão aos princípios jurídicos em que os tais direitos estejam previstos. É a visão jurídica do problema. (GALDINO: 2005; 159).

Assim, ainda que a opção deva se inspirar no sistema de direitos vigente, a escolha há de ser trágica, por ser inevitável que uma pretensão seja atendida e a outra não.

Por óbvio que, pela concepção apresentada, as escolhas trágicas só ocorrerão quando da colisão entre direitos fundamentais sociais, visto que a escassez de recursos só será oponível perante

estes, já que os direitos da liberdade não demandam prestação estatal (GALDINO: 2005).

Partindo-se do pressuposto de que essa concepção seja verdadeira e aferível na realidade, ou seja, que todos os direitos fundamentais sociais sejam positivos, por resultarem em despesas ao orçamento público, analisar-se-á, agora, como a atuação do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais sociais, que demandam custos, pode trazer riscos à sua real efetivação.

Os riscos da atuação judicial alheia aos custos dos direitos

Critica-se a atuação judicial, como se viu, em razão de constituir forma potencial de desregulação das políticas públicas estabelecidas, visto que interfere diretamente na despesa pública e, portanto, acaba por representar escolhas alocativas no orçamento.

O Judiciário, no exercício de sua função típica de resolver lides, acaba por adentrar na seara das escolhas políticas acerca do modo de efetivação dos direitos, entretanto o faz a partir da perspectiva da microjustiça, ou seja, no intento de dar resposta a um problema individualizado, materializado no processo, não possuindo instrumentos necessários para analisar a problemática de forma ampla, afinal, a própria função do Judiciário é definir casos concretos, não sendo de sua alçada formular políticas públicas, estando obrigado a fazê-lo em algumas situações, exatamente pela ineficiência do poder competente para tal (AMARAL: 2001).

A judicialização da saúde adequa-se perfeitamente ao exposto por Gustavo Amaral – como se nota pela problemática dos transplantes –, ocorrendo sem a correta consideração dos efeitos econômicos pelas decisões judiciais, na maioria das vezes em cognição sumária. O referido defeito de tais decisões, entretanto, deve-se deixar bem claro, ocorre exatamente por não ser função típica do Judiciário efetivar tais direitos, sendo compelido a fazê-lo pela falha das outras esferas do Poder.

Entretanto, quando se encara os direitos fundamentais sociais como integrantes da despesa pública e, portanto, limitados pela disponibilidade orçamentária e, ainda, entende-se que a distribuição do orçamento na garantia dos direitos envolve escolhas trágicas, percebe-se que o Judiciário não tem condições adequadas para notar as consequências de suas decisões.

Em primeiro lugar, o juiz possui um ambiente de visão limitado pelas pretensões postas pelas partes, ignorando os efeitos sociais dos seus julgados – o que limita o seu conjunto de oportunidades (e, portanto, as escolhas disponíveis), o que afeta a qualidade da decisão. O juiz também não possui, no mais das vezes, instrumentos mínimos para prever, por exemplo, as consequências não intencionais de suas decisões. (GALDINO: 2005; 161-162).

Inclusive, a oposição da reserva do possível, em um caso concreto, acaba por não surtir efeitos adequados pela simples razão de que a interpretação dos custos reduzida ao caso concreto não permite que seja notada a escassez de recursos, pois, uma decisão individual, apenas, não traz consigo a capacidade de inviabilizar o orçamento público.

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 recursos, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos nem sempre bem empregados. (AMARAL: 2001; 147).

Destarte, a judicialização excessiva e totalmente descomprometida com os custos das prestações concedidas e, claro, da consequência desses custos ao Erário, acaba por comprometer os esforços públicos para a garantia de direitos. Elucida-se esse cenário pelo conceito econômico trazido por Daniel Wang acerca dos custos de oportunidade, que representariam aquilo que se deixou de ganhar em uma oportunidade por decidir investir em outra, o que acaba por despertar para a ideia de que a disponibilidade de recursos, principalmente pelo fluxo de receitas ser contínuo, não significa que estes não serão usados para inúmeras políticas diversas daquela judicializada, ou até mesmo para efetivação da política judicializada de forma diversa, de maneira mais proveitosa ao interesse público.

