

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍS TADEU NASCIMENTO PIRES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

Florianópolis

2016

LUÍS TADEU NASCIMENTO PIRES

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis

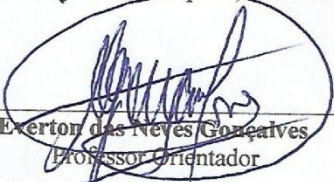
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

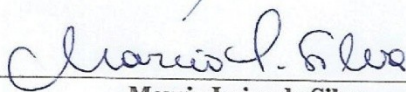
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito”, elaborado pelo acadêmico **Luís Tadeu Nascimento Pires**, defendido em **24/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 24 de Junho de 2016


Exerton das Neves Gonçalves
Professor Orientador

Analú Librelato Longo
Membro de Banca


Marcia Luiza da Silva
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno (a): Luís Tadeu Nascimento Pires
RG: 5210174
CPF: 081.944.289-55
Matrícula: 11200070
Título do TCC: Judicialização da Saúde no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito
Orientador (a): Everton das Neves Gonçalves

Eu, Luís Tadeu Nascimento Pires, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 24 de Junho de 2016.

LUÍS TADEU NASCIMENTO PIRES

RESUMO

Ao incluir os direitos sociais e, em especial, o direito à Saúde, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o País assume prestações cujo caráter econômico é inegável. Por conseguinte, existem limites orçamentários para essas prestações. O uso do Poder Judiciário para satisfazer questões relacionadas ao direito à Saúde, aliado à interpretação moderna desse direito - que desconsidera o planejamento público em favor do atendimento irrestrito das demandas judiciais -, compõe o fenômeno denominado Judicialização da Saúde. Dessa forma, busca-se analisar tanto os aspectos jurídicos do tópico quanto o impacto dessa prática nos diferentes Entes Federativos do Brasil e no Sistema Único de Saúde. O método de abordagem utilizado no trabalho foi o indutivo, e as pesquisas foram realizadas com base em obras impressas ou digitais, disponíveis na internet. Por fim, o trabalho corrobora a tese de que a Judicialização da Saúde implica em sérios danos à sociedade, e que medidas paliativas não bastam para sanar esse problema.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Análise Econômica do Direito. Direito à Saúde. Orçamento. SUS.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Ações Judiciais por ano.....	47
Tabela 2 – Gastos da união com aquisição de medicamentos.....	51
Tabela 3 – Repasses aos Estados e Municípios (depósito Judicial).....	52
Tabela 4 – Depósitos e Compras realizadas pela União.....	52
Tabela 5 – Origem dos pedidos de medicamentos nas ações judiciais.....	56
Tabela 6 – Evolução dos Gastos do Estado do Paraná.....	58
Tabela 7 – Despesas de Minas Gerais em 2009 e 2010.....	59

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ATS - Avaliação de Tecnologia da Saúde

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CIB - Comissões Intergestores Bipartite

CIT - Comissão Intergestores Tripartite

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação e Tecnologias ao SUS

DEMANDE - Núcleo de Ação das Demandas Especiais

HIV – Vírus da imunodeficiência humana

LDO – Leis das Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LOS - Lei Orgânica da Saúde

NAT – Núcleo de Apoio Técnico

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PPA – Plano Plurianual

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TEP – Teoria da Escolha Pública

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	11
1.1 HISTÓRICO.....	11
1.2 APLICABILIDADE.....	12
1.3 PRINCÍPIOS.....	14
1.3.1 EFICIÊNCIA E JUSTIÇA	16
1.3.2 CUSTO-BENEFÍCIO E DECISÕES	18
1.4 A ESCOLA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	20
1.5 TEORIA DOS JOGOS E TRAGÉDIA DOS COMUNS	21
2 A SAÚDE NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS.....	24
2.1 HISTÓRICO.....	24
2.1.1 DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL	25
2.1.2 DIREITOS SOCIAIS, SAÚDE E RECURSOS PÚBLICOS.....	27
2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS CONFLITOS JURÍDICOS.....	29
2.3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.....	30
2.3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	35
2.4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	35
2.4.2 INTERAÇÕES ENTRE O SETOR PRIVADO E O SUS	38
2.5 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	39
2.6 ORÇAMENTO PÚBLICO E A SAÚDE NO BRASIL	42
3 INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA.....	46
3.1 HISTÓRICO.....	46
3.2 TRÂMITE DA JUDICIALIZAÇÃO EM ÂMBITO FEDERAL.....	48
3.3 INTERESSE PRIVADO E O INCENTIVO À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	49

3.4 A EVOLUÇÃO E IMPACTO DAS AÇÕES JUDICIAIS NO ORÇAMENTO DA SAÚDE BRASILEIRO	52
3.4.1 ÂMBITO FEDERAL	52
3.5 ÂMBITO ESTADUAL E MUNICIPAL	55
3.5.1 MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.....	56
3.5.2 OUTROS MUNICÍPIOS	57
3.6 ÂMBITO ESTADUAL.....	59
3.6.1 RIO DE JANEIRO	61
3.7 OUTROS RESULTADOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	64
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará o fenômeno da judicialização da saúde no cenário atual brasileiro, utilizando, primariamente, ferramentas da Análise Econômica do Direito. O problema refere-se, mais precisamente, quanto à existência de impactos negativos causados pela judicialização no desenvolvimento e concretização de políticas públicas de saúde.

A relevância do tema é inegável, tratando-se de assunto debatido no Brasil há mais de uma década. Além disso, os dados quanto à judicialização da saúde apresentam considerável expansão do fenômeno nos últimos anos, o que renova a necessidade de estudo. Trata-se de problema que abrange diversas áreas do Ordenamento Jurídico Brasileiro e da própria sociedade, razão pela qual o trabalho buscará levantar e expor as diversas argumentações e posições acerca do tema, além de marcos importantes para a compreensão do contexto brasileiro atual.

Além disso, serão utilizados diferentes estudos e dados técnicos para exemplificar os problemas da judicialização, visto que somente através de dados concretos é possível a compreensão da situação como um todo.

O primeiro Capítulo apresentará as ideias centrais da Análise Econômica do Direito e sua posição dentro do contexto jurídico brasileiro. Para tanto, será realizada a análise histórica, através da qual a relação entre a Ciência Econômica e a Ciência Jurídica é compreendida. Para utilizar a perspectiva econômica é necessário compreender os princípios que regem tal Ciência. Dessa forma, serão apresentadas as principais premissas utilizadas nesse estudo, como a escassez de recursos, custos de oportunidade, postura racional maximizadora dos agentes, etc. Tendo essa base estabelecida, outros conceitos podem ser desenvolvidos e estudados, como é o caso da Eficiência, que por sua vez é conectada ao conceito de Justiça através das definições econômicas clássicas de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks. Em seguida será explicada a Análise de Custo-Benefício, ressaltando sua importância em análises governamentais para fundamentar e orientar as mais diversas escolhas.

Ainda no primeiro capítulo, duas abordagens próximas à Análise Econômica do Direito serão expostas. A primeira delas é a Teoria da Escolha Pública (Public Choice), responsável por desenvolver interpretação moderna dos interesses dos agentes públicos e seu impacto nas decisões de âmbito coletivo. O segundo tópico levantado é a Teoria dos Jogos, ramo matemático que estuda as escolhas de agentes racionais, e que, portanto, analisa

situações nas quais os agentes, agindo de maneira individual, causam danos à coletividade, de forma análoga à judicialização da saúde.

O segundo Capítulo fará exposição da situação do direito à Saúde no Brasil, trabalhando tanto os aspectos históricos e jurídicos quanto os conflitos atuais sobre o tema. Iniciar-se-á com retrospectiva sobre os direitos sociais, estabelecendo o contexto histórico mundial que os fizeram surgir; é dada especial atenção à incorporação desses direitos no cenário Brasileiro, cujo principal marco é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). O foco é direcionado para o tratamento normativo da saúde, expondo algumas das ideias que estão contidas no Texto Constitucional, e apresentando uma discussão acerca da efetividade desses direitos no Brasil.

O trabalho passará a discutir os conflitos existentes dentro da temática de Saúde; o primeiro deles, e talvez mais crucial, é questão dos recursos públicos em relação aos direitos sociais, dos limites impostos por razões econômicas aos princípios que o Estado almeja proteger. Logo após, é feita abordagem de alguns dos argumentos jurídicos mais frequentes nas discussões acerca da judicialização da saúde. Para tanto, são apresentados, em contexto jurisprudencial, os conceitos da Separação dos Poderes, Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Em sequência, será realizada também uma análise do fenômeno da judicialização através do Princípio da Isonomia, buscando compreender como a ofensa a esse princípio poderia ser minimizada.

Ainda abordando a questão da saúde, um dos principais tópicos trabalhados é Sistema Único de Saúde. Além de situá-lo no contexto brasileiro, serão destacadas as estratégias tomadas dentro desse Sistema para que o direito à saúde seja concretizado da melhor maneira possível para a coletividade, distinguindo essa tomada de decisão daquela característica nas demandas de saúde por via judicial. Também será discutida a relação entre as entidades privadas e o Sistema Público de Saúde, tanto em seu caráter positivo quanto em seus efeitos danosos. A efetivação desse direito conecta-se diretamente às questões orçamentárias, que serão apresentadas por via teórica e com dados específicos e particulares de diversos Entes Federativos do País.

Na terceira seção do trabalho será dada especial atenção à intervenção judicial propriamente dita. Inicia-se com a apresentação do histórico brasileiro da intervenção judicial e judicialização da saúde, buscando mostrar as razões que justificam o surgimento do fenômeno e como foi trabalhado à época de seu surgimento. Após, apresenta-se um estudo sobre o trâmite das ações de saúde em âmbito Federal, com o intuito de esclarecer os

procedimentos observados pela União para arcar com tais demandas e os reflexos econômicos produzidos. Na sequência, utilizando da perspectiva da Teoria da Escolha Pública, é trabalhada a relação entre interesses privados e a judicialização, numa tentativa de revelar possíveis consequências da intervenção do Judiciário nas demandas de saúde.

Por fim, essa última parte do estudo compreende uma análise das despesas e estruturas de Entes Federativos em relação à judicialização da saúde. Buscou-se realizar a análise em diferentes níveis Federativos, trazendo dados que demonstram o impacto dessa atuação Judicial.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O presente trabalho alicerça-se na corrente teórica chamada Análise Econômica do Direito (AED). Em virtude de sua natureza controversa no cenário brasileiro, há uma grande necessidade de expor-se sua origem, seu conceito e alcance, buscando eliminar qualquer dúvida quanto sua utilidade como método de análise.

Ponto de partida apropriado para essa discussão é exposição dos conceitos de Direito e de Economia. O primeiro pode ser compreendido como um sistema de normas criado para regular o comportamento social, enquanto o segundo, para Ivo Gico Jr., é "a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos". A Análise Econômica do Direito, portanto, seria forma de combinar ambos campos, trazendo para o mundo jurídico as ferramentas desenvolvidas pela Ciência Econômica e possibilitando uma análise robusta das mais diversas questões.

Mais do que isso, o fator marcante dessa abordagem juseconômica, é a capacidade de utilização dessas duas áreas para explicar e prever o comportamento de agentes participantes de um sistema orientado e regulado pelo Direito de forma ampla, não mais se restringindo aos temas clássicos da Economia dentro do Direito (antitruste, por exemplo). Esse alcance implica em uma capacidade de oferecer melhorias ao ordenamento jurídico, tanto na forma da análise de leis já existentes e suas consequências, quanto em relação às políticas públicas ou leis que podem vir a existir.

1.1 HISTÓRICO

Qualquer definição oferecida previamente pouco justifica o receio moderno quanto ao uso da AED. Para iluminar essa questão, deve-se compreender o desenvolvimento histórico do direito e a participação da juseconomia nesse desenrolar.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, e em virtude das atrocidades cometidas supostamente dentro dos parâmetros legais da época, surgiram movimentos jurídico de distanciamento do juspositivismo, e, como consequência, o afastamento das ciências naturais e sociais em relação ao Direito. A filosofia, por sua vez, foi fortemente reincorporada e compreendida como maneira de reconstruir o direito capaz de fornecer uma teoria de valores, semelhante ao anterior jusnaturalismo.

No Brasil essa aproximação entre Direito e Filosofia tomou a forma do

neoconstitucionalismo, dando ênfase aos valores morais dentro do Ordenamento Jurídico, mas deixando em segundo plano a análise das consequências práticas das leis e decisões judiciais.

Fica claro que a ideia de entrelaçar o Direito e a Economia, portanto, não é uma proposta inovadora, mas sim tentativa de reunião de duas esferas que foram outrora separadas. Nas palavras de Villas Bôas Cuevas (2014, p. 10) a Análise Econômica do Direito "não postula o monopólio da racionalidade, [...], nem se pretende fazer *tabula rasa* de outros métodos de análise" e muito menos tenciona solapar o neoconstitucionalismo, mas apenas almeja solucionar um problema evidente na construção do Direito moderno.

Esse distanciamento resultou num desenvolvimento jurídico desnivelado: de um lado floresceram as abordagens filosóficas e primariamente teóricas, enquanto do outro havia um direito pragmático subnutrido, sem as ferramentas analíticas necessárias para descrever e responder às demandas sociais.

Embora seja difícil afirmar com precisão a data que marca o início moderno da AED, pode-se apontar 1960, com as publicações de Ronald Coase e Guido Calabresi, em especial as obras "*The Problem of Social Cost*" e "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*", dos respectivos autores, como marcos iniciais de um forte movimento favorável à aplicação das teorias econômicas na área jurídica, não mais limitado apenas aos temas evidentemente econômicos, mas também alcançando outras facetas sociais, como o crime, racismo, ou até mesmo questões familiares (POSNER, 1975, p. 771).

Tal movimento, também chamado de *Law and economics*, tornou-se uma das principais vertentes jurídicas do Sistema Norte Americano. Somente em décadas recentes é que os sistemas jurídicos com base europeia (inclusive, aqui, o Brasil) tiveram um primeiro contato razoável com essas teorias, de forma que, até hoje, a influência do discurso juseconômico é muito mais ampla no Sistema Norte Americano do que em outros países.

1.2 APLICABILIDADE

Já conhecendo a história desse campo econômico-jurídico, é compreensível que existam críticas a sua aplicabilidade em virtude de caráter ideológico, seja pela aparente perspectiva utilitarista, ou, também, por trazer em seu âmago diversos princípios encontrados nas economias de livre-mercado, os quais poderiam, supostamente, infectar e corromper os conceitos jurídicos de interesse público e de justiça, fazendo desses princípios meros "escravos" de um critério de eficiência.

Entretanto, muitas dessas posturas decorrem de incorreta percepção sobre o tema. Uma primeira reflexão pode ser extraída dos escritos de Posner (1975, p. 765), em que ao mesmo tempo em que defende a capacidade do método econômico como otimizador de eficiência do sistema jurídico, já explicita que "é claro, não é dever do economista, no papel de economista, dizer se a eficiência deve sobrepor outros valores no caso de conflito"¹ (tradução nossa). Ou seja, não há qualquer intenção de determinar como preponderantes os princípios econômicos, mas sim fornecer a melhor descrição possível de uma situação, a fim de que seja alcançado o melhor resultado para todas as partes.

Podemos explorar mais profundamente essa aversão à perspectiva econômica, que embora apresente críticas importantes, muitas vezes surge de uma incompreensão da ferramenta em questão.

Essa dificuldade de aceitação surge, em muitos dos casos, de uma confusão entre a análise positiva e normativa dentro das possibilidades da AED, e tal confusão, por sua vez, dá origem à ideia de que a economia poderia suplantiar qualquer teoria de valores dentro do Direito.

A primeira delas, a análise positiva, busca meramente denunciar a situação concreta, analisando as consequências de certas políticas ou prevendo-as, limitando o jurista ao uso de métodos analíticos para diagnosticar critérios de eficiência. A análise normativa, por sua vez, busca sim propor certas políticas públicas ou medidas a serem tomadas, mas apenas nos casos em que já foram previamente delimitados os critérios normativos em questão, não ocorrendo qualquer confusão entre valor e eficiência como orientador de políticas públicas.

Por fim, afastados os pontos contrários à aplicabilidade dessa metodologia, justo elencar alguns favoráveis ao seu uso. Podem-se apontar três razões principais, conforme exposto por Gico (2014), pela qual a AED constitui uma boa escolha quanto ao estudo das consequências do direito na sociedade (consequencialismo). A primeira delas é a ampla oferta de ferramentas teóricas que a ciência econômica dispõe, as quais sem dúvida são superiores ao senso comum ou mera intuição e cuja aplicabilidade não é limitada às situações explicitamente econômicas. Em segundo lugar, dá nova vida ao empiricismo dentro da área jurídica, o qual há muito se distanciou dessa abordagem. Por fim, é flexível e adaptável, não apenas podendo ser usada nas mais diversas questões jurídicas mas também podendo absorver perspectivas de outras áreas.

¹"Of course, it is not for the economist, *qua* economist, to say whether efficiency should override other values in the event of a conflict." Posner (1975, 765).

Essa primeira análise já expõe importantes conceitos sobre a AED, mas ainda não o faz de maneira completa, de forma que precisamos reunir e estudar os princípios que guiam essa área.

1.3 PRINCÍPIOS

Primeiramente, a Ciência Econômica é método de investigação, não sendo limitada a apenas certos objetos de estudo. Ou seja, qualquer atividade humana é passível de um estudo econômico. Nas palavras de John Maynard Keynes: "A teoria econômica não fornece um corpo de conclusões imediatamente aplicáveis à política. É um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que permite ao seu usuário extrair conclusões corretas."²

A juseconomia, de maneira geral, busca analisar como os agentes se comportam em certas situações (diagnóstico), e procura projetar (prognóse) quais são as mudanças comportamentais possíveis caso a situação seja alterada. Nesse instante percebe-se uma fraqueza do Direito: não possui à sua disposição uma teoria sobre o comportamento humano. A Ciência Econômica, por sua vez, ostenta tal capacidade, utilizando para isso alguns postulados (GICO, 2014).

O primeiro deles, e que impulsiona várias outras premissas, é a chamada escassez de recursos. Refere-se ao fato dos recursos numa sociedade não serem infinitos. Evidentemente, caso tal escassez não existisse, problemas de origem econômica seriam mínimos - para não dizer inexistentes -, e todos poderiam satisfazer suas necessidades. Essa ideia não apenas reside no cerne da Teoria Econômica, mas também no campo do Direito, sob uma versão alternativa: de que o conflito só existe pois não há recursos infinitos, e a disputa por recursos resulta na necessidade de um sistema jurídico capaz de solucionar os problemas emergentes.

Essa escassez produz um fenômeno inevitável: a necessidade de serem feitas escolhas, fenômeno que acontece desde o nível do indivíduo até o maior dos Estados. Há um *tradeoff*: deixa-se de optar por algo, por mais interessante que a opção seja, justamente por haver uma alternativa ainda melhor. Esses custos são chamados "custos de oportunidade", e embora sejam intrínsecos a qualquer decisão, são de especial interesse no âmbito governamental, no

²"The theory of Economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions." HENDERSON (1992, 1).

qual tais decisões são de amplo alcance e impacto social.

Compreendida essa questão das escolhas, observa-se que os agentes optam por aquilo que, em determinada circunstância, mais os satisfaz. Essa capacidade de ponderar acerca dos benefícios e custos é chamada racional maximizadora. Implica, por sua vez, que qualquer agente será afetado por incentivos, visto que diretamente influencia esse momento decisório.

O contexto também é importante para uma análise plena, podendo ser um contexto hierárquico (família, por exemplo), no qual existem regras de interação entre os membros, e um contexto no qual os agentes são livres para interagir e barganhar, chamado contexto mercadológico. Esse termo não deve ser confundido com usos populares da palavra mercado, como explica Gico (2014, p. 21):

[...] dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de ideias, de políticos ou mesmo de sexo. Na juseconomia, a referência a mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação.

Nesse segundo contexto (mercadológico), pode-se considerar que indivíduos, fazendo uso de uma racionalidade maximizadora, realizarão trocas “até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefício auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas” (GICO, 2014, p. 21), a situação resultante é dita “em equilíbrio”. Tais equilíbrios trazem uma conclusão importante dentro da AED: são situações consideradas eficientes (eficiência de Pareto), nas quais não há alocação de recursos que possa melhorar a situação de um indivíduo sem necessariamente piorar a de outro.

Indo além, a Análise Econômica utiliza também o conceito de individualismo metodológico, no qual a escolha básica de cada agente é a “unidade mínima” para a compreensão do coletivo (seja ele uma instituição ou um grupo de pessoas). Não implica, entretanto, em estudar decisões isoladas de indivíduos, mas sim, com auxílio de ideias oriundas da Teoria dos Jogos, alcançar uma análise do contexto e interação entre agentes.

A mera adoção dessa metodologia traz consigo ainda outras conclusões e vantagens. Uma das maiores delas provavelmente é a compatibilidade empírica da Teoria Econômica, a qual é indubitavelmente falseável. A possibilidade do uso de dados empíricos, provenientes dos mais diversos estudos, dá às afirmações juseconômicas grau elevado de credibilidade,

distanciando-se de abordagens marcadas pelo senso comum.

Outro aspecto merecedor de destaque é a clareza e precisão dos conceitos utilizados na Teoria Econômica. Essa precisão não apenas facilita a troca de informações e o discurso intelectual, mas garante e facilita sua aplicação nas mais diversas áreas do direito, tanto em setores com fácil aplicação quanto naquelas em que seu uso é restrito (ou até mesmo indesejável), criando um terreno fértil para o estudo.

Todas essas premissas, por fim, são interligadas e direcionadas numa tentativa de construir modelo capaz de explicar os comportamentos humanos. Essa forma de abordagem é evidentemente reducionista, e como tal, carrega inerentemente consigo certas falhas, assim como certas vantagens. É nesse sentido que a Teoria Econômica norteia a pesquisa, justificando quais variáveis considerar e de que forma construir modelo capaz de descrever e prever a realidade, transformando um problema incompreensível em algo estudável. Vale lembrar que esses pressupostos básicos estão sujeitos à alteração, de forma a melhor descrever a realidade estudada.

1.3.1 EFICIÊNCIA E JUSTIÇA

Para discutir a relação entre Direito e eficiência, precisa-se estabelecer que a Análise Econômica do Direito não busca determinar os critérios valorativos que dão norte à sociedade. Compreende-se que tais critérios, por serem subjetivos, residem fora do alcance de métodos estritamente objetivos. Entretanto, o papel assumido pela AED é o de garantir a maior eficácia possível para qualquer que seja a política pública adotada. Nas palavras de Ivo Gico Jr. (2014, p. 24): “Uma vez escolhida uma política pública, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício”.

Essa perspectiva fornece conclusões interessantes, pois alinha o conceito de justiça à eficiência. Não o faz de maneira limitadora à justiça, mas sim ampliadora. Sabendo que os recursos são escassos e que o desperdício deles implica em miséria humana, a justiça parece estar alinhada aos ideais da eficiência. Por mais que seja difícil apontar com precisão um conceito universal de justiça, ainda assim fica claro que a ineficiência promove a injustiça, razão pela qual deverá ser eliminada, seja qualquer a situação.

Esse critério de eficiência tem por base o conceito econômico de Eficiência de Pareto,

no qual uma situação denominada “1” é descrita como uma “melhoria de Pareto” se e apenas se, em relação à situação “2”, não existem aspectos em que 2 é superior à 1, e ao menos uma razão existe pela qual a situação 1 é melhor que a 2. Quando não mais existirem possíveis “melhorias de Pareto”, então o sistema em questão atingiu o “ótimo de Pareto” (HAUSMAN e MCPHERSON, 2006, p. 136).

Tal critério não basta para a análise de todas as situações econômicas e governamentais, pois frequentemente surgem casos em que há necessidade de comparar políticas em que nenhuma delas é uma melhoria de Pareto clássica, além das possíveis externalidades negativas associadas às políticas, que são presumidas como inexistentes no modelo de Pareto (mas trabalháveis com o uso do Teorema de Coase). A solução, estabelecida sob a forma de uma extensão da Eficiência de Pareto e denominada Eficiência de Kaldor-Hicks, dita que, para decidir se certa situação é economicamente mais eficiente que uma segunda, basta apenas que no sistema como um todo exista um benefício, independentemente da perda particular de um dos interessados. Isso acontece pois, em tais situações, há uma potencial melhoria de Pareto, necessitando apenas da redistribuição de recursos para que se concretize. Outra forma de enxergar essa solução é através da compensação, enunciam Hausman e McPherson (2006, p. 145):

[...]se X é uma melhoria de Pareto em potencial em relação a Y, então é possível, para os vencedores da troca de Y para X, que compensem os perdedores. A compensação dos perdedores pelos vencedores é então operacionalizada. A maneira mais fácil é em termos de “willingness to pay” (disposição a pagar). Se a quantia que os vencedores estivessem dispostos a pagar para que certa política fosse escolhida é maior do que o total que os perdedores necessitariam de compensação para aceitar essa mesma política, então a política é uma melhora de Pareto em potencial em relação ao *status quo* e portanto conduz a um cenário mais eficiente, no qual há um benefício líquido – uma maior capacidade de satisfazer preferências.³

É principalmente por essa questão de eficiência que a AED nos permite estudar diversas situações do Sistema Jurídico Brasileiro. Após a adoção de certa política distributiva, cujo caráter valorativo muitas vezes reside fora do âmbito econômico, devemos zelar para que sua execução seja o mais eficiente possível, garantindo que os valores em jogo sejam protegidos.

³ “[...] if X is a potential Pareto improvement over Y, then it is possible for the winners in a change from Y to X to compensate the losers. Whether the winners could indeed compensate the losers is then operationalized. The simplest way is in terms of willingness to pay. If the amount that winners would be willing to pay to bring about a policy is larger than the amount that losers would need to be compensated to accept the policy, then the policy is a potential Pareto improvement over the status quo and thus purportedly brings about a more efficient state of affairs in which there is a “net benefit” – a greater capacity to satisfy preferences.” HAUSMAN, Daniel e MCPHEARSON, Michael (2006, 145).

Nesse sentido, Posner (1998, p. 12) esclarece quanto a relação entre a Ciência Econômica e o Direito: “O papel básico do economista é lembrar-nos das consequências [...] de atos e práticas que poderíamos, de maneira diversa, julgarmos como claramente boas ou claramente ruins.”⁴ O problema enfrentado nesse trabalho, e que reaparece em diversas situações por todo Brasil, é o da política pública que, ao observar certa medida como um fim socialmente almejavél, automaticamente busca incorporá-la ao sistema vigente, em momento algum ponderando se tal fato não poderia muito bem causar efeito contrário ao originalmente planejado.

1.3.2 CUSTO-BENEFÍCIO E DECISÕES

Dentro da Ciência Econômica, e também cabível dizer que no Direito, existe ferramenta denominada “análise de custo-benefício”, a qual busca comparar os custos e benefícios de projetos já existentes ou que poderão vir a existir, capaz de explorar conteúdos não necessariamente econômicos, portanto, podendo oferecer importantes conclusões e auxílio para eventuais decisões em diversas questões.

Qualquer forma de análise, antes de iniciar, necessita obter maneira de comparar os objetos de seu estudo. A análise de custo-benefício satisfaz essa condição utilizando estimativas monetárias de certos benefícios e custos, ou seja, por mais que certa situação não seja explicitamente uma questão monetária, ainda assim, pode-se aproximá-la para um equivalente monetário.

A importância da análise custo-benefício é justificada por duas principais razões: primeiro, oferece uma conclusão razoavelmente sólida quanto a execução de certo projeto. Em segundo lugar, é uma ótima ferramenta comparativa, visto que se modelada corretamente, pode simplificar situações que outrora seriam de difícil julgamento.

Não é de se espantar que tal ferramenta seja amplamente utilizada pelos governos e instituições privadas de todo o Planeta. Um dos exemplos mais marcantes de seu uso é na área da saúde pública. Existem diversos estudos apontando a vacinação como um dos melhores investimentos governamentais no âmbito da saúde, e grande parte deles utiliza a análise de custo-benefício como principal ferramenta analítica.

Em um desses estudos (Health Affairs, 2016, p. 199-207), os autores concluem que

⁴“The basic job of the economist is to remind us of the consequences often though not always adverse or at least costly, of acts or practices that we might otherwise think clearly good or clearly bad”. Posner (1998, 12).

não apenas vacinas são um excelente investimento, mas que atingem retornos, do ponto de vista econômico, altíssimos, alcançando em torno de 16 vezes os valores investidos inicialmente. Nessa pesquisa, em especial, observa-se que a relação custo-benefício pode variar bastante, dependendo apenas da forma como os dados são abordados; em contrapartida, os autores puderam observar claramente que em todos os casos, independentemente de como essa abordagem era feita, o investimento mostrou retornos positivos, um resultado que explica a adoção dessa estratégia em diversos países e demonstra o poder analítico desse instrumental.

Dessa forma, quando necessário traçar estratégias para abordar um problema (nas áreas da saúde, segurança, educação, por exemplo), a tomada de decisão muitas vezes pode ser auxiliada pela metodologia da análise de custo-benefício. Ou ainda, quando as estratégias e decisões a serem tomadas em muito diferem entre si, a perspectiva de custo-benefício fornece a solução ao problema através da conversão em termos econômicos.

Entretanto, embora seja um método amplamente utilizado, tais análises de custo-benefício não são de simples realização, principalmente quando trata-se de assunto complexo como as diversas atividades governamentais. O Estado Brasileiro, reconhecendo essa complexidade, busca implementar sistemas que possam suprir as demandas da sociedade da melhor maneira possível, utilizando, para isso, não só a análise de custo-benefício mas também outras metodologias. Um exemplo é a Avaliação de Tecnologia da Saúde (ATS), processo contínuo de avaliação que possibilita a tomada de decisões na área da saúde pelos gestores do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa ferramenta faz uso da Teoria Econômica, e além de utilizar o conceito de custo-benefício, faz uso também de outras metodologias, como custo-efetividade (comparação entre custo monetário e efeitos quantitativos medidos em unidades não-monetária) ou análise de custo-utilidade, todas com o objetivo uno de fornecer conclusões robustas para processos decisórios complexos.

Por fim, essa exposição buscou não apenas explicar o critério de custo-benefício e sua importância, mas também a complexidade muitas vezes inerente ao seu uso. Assim, parece cabível observar, de forma preliminar, que o Poder Judiciário, ao não considerar tais perspectivas, realiza afronta à capacidade decisória dos gestores públicos, desvalorizando os resultados obtidos através dessas análises.

1.4 A ESCOLA DA *PUBLIC CHOICE*

A Teoria da Escolha Pública (TEP), cuja origem remonta aos trabalhos de Duncan Black em 1958 (ROWLEY e SCHNEIDER, 2008, p. 83), consiste em ramo teórico, vertente da AED, no qual os métodos e ferramentas da ciência econômica são utilizados para estudar as escolhas políticas, governamentais e de serviços públicos (TULLOCK, 2005, p. 3).

Por longo período da história humana, a moral era situada pela ciência política como o maior motivador dos indivíduos, e era assumido que através do comportamento moralmente correto esses indivíduos buscavam maximizar o interesse coletivo. Com os trabalhos de Adam Smith e David Hume, no século XVIII, essa perspectiva foi alterada, passando os interesses pessoais para a posição de principal incentivador dos indivíduos (TULLOCK, p. 4, 2005). Essa perspectiva, numa visão moderna, é comumente associada ao processo de avaliação de custos e benefícios, os quais são balizados pelos interesses do indivíduo interessado.