E, pensando no conceito de custo de oportunidade, o fato de estar disponível significa que não será usado posteriormente para outras políticas que a administração considere ter maior grau de prioridade? (WANG: 2006; 19).

Outrossim, o problema da desalocação de recursos pelas demandas judiciais e, também, da própria alocação de recursos pelo Poder Público requer que se pensem os direitos fundamentais a partir de seus custos, e aqui não se trata apenas de direitos fundamentais sociais, mas sim de direitos fundamentais em geral. É do que se tratará a seguir.

Os direitos fundamentais pensados pelos custos: o fim da dicotomia positivo x negativo

O modelo teórico que se presta a desenvolver a ideia da positividade dos direitos fundamentais, argumentando que estes, independente da dimensão que ocupem, possuem custos para sua realização surge a partir de Cass Sustein e Stephen Holmes,

professores norte-americanos, em sua obra *“The Cost Of Rights: why liberty depends on taxes?”*.

A obra original, introduzida no Brasil por Flavio Galdino, tem como objetivo principal a demonstração de que todos os direitos gozam de positividade, posto que todos demandam alguma prestação pública para sua efetivação (GALDINO: 2005).

Partindo da ideia de que todos os direitos demandam alguma prestação pública para sua efetivação, todos seriam igualmente afetados pela escassez de recursos devendo, outrossim, submeter-se às escolhas trágicas quando em conflito, de modo que a efetivação de um direito de primeira dimensão como a propriedade, ao invés da aplicação dos mesmos recursos na seara da saúde, a título de exemplo, não passaria de uma opção política.

Dessa forma, os custos não são claramente visualizados nesse caso, pois toda máquina jurídico-burocrática e política, bem como o sistema econômico-produtivo estão estruturados e conformados para a concretização e proteção dos denominados direitos de liberdade. Ao fim e ao cabo, os direitos de liberdade são apresentados como pressupostos da estrutura do Estado de Direito, de modo que os custos desses direitos não são visíveis ou claramente identificados, pois integram o custo da manutenção da própria máquina estatal. (MASTRODI e ALVES 2016; 711).

Há autores que defendem existir, em realidade, apenas uma diferenciação de grau no que se refere aos direitos sociais e individuais a partir da perspectiva dos custos, ou seja, os sociais demandariam mais custos que os individuais, entretanto, estes últimos não teriam custo zero (BARCELLOS: 2012).

A afirmativa pode padecer de controvérsia, visto que para se averiguar na realidade dependerá, diretamente, do quanto se investe em cada direito podendo, sem dúvida, um direito individual custar mais que um social; a título de exemplificação, traz-se os seguintes dados:

Outro dado interessante é que, no mesmo ano, 26% das prefeituras da amostra da pesquisa tinham gasto com a função legislativa 50% ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que em 300 municípios gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico. (WANG: 2006; 7).

Lançando mão desta noção, pode-se perceber que a efetivação de determinados direitos se liga muito mais a uma questão de vontade política de conferir aporte financeiro para efetivá-los do que à exaustão de um determinado orçamento. Afinal de contas, lidar com o orçamento na busca de efetivar um direito é, exatamente, fazer escolhas alocativas que representem aquilo que se quer garantir.

O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito (GALDINO: 2005; 235)

Com a premissa de que todo o direito tem um custo, a sua efetivação independará deste ser classificado como direito de primeira, segunda ou terceira dimensão, mas da opção política em escolher investir na efetivação deste, sendo a dicotomia entre positivo e negativo obsoleta (GALDINO: 2005).

Na busca de demonstração sobre a positividade de todo e qualquer direito fundamental, e não apenas dos sociais, os autores norte-americanos trazem o direito de propriedade, clássico direito de liberdade, e discorrem sobre os custos que estão por trás de sua efetivação, razão pela qual este, e qualquer outro direito, assim como os sociais, deve submeter-se às escolhas trágicas.

Outrossim, a propriedade privada não poderia nem mesmo existir se não houvesse a ação estatal, pois esta depende de um arcabouço normativo de criação contínua, além da permanente atuação de agentes públicos para sua tutela, não sendo a propriedade reconhecida pelo Estado, mas verdadeiramente criada por ele (GALDINO: 2005).