Mas nem todas decisões são feitas em nível individual. A construção de uma escola pública, ou o fornecimento de medicamentos através de sistema Estatal, são escolhas políticas e de caráter coletivo. Além disso, embora esses exemplos exijam escolhas evidentemente econômicas, pode-se dizer que as questões de custo e benefício, tanto individuais quanto coletivas, não se restringem às variáveis financeiras, tratando-se na verdade de um cotejo de tudo aquilo é despendido e obtido em retorno.

A grande mudança que a TEP trouxe é análoga às ideias de David Hume e Adam Smith: a implementação da perspectiva de interesses individuais ao sistema público e aos governos. Assim, diferentemente de outras teorias, que buscam precipuamente a maximização do bem-estar social e utilizam, para tal fim, agentes públicos que, em tese, agem de forma imparcial e restringem-se à busca do interesse público, a TEP argumenta que os responsáveis pela elaboração e execução dessas políticas são, assim como o cidadão comum, motivados primariamente pelo interesse próprio (BUTLER, 2012, p. 23).

Butler (2012, p. 23) esclarece:

Pensadores ortodoxos ficaram chocados quando Buchanan, com seu co-autor Gordon Tullock, aplicaram essa visão “econômica” dos seres humanos de forma sistemática através das instituições governamentais – sugerindo que legisladores, oficiais e eleitores todos usam o processo político como forma de promover seus interesses privados, assim como fazem no ambiente de mercado. Ainda mais chocante foi a conclusão de que decisões políticas, longe de serem feitas de maneira eficiente e desapaixonadamente em busca do ‘interesse público’, poderiam muito bem ser menos eficientes, menos racionais e mais vulneráveis à manipulação por

interesses privados do que o supostamente falho processo de mercado.⁵ (tradução nossa)

Dois pontos iniciais distinguem as escolhas privadas daquelas feitas em âmbito público. O primeiro deles, de que o agente individual, estudado pela Ciência Econômica, ao optar por certa opção econômica privada (em amplo sentido), arca pessoalmente com os custos e benefícios de tal decisão; já nas escolhas realizadas em âmbito público a situação difere, pois não necessariamente aqueles que pagam os tributos necessários para a realização de certa escolha pública são os que usufruem de tal . O segundo ponto refere-se à aceitação das partes. Nas decisões privadas há a necessidade de, em um cenário de mercado, as partes concordarem com o que é decidido: são livres para, não satisfeitos com as condições do negócio, abandoná-lo por completo. Nas escolhas públicas e políticas, por sua vez, a minoria, descontente com a opção majoritariamente decidida, nada pode fazer quanto a isso. Em consequência, grupos com objetivos e fins egoístas podem, após alcançar posição majoritária, definir políticas que os beneficiem, caracterizando claro abuso de poder. (BUTLER, 2012, p. 22).

A TEP, portanto, não busca resolver por completo a questão do interesse público, mas sim esclarecer os motivos por trás das escolhas públicas e expor a fragilidade de todo o sistema, principalmente em relação à ideia de que um Governo é capaz de adotar medidas cujo resultado é superior àqueles que resultariam de um processo de mercado.

1.5 TEORIA DOS JOGOS E TRAGÉDIA DOS COMUNS

A teoria dos jogos é um ramo da matemática cujo marco inicial foi a publicação do livro “*Theory of Games and Economic Behavior*” pelo matemático húngaro Von Neumann e o economista Oskar Morgenstern, e busca estudar as escolhas e conflitos de agentes racionais que interagem entre si, procurando expor, por exemplo, quais seriam as estratégias ótimas num cenário complexo, em que as escolhas dos diversos agentes afetariam os muitos

⁵ It shocked orthodox thinkers when Buchanan, with his co-author Gordon Tullock, applied this ‘economic’ view of human beings systematically through the institutions of government – suggesting that legislators, officials and voters all use the political process to advance their private interests, just as they do in the marketplace. Even more shocking was their conclusion that political decisions, far from being made efficiently and dispassionately in pursuit of the ‘public interest’, could well be less efficient, less rational and more vulnerable to manipulation by vested interests than the supposedly flawed market process. BUTLER, Eamonn. (2012 p. 23).

resultados possíveis.

Embora originalmente aplicada para apenas certas situações, como guerra ou jogos específicos, hoje em dia são diversos os campos de estudos que fazem uso dessa ferramenta, sendo a própria AED um desses campos. Nesse sentido (GIBBONS, 1992, p. 1):

Teoria dos jogos é o estudo de problemas decisórios com múltiplas pessoas. Esses problemas aparecem com frequência na área econômica. [...]. No nível micro, modelos de troca (barganhas e leilões, por exemplo) envolvem a teoria dos jogos. [...] Também existem problemas com múltiplos agentes dentro de firmas: muitos trabalhadores podem competir por certa promoção; diferentes divisões podem disputar pelo investimento de capital da corporação. Finalmente, [...] a economia internacional inclui modelos nos quais os países competem (ou conspiram) ao escolher tarifas e outras políticas de troca, enquanto a macroeconomia possui modelos em que as autoridades monetárias e os responsáveis pelos salários ou preços interagem estrategicamente para determinar os efeitos das políticas monetárias.⁶

Um dos exemplos mais clássicos da teoria dos jogos é o dilema do prisioneiro de Albert W. Tucker, o qual consiste num experimento hipotético em que são oferecidas vantagens e desvantagens para dois prisioneiros que cometeram certo crime, de forma que se apenas um deles denuncia o outro e coopera com a polícia, então o denunciante é libertado e o denunciado recebe a pena máxima; caso ambos denunciem a pena é intermediária para os dois; e se ambos optarem por não confessar, então a pena será mínima para os envolvidos (GIBBONS, 1992, p. 2).

Visto que não podem se comunicar – e ainda que pudessem, não teriam garantia de que a palavra dada pelo outro prisioneiro seria cumprida -, ambos acabam cedendo à melhor estratégia do ponto de vista individual, que consiste em denunciar ao seu comparsa. Num mundo matematicamente ideal, a melhor opção seria ambos optarem pelo silêncio, implicando numa pena mínima para os dois participantes.

O curioso e importante resultado desse experimento é que os jogadores envolvidos (os prisioneiros) acabam não optando pelo melhor resultado possível de um ponto de vista coletivo. Em outras palavras, os jogadores deixam de tomar uma decisão maximizadora racional, tendendo a preferir resultados inferiores em virtude da situação em que se encontram (o jogo em si).

⁶“Game theory is the study of multiperson decision problems. Such problems arise frequently in economics. [...] At the micro level, models of trading processes (such as bargain and auction models) involve game theory. [...] There also are multiperson problems within a firm: many workers may for one promotion; several divisions may compete for the corporation’s investment capital. Finally, international economics included models in which countries compete (or collude) in choosing tariffs and other trade policies, and macroeconomics includes models in which the monetary authority and wage and price setters interact strategically to determine the effect of monetary policy.” GIBBONS, Robert. (1992, p. 1)

Trazendo as consequências desse jogo para o mundo real, pode-se dizer que os agentes, ao buscar o melhor possível para si mesmos, podem acabar produzindo resultado ou situação inferior para a sociedade como um todo. De certa forma, é essa uma das mais importantes facetas a serem compreendidas da judicialização da saúde no Brasil.

Um termo e conceito muito utilizado para explorar essas situações é denominado “Tragédia dos comuns” e foi utilizado pela primeira vez pelo ecologista Garret Hardin em publicação na Revista Science de 1968, volume 162. Consiste em situações nas quais os agentes possuem amplo incentivo individual para realizar certas ações e não possuem ou não optam por desenvolver política coletiva, de forma que o resultado obtido é o pior possível.

O exemplo mais famoso é o dos fazendeiros que utilizam uma área comunitariamente para alimentar seus rebanhos. Cada fazendeiro logo percebe que sua melhor opção (de um ponto de vista individual) é aumentar o número de animais em tal pasto. Tal reflexão inevitavelmente ocorre para todos os agentes envolvidos, de forma que para maximizar seus ganhos, há demasiado aumento do número de animais, o que, por sua vez, cria situação insustentável, culminando na eventual destruição dos pastos e possivelmente morte dos animais que dele se alimentavam.

O paralelo com a judicialização da saúde é marcante. Tanto no exemplo do pasto quanto no âmbito judicial os agentes buscam algo que aparenta inicialmente ser a melhor opção individual. Além disso, os recursos explorados em ambos exemplos possuem limitações, são finitos. Exposta a similaridade, já pode-se considerar as seguintes interrogativas: será que, assim como no caso do pasto, o Sistema de Saúde Brasileiro precisará ser negativamente afetado para ocorrer eventual mudança? Ou quem sabe a situação possa ser controlada antes do completo declínio da saúde pública?

2 A SAÚDE NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

2.1 HISTÓRICO

Primeiramente, para plena compreensão do tratamento dado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) quanto aos direitos à saúde, necessário delinear o desenvolvimento histórico que deu origem aos chamados direitos sociais.

Sob olhar moderno e analítico, os autores costumam nomear certos marcos jurídicos com o termo dimensão (ou geração, para outros). Assim, movimentos sociais que surgiram como resposta liberal ao Estado Absolutista do Século XVIII a favor dos direitos civis e políticos, por exemplo, deram origem aos denominados direitos de primeira dimensão. Entretanto, o movimento de interesse maior neste trabalho é o dos direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais.

Sua origem remonta ao Século XIX e, diferentemente dos direitos de primeira geração, buscam uma prestação positiva do Estado. Nas palavras de Ferreira Filho (2003, p. 310) esses direitos “são [...] prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos.”

Sendo mais específico, pode-se dizer que em razão da Revolução Industrial e da conjuntura econômica e social que despontava, a maior parte da classe trabalhadora vivia em situação miserável: as fábricas exigiam dos trabalhadores turnos infindáveis, ofereciam salários diminutos e condições inaceitáveis aos olhos modernos, o que, além de ampliar a desigualdade de renda da época, criou um modo de vida altamente insustentável.

Não é surpreendente que tais condições tenham gerado insatisfação suficiente a ponto de produzir mudanças radicais no sistema social vigente da época. Segundo Mendes (2012, p. 206), "O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. [...] Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social."

Essas transformações vieram sob a forma dos direitos sociais, os quais defendem que o Estado deverá fornecer certas qualidades mínimas de vida a toda população, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, estabelecendo respeito à dignidade da pessoa humana.

Dentro do período histórico que viu florescer os direitos sociais, vários são os marcos

importantes, desde as constituições do México e de Weimar até o surgimento de órgãos internacionais explicitamente motivados por tais ideais.

Destaca-se, dentre outras, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial da Saúde (OMS) como reflexos dessas mudanças sociais. Merece especial atenção também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1976), que busca, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecer mundialmente uma sociedade mais justa. O artigo 12 desse pacto determina que : “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.”, evidenciando o impacto cultural que tal perspectiva teve no desenvolvimento das sociedades contemporâneas.

2.1.1 DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

No Brasil, entretanto, a primeira das Constituições a incluir os direitos sociais em seu Texto foi a de 1934, que deu enfoque a certas proteções às relações trabalhistas.

De maior interesse para esse estudo, entretanto, é a CF/88, pois além de trazer ampla exposição de direitos sociais, inclui entre eles a saúde. Paralelamente, um dos grandes avanços firmados nessa Constituição foi o conceito de acesso à justiça, que garante direitos e alcança pela primeira vez vários indivíduos juridicamente marginalizados, fator importante para a concretização desses direitos.

O artigo 6º enuncia os direitos sociais, são eles: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social, a assistência aos desamparados e a proteção à maternidade e à infância. Além disso, a CF/88 exprime também como deverão tomar forma as políticas públicas e como esses direitos serão protegidos; tem-se como exemplo o artigo 196 e seguintes, que tratam da aplicação e efetividade do direito à saúde, ou, ainda, o artigo 201, que rege a previdência social.

Trazendo o foco para a saúde, nota-se que a Carta de 1988 é a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, sendo que os Textos Constitucionais anteriores meramente mencionavam certos aspectos dessa área, não garantindo nada mais do que isolados pontos.

Por sua vez, analisando o artigo 196 da CF/88, vê-se que sua redação faz da saúde tanto um direito individual como um direito coletivo de proteção. Para alguns, essas dimensões colocam o Estado em situação obrigacional inescapável, Celso de Mello (agR-RE

271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-9-2000), nesse sentido alega: "a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente", de forma que o Poder Judiciário deverá sim atuar nas situações em que a administração pública demonstre irresponsabilidade para com a CF/88.

Acerca dessa posição, Mendes (2012, p. 902) se manifesta: "Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize."

Essa análise já demonstra as dificuldades em conciliar o plano teórico e o prático dos direitos sociais, conflito esse que acaba acentuado pelas posições de teóricos da área. Entretanto, nem todos artigos da CF/88 sofrem em razão da polarização de opiniões. Por exemplo o artigo 196 da CF/88, ao citar "políticas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos", deixa implícito que medidas como melhorias nas redes de esgoto e saneamento básico, entre outras, são de vital importância pra efetivação desse direito social. Nesse caso, não há conflito entre autores quanto a proposta do Texto Constitucional de 1988, sendo que essa aceitação plena nasce não apenas do reconhecimento nacional e internacional das práticas de saneamento público como socialmente positivas, mas muito também por trazer consigo uma evidente e altíssima redução nos custos na área da saúde a longo prazo (elevado custo-benefício).

Ao observar a absorção dos direitos sociais na CF/88, em especial a saúde, é inevitável a conclusão de que ocorre no Brasil não uma falta de legislação apropriada ou de orientações constitucionais cabíveis, mas sim a existência de um abismo entre a teoria e a aplicação e efetividade das políticas públicas. Nas palavras de Mendes (2012, p. 904): "[...] os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica."

Essa posição, entretanto, não é incomum, sendo que o próprio legislador demonstrou conhecimento dessas dificuldades. Um exemplo de medida tomada no Brasil e que buscou assegurar a aplicabilidade dos direitos sociais é a popularmente chamada "quebra de patente" de medicamentos, fenômeno que surge com a Lei de Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96) sob o nome de "licença compulsória" e que autoriza, por meio do poder coercitivo do Estado,

a exploração de patentes a ser realizada pelo próprio Estado ou outra entidade, com o objetivo de proteger interesse social de vital importância, como, por exemplo, em emergências na saúde pública (BARBOSA, 2009, p. 16).

A licença compulsória serve, antes de mais nada, como poderosa ferramenta de negociação a ser utilizada pelo Estado Brasileiro. Assim, um dos casos mais importantes de sua aplicação foi na questão dos medicamentos de HIV (vírus da imunodeficiência humana) no Brasil; antes dessa mudança, os gastos com a saúde desses pacientes eram elevadíssimos, atingindo 542 milhões de reais em 2003, data em que ocorreram negociações infrutíferas para a redução dos preços. Em 2005, o valor já alcançava a cifra de 950 milhões de reais. (OLIVEIRA, 2006, p. 4) A redução dos custos foi obtida após negociações em que a licença compulsória foi argumento principal e, dessa forma, demonstrou sua utilidade quanto a efetividade dos direitos sociais, sinalizando uma das possíveis medidas ao alcance do governo brasileiro.

Destaca-se, por fim, que essa ferramenta demonstra a distinta capacidade de efetivação dos direitos sociais; o Estado, capaz de estudar medidas em longo prazo e negociar com terceiros, encontra-se capaz de alcançar uma escolha sadia para a sociedade, diferentemente da efetivação decorrente das vias Judiciais, cujas decisões impetuosas, em muitos casos, são também míopes.

2.1.2 DIREITOS SOCIAIS, SAÚDE E RECURSOS PÚBLICOS

O papel dos direitos sociais para a sociedade moderna envereda-se em sentido de proteção ao cidadão. Para Gilmar Mendes (MENDES, 2012), essa proteção muitas vezes é enxergada apenas de uma forma: através de proibições de medidas abusivas e excessivas, quando, em muitos casos, a proibição atua no sentido de impedir proteção insuficiente.

É nesse segundo sentido que encontra-se maior discussão teórica, visto que os direitos em jogo requerem providências estatais, seja no desenvolvimento de órgãos responsáveis ou de infraestrutura, há em todos os casos uma questão de alocação de recursos.

Alguns estudiosos reconhecem que é impossível a existência de qualquer direito fundamental sem um custo público. Stephen Holmes e Cass Sunstein (*The cost of Rights*, 1999), já se alinhavam a tal corrente, concluindo que qualquer tentativa estatal de proteção aos direitos deverá ser vista sob a ótica financeira, pois só assim questões de escassez e de distribuição de recursos seriam corretamente analisadas.

Os direitos sociais encontram-se exatamente no cerne dessa questão. Na visão dos autores apresentados, mesmo sendo compostos tanto de prestações positivas quanto negativas, em ambas o Estado arcaria com custos e seria obrigado a tomar decisões econômicas da melhor maneira possível.

Mais do que isso, quanto se compreende essa relação inseparável entre recursos e direitos, não tarda para que certos conceitos surjam naturalmente. Por exemplo, ao perceber quão entrelaçados estão esses conceitos, parte da doutrina toma a posição de que, por mais prevalentes que sejam, tais direitos são apenas normas programáticas, que deverão ser moldadas conforme a situação pública permitir. Outra ideia que frequentemente surge dessa compreensão é que o conflito gerado pela intervenção do Poder Judiciário para a satisfação de certas políticas públicas, não apenas ameaça a disposição dos recursos públicos, mas também viola o princípio da separação dos poderes.

Alexy (p. 511-512, 2008) comenta nesse sentido:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. [...] De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos

É sabendo desse caráter jurídico-econômico que as políticas são construídas, sempre, em tese, com critérios macroeconômicos em mente, tais como maximizar o alcance, o custo-benefício e eficiência do serviço. Dito isso, óbvio que tal análise não é um simples estudo, requer conhecimento, experiência e aprofundamento, os quais residem fora do alcance do judiciário na maior parte dos casos.

Num plano pragmático, pode-se considerar também a perspectiva da *Public Choice Theory*, na qual as decisões quanto a alocação de recursos pelos entes públicos não possui grande incentivo para ser feita da melhor maneira possível, visto que os agentes públicos, ao mesmo tempo em estão "sempre buscando maximizar seus próprios interesses" (TULLOCK, 2005, p. 28), pouco se preocupam com os custos – pois não são afetados diretamente, e sim os recursos públicos -, além de criar uma situação suscetível à influência de grupos interessados; no caso dos direitos sociais, indústrias e grupos relacionados com serviços de saúde, por exemplo, claramente constituem um desses grupos interessados. Um exemplo desses

interesses e da influência da indústria farmacêutica na construção de um sistema terapêutico com viés para novos medicamentos é apresentado por Motta e Sonagli (2015, p. 134):

Esse medicamento [Xigris] foi retirado do mercado em outubro de 2011 pelo próprio laboratório que o fabricava (Eli Lilly), após uma década de intensas campanhas de marketing para venda do fármaco, inclusive com publicidade focada aos médicos, com diminuição de estoques para sugerir grande procura. A descontinuidade da fabricação, venda e utilização deu-se após pesquisa que demonstrou não haver qualquer benefício de sobrevivência do paciente com sepse grave ou choque séptico após o uso do medicamento

Além disso, as necessidades sociais são amplas, termo que embora vago, descreve um axioma humano: de que a necessidade e os desejos sempre ultrapassam o que há disponível em recursos. É por essa razão que todo Estado, ao adotar certo objetivo social e buscar supri-lo, o faz mediante escolhas e critérios de justiça distributiva, respondendo duas questões primariamente: a quem disponibilizar e o quanto será ofertado. Essas situações carregam inerentemente a si um desequilíbrio, enquanto para uns certa decisão é favorável, outros indivíduos perdem com a mesma.

Nesse sentido é apontada a indevida participação do Judiciário em certas questões, pois ao buscar a efetividade desses direitos sociais acaba atropelando as análises e estudos que foram previamente elaborados por órgãos muitas vezes melhor equipados para tal, e que são feitos justamente para obter o melhor resultado para a sociedade como um todo. A consequência natural é um prejuízo desproporcional e repartido entre todos os membros da sociedade.

2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS CONFLITOS JURÍDICOS

A saúde, por ser direito social situado no Estado brasileiro, é analisada das mais variadas formas. O objetivo, nesse momento, é analisar os argumentos jurídicos que costumam impulsionar as discussões acerca do tema, assim como expor as posições majoritárias em alguns desses casos. Os primeiro aspectos discutidos são os da Separação dos Poderes, Reserva do Possível e Mínimo Existencial, e em segundo momento, discute-se o princípio da Isonomia, todos os quatro tópicos frequentemente levantados quando a matéria é judicialização da saúde.

2.3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

A Separação dos Poderes, importante proposta de Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis” (AVILA, 2014), é conceito de Ciência Política que foi incorporado à CF/88 e constitui uma das premissas básicas do Estado Democrático de Direito. Busca, primariamente, evitar a concentração de poderes políticos em um indivíduo ou classe, fenômeno que repetidas vezes, no decorrer da história humana, resultou em abusos e exercícios arbitrários de poder. Os três Poderes, Judiciário, Legislativo e Executivo, deverão, conforme a CF/88, agir de forma independente e harmônica, possibilitando a concretização de um governo democrático, em que as diversas forças políticas são mantidas em equilíbrio.

Esse conceito, entretanto, não é absoluto. Todos os três Poderes do Estado brasileiro detêm funções típicas e atípicas, sendo as típicas aquelas funções que o poder predominantemente executa, e as atípicas, funções características de outro poder mas que eventualmente executa, de caráter, portanto, secundário.

Sabendo dessa possibilidade, é evidente que essa interferência entre Poderes necessita ser bem delineada no sistema jurídico brasileiro, sob o risco de, caso não o seja, resultar na ineficácia do princípio da Separação de Poderes. Merecem especial atenção, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, as omissões de caráter legislativo e executivo, pois implicam na intervenção do Poder Judiciário.

Essa atuação é explicada por Fabrício Pinto e Ayrton Silva (2007, p. 52):

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui.

O papel do Judiciário, nesses casos, é o de garantir os direitos que, por omissão ou má implementação do Poder Público, deixaram de ser efetivados. Essa atuação implica, na maior parte dos casos, na imposição de certas condutas ao Poder Público, como no caso da obrigação de fornecer medicamentos (BARROS, 2012).

Quanto à elaboração de políticas públicas, a responsabilidade recai, normalmente, nos Poderes Legislativo e Executivo. O primeiro deles é responsável por legislar e impor a base principiológica que servirá para, posteriormente, o Poder Executivo concretizar as políticas públicas determinadas.

Esse conflito e interferência resulta num difícil dilema para o direito brasileiro. Barros (2012, p. 2) defende que “o Poder Público, ao deixar de cumprir, total ou parcialmente, a implementação de políticas públicas, está, na verdade, atingindo a própria integridade da Constituição Federal. Daí porque a necessidade de o Judiciário, nessas situações, atuar como órgão controlador da atividade administrativa, garantindo o respeito ao texto constitucional e sobretudo aos cidadãos, que não podem ser prejudicados pela inação do Poder Público. ”

Nesse mesmo sentido, mas já tratando do conflito dentro da questão do direito social à saúde, Schwartz (2001, p. 158) defende que a complexidade do tema exige a ação de múltiplos agentes para sua plena execução e efetividade.

A jurisprudência corrobora a predominância desse entendimento acerca da separação de Poderes:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. *Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência.* Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. *O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.* 4. Agravo regimental não provido. (AI 750768 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, grifo nosso)

Do lado oposto, Ávila (2014 p. 4) leciona: “[...] no novo contexto global cabe, indiscutivelmente, a interferência judicial para assegurar a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos, mas tal ingerência deve ser vista com reservas, para que não se perpetue a ditadura da toga, para que cidadãos não se vejam reféns nem do uso indevido e errado das verbas públicas – pelo Executivo e Legislativo, nem das decisões descabidas e desarrazoadas do Judiciário.”.

Essas interferências, muitas vezes, encontram justificativa no chamado “mínimo existencial”: “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que exige prestações estatais positivas” (TORRES, 1989, p. 29). Tal conceito carece de especificação constitucional, sendo compreendido apenas no

contexto dos princípios constitucionais, como liberdade, igualdade, etc. Sua violação, portanto, legitima a atuação do Judiciário, em sentido de garantir a dignidade humana.

Dessa maneira, por mais que tais intervenções sejam compreendidas no modelo jurídico brasileiro, ainda assim existem limites a serem observados. Uma das teses utilizadas nesse sentido é a Teoria da Reserva do Possível (TRP), originalmente desenvolvida num importante caso da Corte Constitucional da Alemanha, no qual alunos, cujo acesso à universidade havia sido declinado em razão da falta de vagas, demandavam ao Judiciário para que interviesse e que o acesso à educação fosse garantido. A decisão, entretanto, indeferiu o pedido, fundamentando que só é possível exigir do Estado aquilo que for razoável, existindo um limite para as possibilidades a serem cumpridas (RAMOS, 2014)

No cenário brasileiro, essa Teoria costuma ser aplicada em relação à capacidade econômica dos Entes Federativos. Não obstante, a aplicação dessa tese é marcada por divergências, como expressa Souza (2010, p. 8): “Outrossim, percebe-se que a Teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não se refere única e exclusivamente a orçamentos e recursos, mas também menciona a condição de razoabilidade como referência principal. Ocorre que, com as interpretações que foram sendo feitas ao longo do tempo, essa teoria passou a ser Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.”

Acontece que a razoabilidade, em quase todos os âmbitos e casos, conecta-se necessariamente à capacidade econômica dos agentes, razão pela qual, ao alegar que a interpretação à brasileira da Teoria da Reserva Legal é errônea, comete-se um equívoco, pois, assim como nos vários casos brasileiros, o Judiciário da Alemanha não consideraria um ato desarrazoável a disponibilidade de mais vagas na universidade caso dispusesse de infinitos recursos para tal execução: a razoabilidade de um ato só pode ser determinada em relação aos recursos econômicos disponíveis e após comparação e avaliação de opções concorrentes.

Grande parte dos conflitos com a Teoria da Reserva do Possível surgem quando direitos como alimentação, saúde e educação, considerados essenciais para a completude da dignidade humana e portanto enxergados sob a ótica do mínimo existencial, exigem do Estado atuação muito além de sua capacidade econômica. Essa realidade conduz à necessidade de serem realizadas escolhas econômicas, criando divergências teóricas acerca do tema, como expõe Canotilho (1998, p. 477):

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a

todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Essa afirmação de Canotilho, em especial, denota a grande disparidade entre os argumentos concernentes ao direito à saúde, pois ao mesmo tempo em que perspectivas econômicas apontam no sentido de difíceis escolhas orçamentárias, outras linhas teóricas expressam plena descrença nessa abordagem argumentativa.

2.3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia, consagrado pelo artigo 5º da CF/88, é pilar central para existência do Estado Democrático de Direito no Brasil. Consiste, conforme a Carta Constitucional brasileira, na igualdade de todos 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.

Embora ocupe essa posição vital dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sua eficácia parece, por vezes, relegada a segundo plano. Nos casos de demandas judiciais para tratamentos médicos, por exemplo, pacientes que esperam na fila convencional para os tratamentos do sistema público de saúde muitas vezes se deparam com atendimento prioritário dado àqueles que possuem decisões judiciais a seu favor (CHAVES, 2015, p. 3).

Por outro lado, a equidade, ou seja, o reconhecimento de que existem diferenças entre indivíduos e que para superar essas diferenças é necessário oferecer tratamento diferenciado, superando o conceito simples de igualdade (LESSA, 2014, p. 17), parece aplicável ao caso das demandas de direito à saúde. Todavia, os casos práticos de judicialização não manifestam essa realidade. Ao decidir acerca de tratamento específico para um demandante, o magistrado pondera apenas quanto ao caso apresentado pelo demandante, ignorando o fato de que muitos indivíduos que procuram o sistema público de saúde pelas vias convencionais estão na mesma situação que o autor da ação, ou seja, em um grupo cuja situação justifique a utilização do conceito de equidade, apenas aqueles que apelarem às vias judiciais serão agraciados com tal interpretação, resultando num acesso desigual para pessoas em mesma situação, em evidente ofensa ao princípio da isonomia.

Acerca dessas dificuldades, Perlingeiro (2012, p. 4) declara:

[...] em se tratando de causas de direito público, na qual esteja em jogo comportamento ou atuação administrativa de alcance geral, a isonomia que decorre da prestação jurisdicional é duplamente necessária, principalmente, em função do dever de igualdade a que sempre esteve vinculada a Administração Pública na esfera material e extrajudicial. *Não seria lógico que uma atuação administrativa originariamente dirigida à coletividade, uma vez judicializada, fosse oponível tão somente aos que se dispusessem demandar*; o Judiciário não deve ser associado a uma exegese que seja capaz de romper com o princípio da isonomia administrativa. (grifo nosso)

Compreende-se, dessa forma, não um argumento contrário ao uso do Judiciário como encarregado por solucionar tais demandas de saúde, mas sim que os pedidos realizados, a grande maioria de forma individualizada, em verdade exprimem uma exigência coletiva de que o Sistema Único de Saúde modifique seus tratamentos disponíveis, mas que tal interpretação raramente é adotada, resultando no acesso individual à saúde, prática manifestamente desigual.

Perlingeiro (2012, p. 5) esclarece:

Em matéria de direito público à prestação de serviços e produtos de saúde, reconhecer o comando judicial apenas em favor dos demandantes significaria fragmentar, ou mesmo desestruturar, o sistema público de saúde, evidenciando um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, e rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário. Portanto, tais questões necessitam ser decididas, uma única vez e com eficácia *erga omnes*.

Assim, decisões que busquem tais efeitos de amplo alcance são aquelas que têm como norte, dentre outros, o Princípio da Isonomia. Por óbvio, então, que essas providências necessitam de exaustiva discussão, extrapolando o processo judicial ordinário.

Buscando uma solução que compatibilize o acesso à justiça do indivíduo e os efeitos coletivos buscados, Perlingeiro (p. 7, 2012) sugere “processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência” cujo destino seria um único tribunal devidamente legitimado para tais demandas e com capacidade de produzir decisões com eficácia *erga omnes*, mas sem prejuízo para as medidas de urgência do autor. Essa política, em tese, procuraria orientar o Direito brasileiro em um único sentido quanto às decisões na área da saúde, diminuindo a ocorrência de casos manifestamente desiguais e amenizando qualquer ofensa ao Princípio da Isonomia.

2.4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Consiste num sistema estabelecido pela CF/88 para expansão do direito básico à saúde. Diferentemente de outros países, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi estabelecido com princípios igualitários e de universalidade de acesso, numa concepção de saúde como dever do Estado.

Telma Menicucci (2014, p. 2) esclarece:

Essa construção do SUS rompeu com o caráter meritocrático que caracterizava a assistência à saúde no Brasil até a Constituição de 1988, e determinou a incorporação da saúde, como direito, numa ideia de cidadania, que naquele momento se expandia, e que considera não apenas o ponto de vista de direitos formais, de direitos políticos, mas principalmente a ideia de uma democracia substancial, de direitos substantivos, que envolviam certa igualdade de bem-estar. Nesse campo, cabe lembrar, a saúde teve papel preponderante no ideário de nossa Constituição cidadã.

Conforme o artigo 198 da CF/88, esse Sistema Único é composto por ações e serviços públicos integrados numa rede regionalizada e hierarquizada, com atendimento integral voltado à prevenção, com participação da comunidade e descentralizado.