Os altos gastos ocorrem, em verdade, diariamente, inclusive, no Brasil, apenando o Erário Público, fazendo o Poder Público a escolha trágica de dispender esses recursos na tutela da propriedade e não em outro lugar.

Neste sentido, indaga-se: quanto terá custado aos cofres públicos enviar e manter em campanha por semanas a fio em Eldorado dos Carajás mais de quinhentos homens armados. O que estes homens protegiam? Em nome de que eles mataram civis miseráveis a sangue-frio? A resposta atende pelo nome de propriedade privada (de um ou de uns poucos) (GALDINO: 2005; 231).

Como já exposto, os custos de direitos como a propriedade acabam por ser raramente levados em conta em razão de estarem embutidos na própria estrutura da máquina pública, entretanto, isso não faz com que estes não existam e nem mesmo os torna irrelevantes (MASTRODI e ALVES: 2016).

Entretanto, interpretando-se os direitos fundamentais à luz dos custos e ignorando a falácia de que apenas os direitos sociais demandam prestações materiais para sua efetivação, entende-se a problemática por outro viés, percebendo-se que os direitos apenas existirão onde houver fluxo orçamentário para sua efetivação (GALDINO: 2005).

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, pre-remptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. (AMARAL: 2001; 78).

É claro que o fato de qualquer direito depender de receita para sua efetivação não resulta em uma interpretação jurídica baseada única e exclusivamente em custos e benefícios, como se o Estado Democrático de Direito se transformasse em uma máquina isenta de sensibilidade operada por economistas. Todavia, a análise dos custos para a efetivação de qualquer direito é imprescindível para que as escolhas trágicas realizadas demonstrem a valoração que uma sociedade atribui aos direitos que escolhe efetivar, em maior ou menor grau.

A teoria dos custos dos direitos busca trazer, portanto, a concepção de que levar os direitos a sério é pensá-los considerando seus custos, evitando-se, assim, a falsa ideia de que alguns devem ser efetivados em detrimento de outros por nada custarem.

A introdução dos custos à discussão permite que se entenda que os direitos individuais, que também demandam orçamento público, podem ser sacrificados em detrimento dos sociais (GALDINO: 2005).

A ideia dos custos demanda, também, que se tenha em mente a premissa de que, se todos os direitos fundamentais demandam custos, na busca de efetivação da maior parte deles em sua maior medida, pode não ser possível efetivá-los individualmente em sua totalidade.

O postulado igualitário de oferecer tudo a todos, como na França, onde há a admissão universal no jardim de infância, pode levar a um custo inefectível se, por exemplo, forem exigidos os padrões noruegueses de relação professor e área por criança. (AMARAL: 2001; 135).

Toma-se como exemplo a tutela da saúde que, como já se disse inicialmente, apesar do direito à saúde ser previsto de forma absolutamente ampla, pautando-se nos postulados de universalidade e integralidade, é certo que não se faz possível dar tudo a todos. Exatamente por isso existem políticas públicas estabelecidas que,

prestando-se a resolver os problemas individuais, devem ser aplicadas de forma restrita, sendo relevadas, única e exclusivamente, em situações em que as soluções dadas pela política pública estabelecida sejam obsoletas à tutela da saúde do indivíduo.

A tarefa de efetivação dos direitos fundamentais torna-se difícil quando o dispêndio financeiro é introduzido como elemento imprescindível do problema, pois, quando isto ocorre, não mais são justificáveis as endrôminas relativas ao caráter absoluto dos direitos fundamentais e a necessidade de sua eficácia imediata, em razão de estarem devidamente positivados pelo ordenamento.

É certo que os direitos fundamentais precisam ser efetivados, é certo que devem sê-lo na maior medida possível, é certo que o Estado deve fazer as escolhas trágicas de acordo com a vontade do constituinte originário, não relegando os direitos fundamentais sociais em prol dos direitos de liberdade. Entretanto, deve-se reconhecer que não se trata de tarefa fácil e, por certo, não será possível atender às máximas expectativas de todos, contudo, este talvez seja o preço de levar os direitos a sério, além do discurso.