O próprio Texto Constitucional Brasileiro de 1988 traz as diversas atribuições do Sistema Único de Saúde no artigo 200. Dentre elas, a "participação na formulação de política e execução das ações de saneamento básico". Ou ainda o inciso I, o qual atribui ao SUS o papel de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos e outros insumos, são extremamente importantes para a compreensão da situação atual da saúde brasileira. Além disso, as Leis Federais n. 8.142/90 e 8.080/90 (LOS - Lei Orgânica da Saúde) dispõem em detalhe sobre o funcionamento desse sistema e a distribuição de recursos para seu funcionamento.

Por ter sido estabelecida de forma regionalizada, a competência para fins de saúde foi definida como comum entre os entes da Federação, como observado no Art. 23 da Cf/88: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.". Por essa razão também o financiamento do sistema adquire renovada relevância, principalmente no âmbito municipal.

O financiamento do SUS está disposto no § 1º do art. 198 da Constituição e seus

recursos originam do orçamento da seguridade social, da União, Estados, Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes. Em virtude do tamanho e complexidade desse sistema, a legislação buscou estabelecer valores mínimos de arrecadação para o funcionamento apropriado dos serviços de saúde.

Essas e outras questões do financiamento foram melhor delimitadas com a Lei Complementar n. 141 de 2012, pois estabeleceu com precisão os critérios para a arrecadação dos recursos, os percentuais mínimos e formas de avaliação e controle dessas despesas. Um dos pontos mais importante reside no art. 2º, III, que desautoriza os gestores públicos a classificar certas despesas públicas como da área de saúde quando, embora realmente tais políticas públicas incidam na saúde, sua natureza é primariamente de cunho social ou econômico.

O Estado Brasileiro, ao instituir um modelo de saúde, buscou fazê-lo da forma mais abrangente possível. Para tornar tamanha empreitada viável, não apenas o financiamento foi repartido e organizado, mas, também, vários núcleos decisórios foram criados, permitindo a interação entre Estados e Federação.

Os dois principais exemplos são as Comissões Intergestores Tripartite (de caráter nacional) e Bipartite (caráter estadual). Ambos são espaços políticos e técnicos, nos quais o planejamento das eventuais políticas de saúde ocorre. Através de negociações que só são consideradas concluídas após um consenso, tais comissões são capazes de orientar a implementação desse sistema de saúde no país.

A Comissão Tripartite é formada por membros do Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. Por ser federal, os Estados e Municípios são representados apenas de forma regional, ou seja, um representante para cada região do País. É nessa comissão que são definidas os programas, diretrizes e alocação de recursos do SUS. A Comissão Bipartite, por sua vez, é composta por membros da Secretaria Estadual de Saúde e das Secretarias Municipais de Saúde, além dos Secretários de Saúde da capital de cada Estado.

Além desses exemplos, podemos também tratar da organização do Sistema Público de Saúde brasileiro em três divisões clássicas: federal, estadual e municipal.

A gestão federal é concretizada pelo Ministério da Saúde e não surpreendentemente é o maior financiador do sistema público de saúde do País, contribuindo com cerca de 50% de todos recursos movidos para esse fim. O ministério, embora responsável por elaborar projetos e políticas em nível nacional, não é responsável por sua execução, tarefa delegada para os

Estados, municípios, empresas, etc.

Em nível estadual pode-se apontar a tarefa de repassar e distribuir seus próprios recursos para os municípios, além de serem responsáveis pela aplicação de políticas públicas coordenadas pelo governo federal, ao mesmo tempo em que são capazes de formular suas próprias políticas.

Por fim, o município é visto como o principal agente nessa estrutura. Do ponto de vista econômico, entretanto, é claramente o mais vulnerável dos três, razão pela qual seus recursos em grande parte são obtidos por repasse dos Estados e da União. É responsável por suas próprias políticas de saúde, mas sem jamais ultrapassar os limites ou abandonar os critérios definidos em âmbito federal e estadual. Um importante marco para essas três esferas foi o Pacto pela Saúde, que ampliou os instrumentos de gestão e gerou maior integração entre elas, com o objetivo de aumentar a eficiência do sistema como um todo.

Não apenas as políticas públicas são importantes para o bom funcionamento do Sistema, mas também é necessário que os aspectos técnicos da área de saúde sejam devidamente avaliados para posterior implementação. Nesse sentido, um importante aliado do Ministério da Saúde é o CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS), responsável por incorporar, alterar ou excluir novas tecnologias da área de saúde, sejam elas medicamentos ou procedimentos, ao SUS.

Compreendido o papel do CONITEC, nota-se que os produtos e medicamentos que poderão ser utilizados pelo SUS requerem duas avaliações distintas. Inicialmente, é necessária a autorização da ANVISA para a comercialização no Brasil, a qual só é dada após a comprovação da eficácia e a da segurança de uso do medicamento. A CONITEC, partindo dessa lista de produtos aprovados em território brasileiro, tenta atualizar os medicamentos disponíveis para o sistema público, oferecendo sugestões de substituição daqueles que, após cuidadosa consideração de critérios de benefícios, riscos, custos econômicos e impacto orçamentário, demonstrem superioridade aos produtos utilizados no SUS.

Enfim, ainda assim existem críticas à velocidade com a qual o SUS atualiza suas listas de medicamentos e tratamentos autorizados. Nesse sentido, surgem questionamentos quanto a capacidade de indivíduos leigos demandarem a introdução de novos fármacos; tais questionamentos são cabíveis, visto que em grande parte dos casos a decisão é, primariamente, sobre aspectos técnicos, de forma que embora pareça uma demanda cabível, ainda assim deverá obedecer aos critérios já estabelecidos e seguidos pelo SUS.

2.4.1 INTERAÇÕES ENTRE O SETOR PRIVADO E O SUS

Embora o SUS seja um sistema público, a CF/88 estabelece que a rede privada de saúde pode complementar esse sistema através de convênios ou contratação com o Poder Público.

Dispostos no art. 199 da CF/88 estão condições as quais a iniciativa privada deverá observar, dentre elas: de que as instituições privadas deverão seguir as diretrizes do sistema único de saúde, vedada a destinação de recursos públicos para auxílio de instituições privadas e é proibida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país.

Mendes (2012, p. 909) diferencia as duas possibilidades de interação entre iniciativa privada e pública: "As diretrizes do SUS para essa participação estão listadas na Lei Orgânica da Saúde e estabelece que as instituições privadas deverão firmar convênio quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços, promoção da saúde à população e contrato administrativo, quando o objeto do contrato for a mera compra de serviços."

Visto que o principal limitador das políticas públicas aparenta serem os fatores econômicos, a possibilidade de integrar a iniciativa privada ao Sistema Público de Saúde aparece como solução para esses limites. Além disso, a descentralização favorece o desenvolvimento dessas relações público-privadas, permitindo que as particularidades de cada região do país sejam atendidas da melhor forma possível.

Nesse sentido, Menicucci afirma (2012, p. 3):

A opção política dos governos para dar conta dessa ampliação de cobertura foi não prover os serviços diretamente, mas comprá-los da rede privada. Nesse sentido, então, a política pública voltada para a saúde incentivou o desenvolvimento do mercado privado de saúde, tanto pela compra de serviços quanto pelos subsídios do governo para construção de unidades hospitalares.

Vale lembrar que nem todos os aspectos dessas interações são positivos. Pode-se dizer que o grande diferencial entre os atendimentos privados e o público na área de saúde é que no primeiro, efetuado o devido pagamento, o tempo de espera tende a ser zero; no caso do sistema público de saúde a situação é a contrária, não há custos mas o tempo de espera costuma ser longo (NISHIJIMA; BIASOTO; CYRILLO, 2010, p. 4)

Dessa diferença surge fenômeno danoso ao Sistema de Saúde Brasileiro, explica Nishijima *et al* (2010, p. 4):

Os indivíduos com maiores rendas e, portanto, com maiores propensões a consumir o tratamento privado, compram seguros de saúde do setor privado. Quando ocorre a eventualidade de uma doença ou mal, tais indivíduos são atendidos pela rede privada de serviços de cuidados médicos. Todavia, essa rede possui escassez de capacidade produtiva especificamente de cuidados médicos de alta complexidade. [...] O SUS, por sua vez, apresenta uma capacidade produtiva maior dos bens de alta complexidade, ainda que insuficiente para atender toda a demanda existente. *Deste modo, um indivíduo que possui plano de saúde e que esteja sendo atendido pelo setor privado com tempo de espera igual a zero, caso necessite de algum tratamento de alta complexidade é transferido imediatamente aos cuidados médicos do setor público.* (grifo nosso)

Os problemas resultantes dessa prática são dois: o indivíduo capaz de arcar com planos de saúde privados consegue evitar a fila para atendimento no sistema público, ultrapassando a todos aqueles que não possuem tais planos, e, além disso, os valores pagos às empresas privadas não são repassados ao SUS, embora tenha sido realizado o tratamento por via pública (NISHIJIMA *et al*, 2010, p. 14).

Indo além, nota-se que essa forma de abuso conecta-se diretamente à prática da judicialização da saúde: aqueles que obtêm, por vias privadas e de maneira rápida, receitas médicas ou prescrições para tratamentos específicos, podem demandar judicialmente por tratamento através do SUS, implicando em óbvia desigualdade em relação aos outros pacientes.

Inevitável notar que embora a interação entre setores privados e públicos pareça promissora, existem inúmeras possibilidades a serem regulamentadas, sob o risco de, caso não o sejam, situações como a explorada acima tornar-se-ão corriqueiras.

2.5 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Audiência Pública é um instrumento cujo objetivo é esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante (CÉSAR, 2011, p. 4). Embora tenha sido regulamentada, em âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), apenas em 2009 pela Emenda Regimental nº 29, aparece pela primeira vez em 2007, com o

objetivo de discutir a Lei 1.105/2005 (Lei de Biossegurança) (MACHADO, 2014, p. 2).

Em 2009, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, convocou uma Audiência Pública (nº 4) com o objetivo de fomentar o debate e esclarecer a situação acerca da judicialização da saúde pública.

Foram convocados, através de indicação por órgãos e entidades convidados ao evento, especialistas capazes de opinar quanto aos aspectos técnicos, científicos, jurídicos, econômicos, administrativos e políticos do fenômeno da judicialização da saúde.

Houve, em primeiro momento, reconhecimento acerca da legitimidade da atuação do Judiciário nas demandas individuais contrárias às disposições das políticas públicas de saúde. Outro tópico, cuja compreensão foi praticamente unânime, foi quanto a ilegitimidade de laudos e prescrições médicas oriundos de profissionais que não integram o Sistema Único de Saúde (VALLE, 2011, p. 6).

Entretanto, em muitos dos tópicos debatidos não foi possível determinar a opinião majoritária, como na questão quanto ao dever do poder público de custear prestações de saúde além daquilo que as políticas públicas preveem.

A Audiência serviu para expor a situação atual dos Entes Federativos quanto às prestações de saúde. Sobre esses problemas e algumas soluções propostas, Valle (2011, p. 6) especifica:

Os depoimentos foram quase uníssonos no sentido de que os municípios se encontram sobrecarregados com os serviços de saúde, que sempre necessitam de maiores investimentos. Foram destacadas as angústias dos gestores municipais e estaduais com a atual situação. Destacaram ainda os presentes que a condenação solidária dos entes federativos gera um grande transtorno, ocasionando, não raras vezes, duplicidade no cumprimento da determinação judicial. Por fim, foram discutidas as soluções para as agruras do Sistema Único de Saúde (SUS), dentre as quais destacamos a criação de protocolos, a serem atualizados periodicamente, no sentido de possibilitar o uso racional de medicamentos, exames e procedimentos; maior cuidado do magistrado no exame dos pleitos que lhe são submetidos, não devendo deferir todo e qualquer pedido para fornecimento de medicamentos ou tratamentos; e a construção de soluções compartilhadas entre todos os envolvidos.

Dentre os tópicos abordados na Audiência, merece destaque a discussão acerca da legitimidade de pedidos judiciais que busquem medicamentos ou tratamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), cuja opinião dos presentes foi unânime no sentido da ilegitimidade da demanda. Pensando em aspectos econômicos, foi levantada a necessidade de aquisição do medicamento de menor custo

quando houver disponibilidade, conseqüentemente, e ao mesmo tempo buscando evitar abusos, discutiu-se a ilegitimidade de prescrições médicas que incluam a marca do remédio (*lobby* farmacêutico) (VALLE, p. 7, 2011)

Dentre as muitas opiniões de especialistas durante a Audiência Pública, a fala do jurista Luís Roberto Barroso destacou-se pela sua capacidade de explorar a situação e fornecer possíveis saídas. Iniciou separando os diversos casos em que a judicialização ocorre: naqueles em que o autor busca prestações de saúde por parte do Estado e cujo atendimento já está incluso no sistema de saúde público, a negativa de atendimento justificaria a intervenção Judicial. Por outro lado, os casos em que as demandas versem sobre procedimentos ou insumos farmacêuticos que não estejam previstos no sistema público de saúde deveriam ser tratados sob a forma de ação coletiva, na qual o Poder Público teria a oportunidade de defender suas políticas públicas e justificar a não inclusão de tais medicamentos. Essa solução, além de garantir a capacidade de resposta do Estado, também traria igualdade aos indivíduos, visto que, diferente da situação atual em que apenas os poucos autores das ações são beneficiados, a proposta de Barroso promoveria a igualdade dos cidadãos.

Barroso também defendeu que, a fim de tratar do problema da judicialização mais a fundo, é necessário iniciar a discussão em um momento prévio: o de elaboração do orçamento. Alega que há uma recusa histórica por parte dos interessados em trabalhar essa questão, a qual deverá ser transposta se o objetivo é resolver de forma plena os problemas de judicialização do direito à saúde do Brasil.

Um dos mais importantes resultados dessa Audiência Pública foi a Recomendação n. 31, efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do Direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.” (CNJ, 2010).

O conteúdo da Recomendação reflete a importância dos debates e da Audiência Pública. Determina, por exemplo, que sejam promovidas parcerias e convênios entre instituições públicas e o Judiciário, para auxílio nas decisões técnicas de saúde. Além disso, recomenda aos magistrados que não autorizem medicamentos e tratamentos que estejam em fase experimental ou ainda não tenham sido registrados pela ANVISA, opinião que havia sido majoritária na Audiência Pública.

Ademais, nem todas as políticas sugeridas na Recomendação n. 31 são de aplicação imediata. Várias delas vão em sentido de ampliar o conhecimento dos magistrados, seja com

visitas periódicas Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, inclusão do Direito Sanitário em cursos de formação e aperfeiçoamento e a realização de seminários entre magistrados, gestores públicos e membros do ministério público (CNJ, 2010).

Posteriormente, em 2010, através da Resolução n. 107 do CNJ, foi estabelecido o Fórum Nacional do Judiciário (Fórum da Saúde), cujo objetivo é o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Pode-se dizer, então, que o Fórum da Saúde é mecanismo capaz de otimizar as relações entre as demandas judiciais de saúde e o Poder Público, visando a redução dos custos nessas situações, dispendo de equipe, procedimento próprio e até mesmo um sistema eletrônico de acompanhamento das ações relacionadas ao direito à saúde.

Enfim, essas medidas são insuficientes para sanar o problema por completo, uma vez que nos âmbitos Federais, Estaduais e Municipais os gastos com as demandas de saúde continuam elevados. Por outro lado, são estratégias viáveis para amenizar o impacto econômico da judicialização, visto que, como a Audiência Pública demonstrou, o tema ainda é muito controverso e a divergência de opiniões predomina em várias facetas da questão.