As demandas dos transplantes intestinais e multiviscerais à luz da Teoria dos Custos dos Direitos

Por dependerem de recursos, neste caso milionários, os transplantes intestinais e multiviscerais, como instrumento da garantia do direito fundamental à vida e à saúde, submetem-se às escolhas trágicas, como qualquer outro direito fundamental.

Entretanto, há de se destacar que estas escolhas trágicas devem surgir, prioritariamente, no âmbito do Legislativo e do Executivo, os poderes incumbidos de efetivar os direitos por meio de políticas públicas adequadas para tal, fazendo-o com a visão da problemática da efetividade dos direitos fundamentais como um todo e com a percepção dos custos que podem ser suportados pela máquina pública.

Os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas. (AMARAL: 2001; 206).

Ainda que não se discorde da proposição acima, sabe-se que nem sempre o Legislativo e o Executivo atuam do modo como é desejado, inclusive há situações de total omissão, razão pela qual, é certo, muitas vezes a insatisfação acerca da efetivação dos direitos fundamentais bate à porta do Judiciário.

Assim sendo, como lidar? É na tentativa de responder essa pergunta que Gustavo Amaral traz alguns critérios para lidar com a escassez em meio às decisões trágicas.

O autor traz a ideia de que o Judiciário deve buscar contrastar o teor da pretensão com a realidade fática, verificando-se se há violação potencial ao direito do postulante para, a partir daí, buscar questionar as razões do Estado para suas escolhas.

Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal. (AMARAL: 2001; 208).

Aplicando-se o entendimento acima ao caso dos transplantes intestinais e multiviscerais tem-se que a pretensão do particular consiste em procedimento imprescindível para tutela de sua saúde e garantia de sua vida, procedimento este que não é garantido pelo Estado Brasileiro de nenhuma forma, nem estando previsto na política de saúde pública, apenas sendo oferecida a este particular a nutrição parenteral, que só impede a morte por inanição,

ou seja, nota-se que a pretensão é dotada de relevante essencialidade e que a realidade fática a viola potencialmente.

Em que pese ao grau de excepcionalidade da situação concreta, elemento a ser considerado para que se julgue se a escolha estatal é justificável ou não, é de se notar que o Estado, tendo a ciência de uma demanda existente, que – na hipótese deste trabalho surge por doenças raras –, tratável apenas por procedimento de alta complexidade, que não caracteriza-se como experimental, mas que demanda investimento em infraestrutura e capacitação adequada, sabendo que a garantia deste tratamento ata-se diretamente à garantia da vida dos cidadãos, optou por se omitir.

Afinal, não estabeleceu política pública para tratamentos diversos que pudessem ter resultados semelhantes, não explicitou esforços reais para garantir o procedimento requerido no Brasil, não buscou proporcionar, por meio de arranjos institucionais, a realização dos procedimentos no exterior por custo menor. Note-se, o Estado optou por quedar-se inerte.

O estabelecimento de critérios de Amaral pauta-se, portanto, na análise detida do confronto entre essencialidade e excepcionalidade, de modo que, claro, a essencialidade, quanto maior for, exigirá uma excepcionalidade igualmente significativa.

Veja que quanto mais essencial for a prestação mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida (...) 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. (AMARAL: 2001; 216).

Pelo discorrido, é de se concordar que a essencialidade é patente, em razão de ser a única alternativa restante para proteção da vida dos indivíduos, e o grau de excepcionalidade não se faz tão grande, visto que não existem argumentos viáveis ao Estado Brasileiro para, na situação concreta dos transplantes,

justificar a desnecessidade de seu custeio, pois se não se trata de procedimento experimental, se corresponde à única alternativa possível para a cura e se o próprio Sistema de Saúde Pública não possui outro meio que vise à resolução da demanda, não se vislumbra excepcionalidade relevante a ponto de sobrepor-se à essencialidade da tutela.

É claro que a imensa essencialidade não permite que se ignore os custos envolvidos para a efetivação de prestação sob pena de se adotar um modelo teórico da utopia, em que se parte do errôneo axioma da inesgotabilidade dos recursos públicos, que não aparece de forma expressa nos textos jurídicos, mas pode ser tido como implicitamente reconhecido, em razão da natureza das decisões (GALDINO: 2005).

Quer-se dizer, a ausência de excepcionalidade e o alto grau de essencialidade da demanda dos transplantes gastrointestinais aqui discutidos não autoriza que se apresente uma solução para tais sem que se leve a sério a esgotabilidade dos recursos públicos e a necessidade de se realizar escolhas trágicas para a garantia dos direitos fundamentais. Ou seja, não é razoável a concessão de tutelas em “cheques em branco” com a fixação de exorbitantes astreintes e sem o tempo hábil para que o Poder Público efetue planejamento adequado para cumprir as decisões sem o maior sacrifício do Erário Público.

Deve-se levar em conta que, ainda quando o Estado falha e se omite, ainda quando não faz as opções adequadas, ainda quando as alternativas apresentadas não são justificadas pelo grau de excepcionalidade das trágicas opções feitas, ainda quando nada parece ter sido realizado em prol dos flagrantes problemas relativos à eficácia de direitos fundamentais sociais, a atuação corretiva do Judiciário deve ocorrer com adequada parcimônia, levando em conta todos os custos para operacionalizar o cumprimento de seus mandamentos, sob pena de, como se viu, colocar em risco a garantia de direitos de outros cidadãos.

Conclusão

É certo que, em caráter primordial, a tutela da saúde daqueles acometidos por doenças raras que originam a necessidade dos referidos transplantes deve ser realizada por meio de ações coordenadas, a partir da formulação e execução de políticas públicas, não só porque por meio de tais políticas torna-se possível a melhor aplicação dos recursos públicos na busca da garantia dos direitos fundamentais, mas também porque a abordagem por meio das políticas públicas permite que se dê tratamento isonômico a indivíduos que estejam na mesma situação de necessidade, sendo a feitura de políticas públicas o melhor aparato para a realização de escolhas trágicas, até pela legitimidade democrática que as constrói.

Assim, entende-se que é neste cenário que existirão as maiores chances de se levar os direitos a sério em sua totalidade, o que não parece ser tão aferível na análise de casos concretos, como os aqui expostos, realizada pelo Poder Judiciário.

Entretanto, há de se reconhecer, principalmente no cenário atual da nação, que nem sempre as expectativas postas sob a Administração Pública são devidamente correspondidas, sendo inevitável que o cidadão recorra, claro, à última trincheira da cidadania, o Judiciário.

Encarando o problema com a seriedade que lhe é devida, deve-se questionar, antes de tudo, sob quais parâmetros atuará o Judiciário nas questões relativas à judicialização da saúde, com destaque para os transplantes intestinais e multiviscerais em doenças raras.

É preciso afirmar que, nos processos que envolvam a judicialização da saúde, em geral, deve o Judiciário analisar o caso concreto sob a ótica do binômio “essencialidade x excepcionalidade”, trazido pela obra de Gustavo Amaral, de modo que quanto mais acentuada for a essencialidade do insumo pleiteado para a garantia do direito à saúde e, claro, da vida, maior deverá ser a excepcionalidade apresentada pelo Poder Público para que sua escolha de não oferecer o referido insumo seja justificada e mantida pelo Judiciário.

Entretanto, pela análise detida da problemática de tais transplantes, percebe-se que a essencialidade sobrepõe-se de forma irrevogável à excepcionalidade, demandando a realização do tratamento às custas do Poder Público. Com essa experiência, entende-se possível apresentar um enunciado, ainda que riscoso, com um parâmetro fixo envolvendo casos com características semelhantes ao aqui analisado, em que a excepcionalidade, em situações de normalidade institucional, não irá se sobrepôr a essencialidade e, portanto, o tratamento deverá ser conferido.

Nota-se, portanto, que em casos de ausência de política pública para tutela da saúde ou ainda que esta, quando existente, seja comprovadamente ineficiente ao caso concreto e, ao mesmo tempo, exista tratamento não experimental, com eficácia comprovada, mesmo que não reconhecido pelos atores administrativos competentes, desde que seja tratamento lícito, este deverá ser concedido ao cidadão, devendo o Judiciário, quando provocado, ordenar que o Poder Público o faça, mesmo que possua alto custo.