2.6 ORÇAMENTO PÚBLICO E A SAÚDE NO BRASIL

O orçamento público é um instrumento que viabiliza o planejamento e execução de políticas públicas pelo governo brasileiro, além disso, também possibilita "a intervenção na economia com o objetivo de tornar a sociedade menos desigual (função distributiva) e a promoção do equilíbrio de preços, manutenção de empregos e estabilidade da sociedade (função estabilizadora)" (CASTRO, 2011, p. 37). Seu funcionamento é baseado em dois conceitos principais: de previsão de receita, resultado de projeções técnicas acerca das arrecadações e outros dados estatísticos, e a fixação de despesas públicas (GUEDES, 2013, p. 48).

Mais do que apenas um instrumento, o orçamento possui papel determinante nos rumos da sociedade brasileira, Guedes (2013, p. 49) explica:

Todas as decisões tomadas pelas autoridades governamentais são políticas. Quaisquer propostas de investimentos e despesas do governo, seja ele municipal, estadual ou federal, afetam a vida de milhões de brasileiros, beneficiando ou prejudicando sua qualidade de vida. Quando o governo opta por investir em educação, saúde ou no pagamento de juros de sua dívida pública, sua escolha é baseada em prioridades que irão afetar diferentemente setores da população.

Seu aspecto econômico também é inegável, Harada (2010, p. 62) expõe:

[...] de um lado, *funciona como instrumento de otimização dos recursos financeiros. Compatibilizando as necessidades da coletividade com as receitas estimadas e efetivamente ingressadas no Tesouro, obriga o administrador a exercitar maior racionalidade econômica.* Deve ele não só eleger as prioridades da ação governamental ajustando-a ao conjunto da situação econômica do país, em um determinado momento, como também buscar alternativas de otimização de recursos financeiros disponíveis, fato que implica cálculo econômico, a fim de que as necessidades públicas sejam satisfeitas mediante um dispêndio mínimo. (grifo nosso)

Nesse sentido, é especialmente importante atentar aos detalhes regionais para o desenvolvimento apropriado de um planejamento governamental. Municípios, por exemplo, possuem distintas situações sociais, diagnosticadas através de indicadores (taxa de mortalidade infantil, número de creches, escolas, etc), exigindo, portanto, diferentes tratamentos e despesas por parte do Poder Público.

Os instrumentos orçamentários, todos de iniciativa do Poder Executivo, estão dispostos no artigo 165 da CF/88. São eles o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O primeiro deles, o PPA, tem vigência de quatro anos e busca estabelecer diretrizes e metas que os governos federais, estaduais e municipais devem alcançar nesse período. É com base no PPA que a LDO e a LOA são instituídas. Para a elaboração do PPA, leva-se em consideração dados macroeconômicos, como o Produto Interno Bruto (PIB) e o aumento ou diminuição das arrecadações e tributos, projetados em relação aos quatro anos de vigência do Plano (GUEDES, 2013, p. 80).

A LDO, de caráter anual, tem como suas funções estipular as despesas de capital para o ano subsequente, seleção dos projetos do PPA que deverão receber prioridade na execução, dispor sobre qualquer alteração na legislação tributária e orientar a elaboração da LOA, razão pela qual necessariamente antecede tal Lei, constituindo, portanto, importante elo entre o PPA e a LOA. A LDO também deverá incluir um anexo denominado “Prioridades e Metas”, no

qual deverão estar definidas as políticas de maior prioridade em diversas áreas, como saúde, transporte e meio ambiente. Essas prioridades, entretanto, limitam-se às chamadas “metas físicas”, sendo que a dotação orçamentária é somente detalhada na LOA (GUEDES, 2013, p. 84).

Por fim, a Lei Orçamentária Anual (LOA), com vigência de apenas um ano, compreende o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, orçamento da seguridade social (GOMES, 2011, p. 10) e determina os gastos a serem realizados com a receita disponível estimada para o ano, viabilizando a execução de projetos específicos, assim, despesa pública alguma poderá ser executada sem estar contida no orçamento (HARADA, 2010, p. 86).

Costa (2010, p. 12) busca esclarecer a função da LOA sob uma perspectiva social:

A LOA é um documento que formaliza o conjunto de decisões políticas relativas às fontes dos recursos repassados ao setor governamental e a aplicações dos mesmos em bens e serviços cujo destino final deve ser a satisfação do interesse público. Em tese, é um documento que expressa às escolhas públicas realizadas por um determinado grupo social em relação a quanto estão dispostos a pagar para dispor da cesta de bens demandas junto ao governo.

Um importante aspecto em relação à execução da LOA é a utilização de um sistema de cotas financeiras, o qual consiste na divisão dos valores determinados por via orçamentária em um número de cotas, que são disponibilizadas ao longo do ano. Percebe-se, nesse caso, a importante diferença entre o valor determinado no orçamento e aquele disponível em certo instante para um Ente Federativo; essa diferença muitas vezes produz a situação em que, embora exista dotação orçamentária, os valores financeiros não estão disponíveis, em grande parte, pois se originam de tributações que ainda não foram arrecadadas. Devido a essa limitação, decisões que obrigam os Entes Federativos a agirem de forma excepcional, tais como aquelas que exigem a prestação de serviços de saúde, podem causar sério impacto em relação à execução de programas públicos, pois, mesmo sendo valores razoáveis dentro da perspectiva do orçamento total anual, pode ser suficiente para comprometer grande parte dos recursos disponíveis no momento em que a decisão é cumprida.

No tocante ao orçamento da Saúde, observa-se que, em razão do incremento recente do número de ações demandando medicamentos a serem custeados pelo Estado, há uma desproporção entre o aumento dos custos de origem Judicial e a expansão do orçamento direcionado à Saúde: “de 2003 até 2009 houve um crescimento líquido superior a 100% dos

gastos com medicamentos, sendo que o orçamento do Ministério da Saúde aumentou cerca de 17% no mesmo período." (ALENCASTRO, 2014)

O Estado de Minas Gerais constitui um exemplo desse crescimento desbalanceado, conforme Castro (2011, p. 12):

enquanto a receita corrente líquida do Estado cresceu 7,92%, a despesa para o atendimento de sentenças judiciais cresceu 78,64% com tendência de crescimento no exercício de 2011. Identifica-se, na execução orçamentária, que Projetos/Atividades de caráter universal tiveram redução de aporte, apesar do crescimento nominal da despesa (10,82%) na função saúde, quando se compara 2010 a 2009.

Além disso comparando o custo *per capita* em relação ao orçamento do Estado (CASTRO, 2011, p. 13):

verifica-se que a ação referente a medicamentos de alto custo realizou execução orçamentária de R\$231,453 milhões, distribuindo 84,312 milhões de unidades e beneficiando 135.694 pessoas, com um custo per capita de R\$1.705,70/ano; lado outro, a execução orçamentária no mesmo período para atender sentenças judiciais com medicamentos foi de R\$55,052 milhões, resultando 28.104 atendimentos e beneficiando 4.762 pessoas, com um custo per capita anual de R\$12.924,00.

Por fim, esse caso constitui apenas um exemplo das limitações orçamentárias, as quais são distintas para cada um dos Entes Federativos. Ainda assim, a forma geral do argumento se mantém: o processo orçamentário é realizado buscando atender diferentes demandas da sociedade, respeitando os limites econômicos e explorando a melhor alocação de recursos possíveis; a intervenção judicial, por sua vez, tem uma visão limitada aos casos concretos, o que acaba conduzindo a escolhas inferiores para a sociedade como um todo.

3 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA

O presente Capítulo busca expor, através de dados obtidos em pesquisas e informações fornecidas pelas instituições governamentais, o fenômeno da judicialização da saúde pública brasileira, demonstrando seu crescimento e impacto nas políticas públicas brasileiras da área de saúde.

Primeiro, vale lembrar que o fenômeno não se reduz à compra e fornecimento de medicamentos, mas engloba também a incorporação de novas tecnologias e a realização dos mais diversos procedimentos médicos dentro do Sistema Único de Saúde (SUS). Ainda assim, em grande parte dos casos, as decisões judiciais tendem a obrigar os gestores de saúde pública a fornecer medicamentos (FERRAZ, 2011, p. 34).

Embora o tópico já tenha sido alvo de diversos estudos, por sua amplitude e pelo fato das ações judiciais serem propostas em âmbito tanto Federal quanto Estadual e Municipal, continuam a existir dificuldades em observar e valorar o impacto causado ao Sistema de Saúde Brasileiro, resultando num conhecimento fragmentado.

Entretanto, mesmo com esse empecilho, já existem dados o suficiente para afirmar que, além do número de ações ter aumentado consideravelmente, os valores litigados não são insignificantes, totalizando cifras muito superiores àquelas das demandas judiciais de quando o fenômeno surgiu (WANG, 2014, p. 1193). Assim, o objetivo nesse momento é fornecer uma visão mais clara do impacto das posturas tomadas pelos tribunais no sistema público de saúde.

3.1 HISTÓRICO

A origem desse fenômeno, no âmbito brasileiro, remete a movimentos sociais que surgiram a partir de 1980 e que propunham a intervenção Estatal para o tratamento do vírus da imunodeficiência humana (HIV), responsável pela síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), doença que à época era uma das principais preocupações de saúde pública do Estado. O movimento obteve considerável sucesso (SCHEFFER, 2005, p. 18), culminando na Lei n. 9.313/96, que "dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS."

Tal auxílio, entretanto, não foi o suficiente. O sistema governamental claramente não acompanhava as necessidades sociais, tanto na incorporação de novas tecnologias quanto na

distribuição desses serviços (FERRAZ, 2009, p. 35), razão pela qual o Estado viu surgir pela primeira vez ações que demandavam, com base no direito à saúde, medicamentos ou tratamentos específicos.

Essas primeiras ações obtiveram sucesso, o qual reverberou pelo Sistema Jurídico Brasileiro. Como exemplo, a seguinte decisão (RE 271.286 AgR- RS, 2000) do Ministro Celso de Mello, que delineou vários dos argumentos que sustentam essas ações:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem juridico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no Plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Ou ainda, para demonstrar a atualidade dessas decisões no âmbito da saúde:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas. (RE 668.722-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, *DJE* de 25-10-2013.)

Essa resposta do Judiciário causou enorme expansão de demandas na área de saúde, ultrapassando os pedidos originais relacionados à HIV/AIDS. Dessa forma, ações judiciais passaram a buscar os mais variados tratamentos para diversa gama de doenças, incluindo medicamentos não acolhidos pelo SUS por decisões técnicas (baixa ou duvidosa eficácia, baixo custo-benefício, etc) e até mesmo situações em que o medicamento não estava disponível no país (MENICUCCI; MACHADO, 2010, p. 47).

3.2 O TRÂMITE DA JUDICIALIZAÇÃO EM ÂMBITO FEDERAL

O entendimento acerca da solidariedade dos Entes Federativos no cumprimento das prestações de saúde, associado ao fato de que a prestação direta de serviços de saúde e efetivação desses direitos não é atribuição legal da própria União (art. 16, Lei 8080/90), e sim dos Estados e Municípios, nos artigos 17 e 18, respectivamente, da Lei 8.080/90, resulta em uma situação excepcional, e faz com que a União necessite de múltiplas maneiras para responder e atuar frente às demandas judiciais.

Pode, por exemplo, o próprio Ministério da Saúde adquirir o medicamento em questão, cujo procedimento costuma demorar 60 dias para medicamentos nacionais, 90 para internacionais e 120 dias quando o medicamento nem mesmo possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 4).

Entretanto, essa primeira medida é tida como de menor prioridade, sendo que uma segunda costuma ser a mais utilizada. Esse segundo caso consiste em a União repassar aos Estados e Municípios as verbas necessárias para o tratamento, conforme o teor da decisão judicial. A terceira e última possibilidade envolve o depósito dos valores necessários, pela própria União, para custeio do medicamento ou tratamento do indivíduo demandante; esses casos normalmente implicam em tratamento por meio de estabelecimentos e clínicas privadas, os quais possuem as condições de atendimento que muitas vezes inexistem para a União.

Uma das razões pela qual é importante saber como a União responde a essas demandas fica evidente ao analisar os dados disponíveis quanto às aquisições de medicamentos. Na tabela abaixo, por exemplo, vê-se o número de aquisições feitas pelo Ministério da Saúde em razão de processos judiciais.

Ações Judiciais por Ano

	01-Jan	02-Fev	03-Mar	04-Abr	05-Mai	06-Jun	07-Jul	08-Ago	09-Set	10-Out	11-Nov	12-Dez	Total Ano
2002	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
2003	0	1	0	0	2	0	2	0	0	1	1	1	8
2004	1	0	1	1	0	3	2	2	2	5	3	3	23
2005	6	4	4	6	9	9	8	19	18	18	19	25	145
2006	23	28	41	32	35	30	36	49	35	32	36	36	413
2007	33	40	40	43	68	54	53	69	64	73	54	88	679
2008	74	59	89	108	80	78	141	127	291	359	533	334	2273
2009	210	162	243	236	114	78	155	109	112	125	105	133	1782
2010	128	98	131	71	134	179	112	93	103	64	82	100	1295
2011	95	82	240	143	162	210	188	257	132	160	126	151	1946
2012	113	123	172	207	79	95	111	79	74	143	73	42	1311
Total por Mês	683	597	961	847	683	737	808	804	831	980	1032	913	9876

Fonte: Intervenção Judicial na Saúde Pública – Advocacia-Geral da União, 2013.

Há uma aparente diminuição no número de aquisições a partir do ano de 2009. Entretanto, essa redução é plenamente explicada pela preferência que passou a ser dada ao depósito judicial e reembolso dos Estados e Municípios. (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 10)

Outro aspecto importante são os custos indissociáveis que emergem dessas distintas formas de cumprimento das decisões judiciais. O Ministério da Saúde registrou os custos com essas ações: em 2010, em torno de 124 milhões de reais, em 2011 esse valor já havia alcançado 243 milhões de reais e em 2013 a cifra de 287 milhões de reais. Entretanto, todos esses valores, embora sejam apurações corretas dos custos dos medicamentos, ainda assim ignoram muitos detalhes relevantes e que, caso contabilizados, elevariam em muito o total despendido, tais como os custos de entrega, importação, seguro e até mesmo com o próprio procedimento de compra. A fim de ilustrar esses valores, por exemplo, em 2012, o custo de contrato para entrega aérea alcançava em torno de um milhão e novecentos mil reais (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 11).

Do estudo realizado pela Advocacia-Geral da União (2013, p. 12) extrai-se o seguinte apontamento:

Porém, há um custo muito mais significativo e imensurável do ponto de vista econômico, que é o fato de que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrem com as aquisições determinadas por decisões judiciais. Por óbvio que o atendimento da rede deveria ser prioridade para o SUS, porém, ante as constantes ameaças de astreintes à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada

vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas-fins do Ministério, para comporem o quadro de pessoal da Coordenação de compras do Ministério da Saúde, com claro prejuízo às políticas previamente definidas.

Não é possível concluir preliminarmente os efeitos danosos dessas políticas de judicialização da saúde, mas a exposição desses aspectos práticos, relativos ao cumprimento de demandas judiciais, já fornece uma compreensão mais detalhada do problema e de facetas que tendem a ser esquecidas, embora sejam vitais para correta apreciação do caso.

3.3 INTERESSE PRIVADO E O INCENTIVO À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O fenômeno da judicialização, em muitos casos, aparece em virtude da incapacidade econômica dos indivíduos em arcar com os custos dos medicamentos ou procedimentos apontados por médicos especialistas. Entretanto, existem argumentos (SEGATTO, 2012) que apontam o interesse de empresas privadas quanto à judicialização da saúde e que explicariam, em parte, o crescimento desse fenômeno (VENTURA, 2010, p. 80).

Para compreender o porquê, necessário considerar, do ponto de vista econômico-social brasileiro, que a incapacidade econômica dos indivíduos não existe em um mesmo grau para todos, e que essa diferença reflete nos casos de judicialização da saúde. Dessa forma, entende-se que existem casos em que o preço de certo medicamento é estabelecido em faixa aceitável para grande parte da população, mas que, por eventual fragilidade econômica excepcional dos indivíduos, acaba residindo fora do alcance de muitos necessitados. Nesses casos, a prática do médico ao receitar tais medicamentos parece inevitável: a dificuldade de acesso deriva principalmente da excessiva incapacidade econômica do sujeito, e não de custos elevados do medicamento, sendo que muitas vezes os medicamentos receitados já são aqueles com o menor custo no mercado nacional.

Os casos de interesse, portanto, não são esses primeiros, mas sim aqueles em que as receitas médicas sujeitam os pacientes a tratamentos impróprios para os parâmetros nacionais, seja pelo preço elevado de um medicamento novo no mercado ou por ele ser acessível apenas fora do país. Essa situação, por si só, e dentro dos parâmetros legais da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, não basta para fundamentar a tese de práticas, por parte da indústria farmacêutica, que busquem impulsionar a judicialização da saúde, mas indica a possibilidade de tal intervenção estar ocorrendo.

Mocelin (2013, p. 107), considera que a indústria farmacêutica, ao notar o pleno

atendimento judicial de demandas na área da saúde e, conseqüentemente, a ampla capacidade econômica do Estado, percebeu-se numa situação em que existem benefícios econômicos excepcionais a serem obtidos por estimularem médicos a receitarem seus produtos.

Nas palavras de Giovanni Guido Cerri (Revista ÉPOCA, 2012), secretário de Saúde do Estado de São Paulo: "Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (viagens, benefícios) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados".

Os médicos, por sua vez, além de receberem incentivos da indústria, deparam-se com situação em que um dos fatores decisivos para a realização das prescrições médicas (o custo do medicamento e sua acessibilidade ao paciente) é deixada de lado, em razão do atendimento judicial que torna irrelevante, em grande número de casos, o custo excessivo do medicamento (GADELHA, 2014, p. 66).

Assim, essa irrestrita liberdade dos médicos para a prescrição, aliada aos incentivos da indústria farmacêutica, conduz a uma realidade em que medicamentos caros, importados e até mesmo em fases experimentais são favorecidos e, muitas vezes, obtidos apenas após o processo judicial, de forma que os custos dessa prática recaem todo sobre o Estado.

Ventura (2010, p. 86) esclarece quanto à responsabilidade do médico e seu amplo arbítrio quanto a prescrição de medicamentos num cenário em que a efetivação do direito à saúde nasce com a intervenção judicial:

De fato, observa-se que a demanda judicial evidencia uma tensão interna no sistema de assistência à saúde, entre a autonomia do médico em sua prescrição à pessoa atendida (mesmo aqueles funcionários do sistema público de saúde) e os regulamentos, normas sanitárias, PCDTs. No sistema legal brasileiro, o profissional médico é responsável pessoalmente pelos danos [...] que causar ao paciente. [...] A responsabilidade dos profissionais de saúde é analisada de forma subjetiva, o reclamante deve comprovar que o profissional não agiu conforme as boas práticas médicas e que cometeu algum erro, imperícia ou negligência que lhe causou o dano.

Por fim, esse processo também acaba revelando um fracasso do sistema de saúde público, conforme questiona Álvaro Atallah (Folha de São Paulo, 2013): "Porque ninguém processa o governo para dar cálcio às gestantes e prevenir a hipertensão? Porque cálcio não custa nada, não tem nenhum *lobby* por trás.". Vivenciamos, portanto, uma situação em que medicamentos de baixo custo-benefício, do ponto de vista público, acabam sendo favorecidos, enquanto aqueles que deveriam ser adotados dentro das políticas públicas deixam de ser

disponibilizados, visto a conseqüente redução dos recursos na área da saúde.

Indo além, as frequentes respostas positivas do Judiciário em relação às demandas de saúde criam, para a indústria farmacêutica, forte incentivo econômico no sentido de elevar os preços de seus remédios. Em conseqüência, mais indivíduos terão dificuldades para arcar com os preços, necessitando recorrer ao Judiciário e justificando o aumento de preços.

3.4 A EVOLUÇÃO E IMPACTO DAS AÇÕES JUDICIAIS NO ORÇAMENTO DA SAÚDE BRASILEIRO

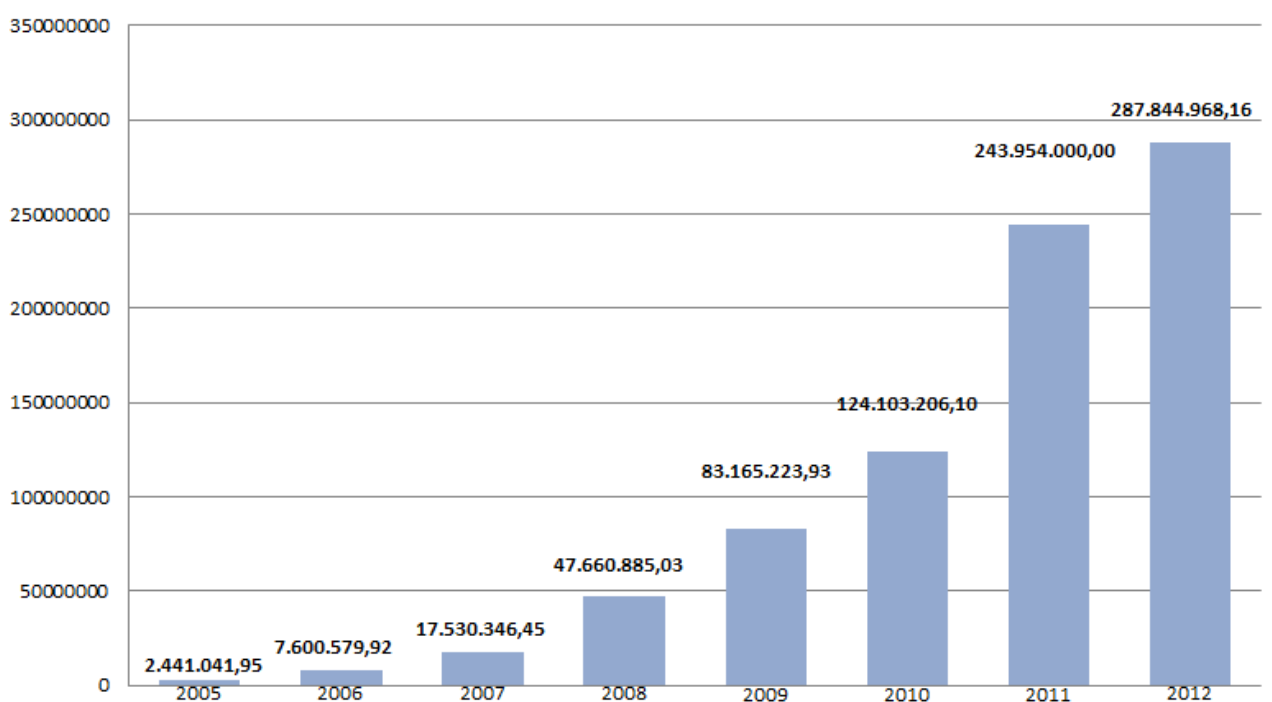
É importante notar que os dados sobre o impacto do fenômeno da judicialização são de difícil agrupamento, pois oriundos de diferentes pesquisas e necessariamente trazem informações em diferentes níveis, visto que o fenômeno pode ocorrer tanto em âmbito Federal quanto Estadual e Municipal, razão pela qual a abordagem será feita de maneira fragmentada.

3.4.1 ÂMBITO FEDERAL

A União lida com as demandas judiciais na área da saúde de diferentes maneiras, assim, os dados para essas diferentes abordagens estão dispostos em três momentos distintos: no primeiro deles consta apenas os gastos oriundos da aquisição direta de medicamentos, em segundo momento são apresentados os gastos por via de depósito judicial, por fim, em terceiro momento, apresenta-se o total gasto com tais demandas.

O gráfico abaixo representa o aumento de gastos da União na aquisição direta de medicamentos:

GASTOS DA UNIÃO COM AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS:



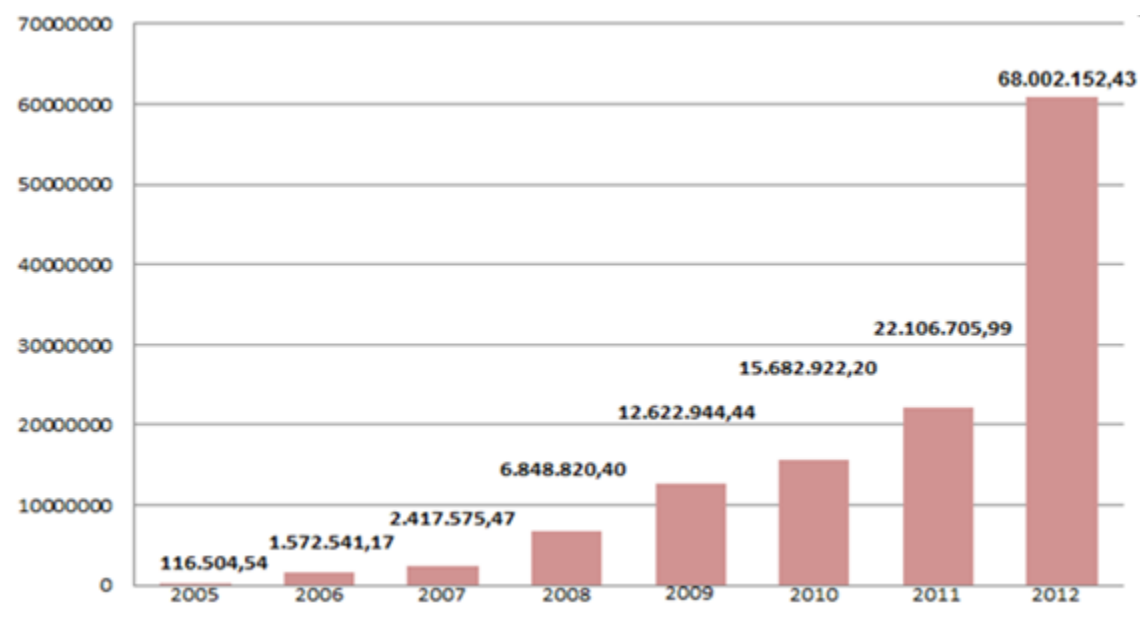
Fonte: Intervenção Judicial na Saúde Pública – Advocacia-Geral da União, 2013.

Esse gráfico, entretanto, limita-se ao valor de aquisição dos medicamentos, não incluindo os gastos com transporte e distribuição, importação ou qualquer outro fator que não o custo do medicamento em si.

Além disso, dentro das demandas direcionadas à União, em 2012, os 18 medicamentos mais requisitados por via judicial totalizaram o custo de R\$ 278.904.639,71, de forma que esse pequeno grupo de medicamentos repetidamente demandados correspondem a quase todo gasto de 2012. Esse valor, entretanto, alcançou apenas 523 demandantes, o que resulta num dispêndio de aproximadamente 533 mil reais por paciente, muito acima do valor médio despendido para todo o resto da população (Advocacia-Geral da União, p. 12, 2013).

Os valores repassados aos Estados e Municípios para que os mesmos cumpram as decisões (depósito judicial), por sua vez, também apresentaram grande aumento, conforme o gráfico:

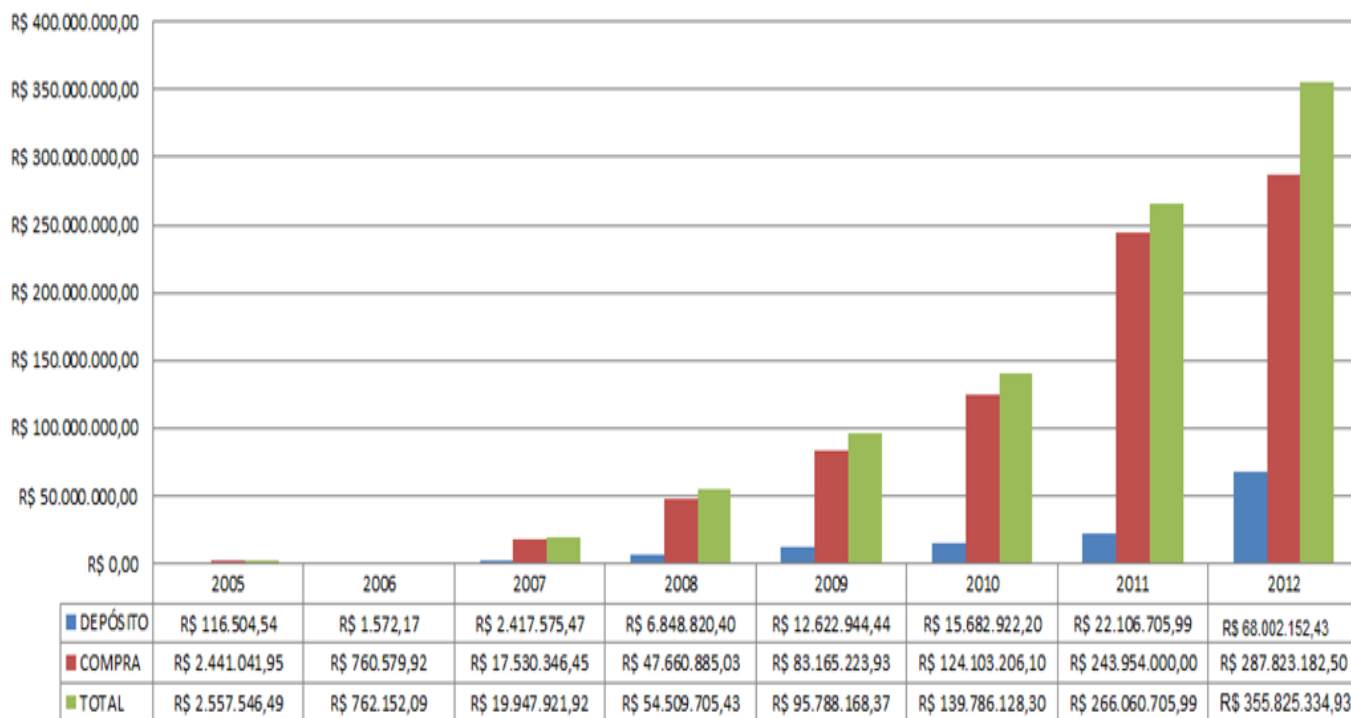
REPASSES AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS (DEPÓSITO JUDICIAL):



Fonte: Intervenção Judicial na Saúde Pública – Advocacia-Geral da União, 2013.

Por fim, os gastos totais da União, considerando tanto os depósitos judiciais quanto as compras de medicamentos, estão expostos no gráfico a seguir:

DEPÓSITOS E COMPRAS REALIZADAS PELA UNIÃO:



Fonte: Intervenção Judicial na Saúde Pública – Advocacia-Geral da União, 2013.

Dados mais recentes, disponibilizados pelo Ministério da Saúde, apontam que em 2013 os valores despendidos pela União (depósito judicial e compra de medicamentos) alcançaram 551 milhões de reais, um aumento de aproximadamente 200 milhões de reais em relação ao total do ano de 2012. Em 2014 esse valor novamente ultrapassou os anos anteriores, alcançando a cifra de 843 milhões de reais. Assim, os custos acumulados desde 2010 já ultrapassam a marca dos dois bilhões de reais.

3.5 ÂMBITO ESTADUAL E MUNICIPAL

Nesse momento, direciona-se a atenção para os gastos dos Municípios e Estados em demandas judiciais na área da saúde, é normal que sejam observadas diferenças entre esses dois Entes Federativos e a União, e há enorme variação dessas ações judiciais por todo o País, tanto no quesito do número de demandas quanto nos julgamentos e entendimentos dos tribunais, de forma que não é possível obter, nesses dois níveis, um resultado único e homogêneo acerca dos gastos públicos.