Todavia, o orçamento público deverá, mesmo nestes casos, ser preservado. Com isso, quer-se dizer que a concessão da ordem supramencionada deverá proporcionar tempo hábil para que o Estado encontre meios de cumpri-la com menos prejuízo ao Erário, tempo este que deve ser compatível com a complexidade da tutela concedida, não devendo o Estado, inclusive, ser submetido a altos valores de astreintes, exceto se descumprir o prazo razoável inicialmente estabelecido.

Nota-se, pelas decisões dos casos de transplantes intestinais e multiviscerais, que, em regra, as tutelas são concedidas com tempo curto e com multas por descumprimento fixadas no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A fundamentação, geralmente, justifica tais medidas como fruto da própria ineficiência do Poder Público, devendo este pagar pela incompetência de seus gestores, não obstante, se esquece que quando se pune o Poder Público onerando-o, pune-se o erário, pune-se o povo e sacrifica-se direitos fundamentais ao não se levar a sério seus custos.

Busca-se, portanto, que as notas conclusivas aqui expostas corroborem para a efetivação do direito fundamental à saúde de modo a considerar os custos envolvidos para sua garantia, e, claro, ofereçam insumos adequados não só para o entendimento do imbróglio, como também para o aprofundamento do debate, pois é manifesta a necessidade de se debater a problemática da judicialização da saúde, sob seus inúmeros aspectos, sendo a academia um dos atores necessários à compreensão e solução deste impasse.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)** Acórdão (Agravo de Instrumento) nº 0000638-09.2016.4.01.0000/

MG. Autor: União. Réu: Matheus Teodoro Oliveira. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Belo Horizonte, 14 de abril de 2016c. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=6380920164010000&secao=TRF1&nome=MATHEUS%20TEODORO%20OLIVEIRA&mostrarBaixados=S>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)** Acórdão (Agravado de Instrumento) nº 0002459-48.2016.4.01.0000/MG. Autor: União. Réu: Gabrielle Vitoria Silva Rodrigues. Relator Desembargador Federal Néviton Guedes. Belo Horizonte, 11 de março de 2016a. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&opTrf=proc&proc=00024594820164010000&enviar=Ok>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)** Decisão Liminar nº 0064962-88.2015.4.01.3800/MG. Autor: Matheus Teodoro Oliveira. Réu: União-Advocacia Geral da União. Juiz Federal Daniel Carneiro Machado. Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2015d. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=6380920164010000&secao=TRF1&nome=MATHEUS%20TEODORO%20OLIVEIRA&mostrarBaixados=S>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)** Despacho nº 0061885-71.2015.4.01.3800/MG. Autor: Gabrielle Vitoria Silva Rodrigues. Réu: União – Advocacia Geral da União. Juiz Federal William Ken Aoki. Belo Horizonte, 04 de abril de 2017a. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=618857120154013800&secao=JFMG>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)** Pedido de Efeito Suspensivo nº 0004930-73.2017.4.02.0000/RJ. Autor: União – Advocacia Geral da União. Réu: Flávia Santana Costa. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2017b. Disponível em: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/mostrarquivo.asp?MsgID=90D56A317EDA42A88491BC346BAD05D3&timeIni=79207,3&P1=751576&P2=5&P3=&NPI=18&NPT=18&TI=1&NV=231216&MAR=S>. Acesso em: 30 ago. de 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Agravado de Instrumento) nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP. Autor: Sophia Gonçalves de Lacerda. Réu: União – Advocacia Geral da União. Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. São Paulo, 30 de maio de 2014. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000084745&data=2014-05-29>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Agravado de Instrumento) nº 0004318-45.2016.4.03.0000/SP. Autor: Vinicius Thimoteo Rodrigues. Réu: União – Advocacia Geral da União. Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva. São Paulo, 22 de março de 2016b. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603000043181&data=2016-03-31>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Apelação) nº 50046-34.69.2017.4.03.0000/SP. Autor: Samuel Soares dos Santos. Réu: União – Advocacia Geral da União. Relator Desembargador Federal Johansom di Salvo. São Paulo, 21 de julho de 2017c. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=ae12d4545ad4e10ce7eb-3798767c79b69feaade5fd0ade9a142d52fe407448a6f308a9115f66c6e-6fa2d6e2db4ef4fd361cfaae5201dc35e>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Embargos de Declaração) nº 0004318-45.2016.4.03.0000/SP. Autor: Vinicius Thimoteo Rodrigues. Réu: União – Advocacia Geral da União. Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva. São Paulo, 05 de setembro

de 2016d. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603000043181&data=2016-09-09>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 0000679-53.2015.4.03.0000/SP. Autor: União – Advocacia Geral da União. Réu: Antônio Gleiber Cassiano Junior. Relator Desembargador Federal Presidente. São Paulo, 09 de abril de 2015a. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201503000006799&data=2015-04-139>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)** Acórdão (Suspensão de Tutela Antecipada) nº 0031349-11.2014.4.03.0000/SP. Autor: Davi Miguel Silva Gama. Réu: União – Advocacia Geral da União. Relator Desembargador Federal Presidente. São Paulo, 22 de abril de 2015b. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000313497&data=2015-04-24>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)** Acórdão (Agravo de Instrumento) nº 0805571-15.2015.4.05.0000/PE. Autor: União – Advocacia Geral da União. Réu: Weverton Fagner de Medeiros Gomes. Relator Desembargador Federal Manuel Maia. Recife, 18 de dezembro de 2015c. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/ DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=f0e5cf0e7642c1f3fd2dd4f2f84b1ac9>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de política pública para a concretização dos direitos humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e de políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde**: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

DAVID, André Ibrahim; ALVES, Fábio Luis; D'Albuquerque, Luiz Augusto Carneiro. Análise da Implementação de um Programa de Transplante Intestinal e Multivisceral no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo - Sistema Único de Saúde, através da metodologia PMBOK. **Jornal Brasileiro de Transplantes. Revista Oficial da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos - ABTO**, v. 15, n. 3, jul./set. 2012.

DR Rodrigo Vianna, da Universidade de Miami, apresenta conferência sobre transplante múltiplo. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2016/11/23/dr-rodri-go-vianna-da-universidade-de-miami-apresenta-conferencia-sobre-transplante-multiplo/>. Acesso em: 01 jul. 2017.

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

LABOSSIÈRE, Paula. Brasileiros terão acesso a transplante de órgãos abdominais pelo SUS. **Agência EBC**. Brasília, 25 de maio de 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/brasileiros-terao-acesso-transplantes-multivisceral-e-de-intestino-sus>. Acesso em: 02 jul. 2017.

MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a Teoria dos Custos dos Direitos. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 685-772, 2016.

MARCHETTO, Patrícia Borba *et al.* A crise entre Saúde e Poder Judiciário no Brasil através da judicialização de demandas: apresentação de outros atores responsáveis e a necessidade de um pensamento bioético. *In: I CONIBDH Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos, 2015, Vitoria - Espírito Santo. Anais do I CONIBDH. Congresso Internacional de Bioética e Direitos Humanos. Vitoria: Faculdade de Direito de Vitoria, 2015.*

MEIRA FILHO, Sérgio Paiva *et al.* Transplante Intestinal e Multivisceral. **Einstein**, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./mar., 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, José Sebastião dos *et al.* A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidade se desejos dos usuários, do Sistema Único de Saúde e da indústria. *In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org.). Direito à vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.*

SANTOS, Maria Walquíria Batista dos *et al.* O caso da fosfoetanolamina. Judicialização com risco à saúde. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.*

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VALERIO, Fernando Borges. **Síndrome do Intestino Curto: Aspectos Nutrológicos e Novas Abordagens Terapêuticas**. 2014. Monografia (Especialização em Nutrologia) - Faculdade de Ciências Médicas, Santa Casa de São Paulo, São Paulo, 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2006. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/escassez-de-recursos-custos-dos-direitos-e-reserva-do-possivel-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 18 jul. 2017.