Um dos grandes problemas levantados quanto aos Municípios e Estados é a questão da solidariedade dos Entes Federativos quanto às demandas judiciais na área da saúde. O Sistema Único de Saúde (SUS) foi planejado e incorporado de forma que os Entes Federativos com menor orçamento, no caso, os municípios, tivessem a responsabilidade sobre serviços da área de saúde de menor complexidade, de forma que mesmo com uma infraestrutura básica e recursos reduzidos, ainda assim possam executar o atendimento à saúde da população, cumprindo com um dos princípios básicos do SUS (descentralização).

O Judiciário brasileiro, entretanto, não segue esse entendimento. Na ótica atual, o demandante pode pleitear serviços médicos e de saúde a qualquer um dos três Entes Federativos, independentemente dos preços, do tipo de serviço buscado ou de normas específicas do SUS (WANG, 2014, p. 1194)

Essa perspectiva cria situação perigosa para os Municípios: decisões judiciais impondo tratamentos complexos e de alto custo podem comprometer parcela significativa dos respectivos orçamentos. Como exemplo, existem casos em que apenas um tratamento bastou para comprometer 20% do orçamento municipal em saúde (OLIVEIRA; NORONHA, 2011). Buritamas e Campinas, dois Municípios do Estado de São Paulo, também são ótimos exemplos do impacto da judicialização: no primeiro deles, mais de 50% do orçamento municipal de saúde está comprometido com gastos judiciais, sendo que 16% do orçamento foi

direcionado para o tratamento de apenas um demandante (Revista Época, 2012); no caso de Campinas, 86 novas ações foram contabilizadas no ano de 2009, totalizando um valor despendido de R\$ 2.505.762,00, número que bastou para comprometer aproximadamente 16% do orçamento de saúde do município (R\$ 16.929.316,29) (Advocacia-Geral da União, p. 19, 2013).

3.5.1 MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

A Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo direcionou aproximadamente 8,8 milhões de reais para demandas judiciais no ano de 2011. Dentro dessa estimativa, 45% dos gastos são com aquisições que não estão inclusas nas listas do SUS, enquanto o restante, correspondente a 55% dos gastos, são despesas com tratamentos complexos e medicamentos de custos elevados, que são considerados de competência dos Estados ou da União (WANG, 2014, p. 1198).

Esse valor despendido pelo município de São Paulo representa um gasto de aproximadamente 10% do total utilizado para a compra de medicamentos no ano de 2011. Em relação ao custo das políticas de assistência farmacêutica, entretanto, representa apenas 6% desse total.

Alguns aspectos especiais devem ser considerados no caso do município de São Paulo. Primeiramente, por se tratar do município com maior produto interno bruto do Brasil (IBGE, 2013), evidentemente que possui maior capacidade de arcar com despesas excepcionais, diferentemente de municípios menores, os quais, como já exemplificado no caso de Buritama, podem muitas vezes ter grande parte do orçamento de saúde comprometido em virtude de um pequeno número de decisões judiciais.

Além disso, buscando evitar custos repentinos, o município de São Paulo criou, em 2009, um Núcleo de Ação das Demandas Especiais (DEMANDE), que busca antecipar, através da centralização de todas as ações judiciais que litigam por questões de saúde, as compras e medidas necessárias para acomodar as demandas judiciais. Esse modelo funciona através da aquisição prévia daqueles medicamentos que muito provavelmente serão requisitados no decorrer do ano, o que permite uma diminuição dos custos. Esse processo, embora vantajoso em longo prazo, não é de fácil execução para grande parte dos municípios brasileiros, e consiste, portanto, num segundo fator que diferencia o município de São Paulo de outros municípios do país (WANG, 2014, pg. 1199).

Para Wang (2014, p. 1201), a situação do Município de São Paulo denuncia três problemas principais:

Os efeitos para o sistema são deletérios, por pelo menos três motivos: i) porque acarretam um acesso desigual ao SUS, pois aqueles que litigam têm acesso a um rol mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto o restante da população conta apenas com aquilo que está definido nas políticas; ii) porque geram um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, sobrecarregando o ente mais frágil do conjunto, o município; e iii) por fim, porque geram um elevado grau de incerteza ao gestor público, não apenas sobre quanto recurso público precisará disponibilizar para a compra de medicamentos demandados judicialmente, mas também sobre o impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas.

Por fim, o caso do município de São Paulo consiste em parâmetro comparativo importante para o cenário brasileiro; ao expor a existência de problemas oriundos dessas demandas judiciais em um Município de grande porte, levanta questionamentos quanto à gravidade dos problemas em municípios menores, os quais, por possuírem reduzida capacidade econômica, tendem a comprometer maior fração do seu orçamento em resposta às demandas judiciais, a custo do desenvolvimento de outras políticas e serviços de saúde pública.

3.5.2 OUTROS MUNICÍPIOS

Menecucci e Machado (2010, p. 51), realizaram um estudo focado em Belo Horizonte, trazendo diversos dados relevantes para a compreensão desse fenômeno judicial. Por exemplo, analisando ações judiciais de 1995 até 2009, foram demandados 369 medicamentos diferentes. Desses, 206 (55,8%) nem mesmo são padronizados pelo SUS, 79 (21,4%) deles são considerados medicamentos excepcionais (de uso contínuo e de custo elevado) e 78 (21,1%) são medicamentos básicos, o restante consiste em 6 (1,6%) diferentes medicamentos estratégicos (doenças endêmicas ou epidêmicas). Puderam também identificar, ao menos em parte dos casos, a origem do pedido dos medicamentos, conforme a tabela a seguir:

ORIGEM DOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS NAS AÇÕES JUDICIAIS:

Categoria	SUS	Médico privado/Plano de Saúde	Ausente	TOTAL
Medicamento Básico	24	47	7	78
Medicamento estratégico	5	1	0	6
Medicamento excepcional	31	42	6	79
Não-padronizado	62	113	31	206
TOTAL	122	203	44	369

Fonte: MENICUCCI; MACHADO, 2010, pg. 51.

Os autores desse estudo, Menicucci e Machado, comentam (2010, p. 50):

Considerando a totalidade dos casos examinados, é notável que a maioria dos médicos que aprovam os requerimento (64%) que dão origem às ações judiciais trabalham para o SUS, e supostamente conhecem as políticas de saúde e suas regras. O resto é composto por médicos privados e outros que trabalham para planos de saúde, o que significa que cidadãos que não utilizam o Sistema Público de Saúde ainda assim utilizam o Judiciário para obter benefícios do sistema de saúde público.

Entretanto, se considerarmos todos os medicamentos requisitados – em que foi possível traçar a origem do médico que o receitou – 63% foram receitados por médicos privados ou relacionados com planos de saúde e apenas 37% por médicos do SUS. Dentre os medicamentos não-padronizados demandados por via judicial, as percentagens são de 65% e 35%, respectivamente. (tradução nossa)⁷

Essa análise levanta questionamentos quanto a eficácia das Recomendações do CNJ, em especial a n. 31, que em seu item b.2, sugere aos magistrados que evitem o fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA ou que estejam em fase experimental.

⁷Considering the totality of cases examined, it is remarkable that most of the physicians who endorse the requests (64%) that give rise to the legal actions work for SUS, and supposedly are aware of the health policy and rules. The rest are private physicians or ones who work for health insurance plans, which means that citizens who do not use the public health system, also use the Judiciary to obtain benefits from it. However, if we consider all the medication requested, instead of all the legal cases, it is curious that among the items solicited – where it was possible to trace the physician's institutional origin – 63% were by private doctors or those linked to health plans and only 37% by SUS physicians. Among non-standard medicines demanded by lawsuits to be supplied by the public system, the relative shares are 65% and 35%, respectively. MENICUCCI; MACHADO. 2010.

De forma geral, a análise dos gastos e da judicialização em âmbito municipal é extremamente particular, não sendo possível estimar, portanto, os gastos totais com esse fenômeno por todo Brasil, sabe-se, entretanto, que inúmeros municípios comprometem grande parte das suas verbas de saúde com um número reduzido de processos (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 19).

3.6 ÂMBITO ESTADUAL

Em âmbito Estadual os gastos variam significativamente, novamente impossibilitando uma análise única, mas é perceptível que os valores despendidos ultrapassam os da União. Por exemplo, em 2007, contabilizando o custo de aquisição de medicamentos, o Rio Grande do Sul alcançou despesas de aproximadamente R\$ 78 milhões, Minas Gerais, por sua vez, R\$ 40 milhões (FERRAZ, 2009, p. 36). O Estado de São Paulo apresentava gastos ainda maiores: em 2007 os custos eram de R\$ 300 milhões, em 2008 esse valor já havia atingido R\$ 400 milhões, e por fim, em 2010, chegaram a R\$ 700 milhões (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 18)

Os valores despendidos por São Paulo em 2008 (aproximadamente R\$ 400 milhões), destinam-se a 35.000 processos judiciais, e em muitos dos casos as demandas são por fármacos importados e nem mesmo registrados para uso no país. Para efeitos comparativos, esse valor é aproximadamente o mesmo que o anunciado pelo Ministério da Saúde para a execução de uma campanha de vacinação anti-pneumocócica que deverá atingir 3,2 milhões de crianças todo ano por todo Brasil; esse programa, entretanto, foi adiado para 2010 por falta de verbas à época (FERRAZ, 2009, p. 41).

Em pesquisa sobre o orçamento da saúde do Ceará em 2010, Rodrigues (2011, p. 20) destaca que os gastos com medicamento de alta complexidade alcançavam 54,58% de toda a parcela do orçamento destinada à Assistência Farmacêutica, enquanto os medicamentos requisitados por vias Judiciais contemplavam R\$ 27 milhões (11,59%). Mais recentemente, o Estado do Ceará, com base nos dados de 2012, destinou R\$ 47 milhões para o atendimento do crescente número de ações judiciais, entretanto, os gastos para o ano de 2013 foram de R\$ 140 milhões, destinados para 5.300 pacientes (CABRAL, 2013).

No caso do Paraná, a evolução dos gastos com essas demandas estão expostos na tabela abaixo (Advocacia-Geral da União, 2013):

EVOLUÇÃO DOS GASTOS DO ESTADO DO PARANÁ COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:

PERÍODO	CUSTO PARA O ESTADO
2003	R\$ 741.369,06
2004	R\$ 3.377.305,06
2005	R\$ 6.852.110,37
2006	R\$ 12.418.871,02
2007	R\$ 15.780.851,97
2008	R\$ 19.336.580,60
2009	R\$ 35.004.454,94
2010	R\$ 35.718.740,24

Fonte: Intervenção Judicial na Saúde Pública – Advocacia-Geral da União, 2013

Esses dados tomam nova perspectiva quando associados ao número de processos no Estado do Paraná a cada ano (CNJ, 2015, p. 21): em 2008, foram 718 ordens judiciais para a aquisição de medicamentos, em 2009 foram 927 processos, e aproximadamente 1.218 em 2011 e 2012, demonstrando, de forma clara, *o altíssimo custo por paciente nessas demandas*. A Secretaria da Saúde do Estado do Paraná informou também que dos 54,6 milhões de reais utilizados em 2009 para a aquisição de medicamentos, 35 milhões (64%) não constavam no orçamento, por terem sido adquiridos em razão de demandas judiciais.

Em estudo (CASTRO, 2011) realizado sobre o orçamento de Minas Gerais e o impacto da judicialização da saúde, a principal conclusão do autor é a de que há um evidente impacto desalocativo no orçamento do Estado de Minas Gerais, conforme demonstrado na tabela abaixo, que compara os anos de 2009 e 2010.

DESPESAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS EM 2009 E 2010:

PROGRAMA DE SAÚDE	DESPESA EM 2009:	DESPESA EM 2010:	REDUÇÃO (EM %)
Execução de Ações em Saúde	R\$67.099.659,12	R\$61.412.541,82	8,48
PROHOSP	R\$123.371.142,89	R\$96.997.992,50	21,38
Programa Saúde Família	R\$55.620.276,00	R\$51.669.039,40	7,1
Complexo Urgência/Emergência	R\$47.217.573,70	R\$42.240.450,49	10,54
Complexo de Hospitais Gerais	R\$37.228.229,15	R\$33.361.370,10	10,39

Fonte: CASTRO, Sebastião, 2011 - Impacto Desalocativo no Orçamento Público

Estadual em Face de Decisões Judiciais.

A situação torna-se clara quando levamos em consideração que o total gasto em saúde em Minas Gerais, em 2010, apresentou aumento de 10,82% em relação ao ano anterior, e que mesmo com tal aumento houve a necessidade de deslocar recursos dos mais diversos projetos em função de decisões judiciais.

3.6.2 RIO DE JANEIRO

O Rio de Janeiro (RJ) era, em 2011, o segundo Estado que mais recebia recursos da União em razão de demandas judiciais na área de saúde, atingindo pouco mais de 20 milhões de reais durante aquele ano (Advocacia-Geral da União, p. 11, 2013). Por essa razão, existem pesquisas, tanto abordando o Estado do Rio de Janeiro quanto o Município, que buscam explorar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) e das consequências desse fenômeno.

Em uma dessas pesquisas (BORGES, p. 81, 2007), foram identificadas 2.245 ações contra o Estado ou Município do RJ com sentenças proferidas até dezembro de 2006, cujo objetivo principal, na maior parte delas, consistia na obtenção de medicamentos (objetivos secundários são alimentos, camas hospitalares, etc). Dessas ações, 1.829 (89% dos casos)

foram julgadas totalmente procedentes. Em 153 (7%) casos os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, importante notar que nesse grupo, a parcialidade da concessão resulta do pedido conter múltiplas demandas, e que os magistrados concederam a todos os medicamentos requisitados, mas não necessariamente os outros objetos da demanda. Em 1% desses casos o próprio Estado ou Município reconheceu o pedido do autor, enquanto nos 3% restantes não houve julgamento de mérito, sendo os processos extintos antes desse momento.

Essa pesquisa torna clara a facilidade com que esses dados são mascarados, tornando crucial para a compreensão da situação um olhar crítico. Embora 89% dos casos tenham sido julgados totalmente procedentes, vê-se que, em verdade, não houve qualquer indeferimento de demandas de medicamentos. Assim, embora esse estudo não seja tão recente, serve o importante papel de alertar quanto à dificuldade de analisar em massa esses processos judiciais.

Outro aspecto importante concluído nesse mesmo estudo refere-se às decisões liminares. Da amostragem de processos inicial (2.245), os pesquisadores conseguiram identificar em 704 deles os remédios pleiteados. Em todos esses 704 processos houve o requerimento de medida liminar para o fornecimento dos medicamentos, e também em todos os casos essas liminares foram concedidas. Borges (p. 88, 2007) explica:

Ao deferir o pedido logo de início, o juiz o faz por sua livre convicção, levando em consideração os documentos que instruíram o pedido do autor, o alegado agravamento da condição de saúde e o fato de o direito à saúde estar garantido constitucionalmente. Portanto, não há necessidade para o deferimento, que o juiz consulte um órgão técnico ou perito médico.

Assim, por mais que possa o juiz eventualmente decidir, após análise mais profunda do processo, pelo indeferimento do pedido, ainda assim os custos das liminares são irreversíveis, não havendo qualquer forma do Estado reaver os recursos utilizados.

O Município do Rio de Janeiro também foi alvo de estudos. Ventura (2010) analisou as demandas judiciais por medicamentos entre julho de 2007 e junho de 2008 no Município. Nesse período, foram identificados 1.263 processos, dentre os quais 289 foram aleatoriamente escolhidos para análise aprofundada.

Nesse estudo dois pontos distintos foram de maior interesse: a concessão do benefício da justiça gratuita e a existência de antecipação de tutela.

O benefício da justiça gratuita requer, em tese, a comprovação da hipossuficiência do autor e sua conseqüente incapacidade para arcar com as despesas do processo judicial. Dentre

os 289 processos estudados, 277 (95,8%) deles demonstravam a hipossuficiência, o resto, 12 processos (4,2%), nada mencionavam acerca desse requisito. Contudo, em todos os casos a gratuidade de justiça foi concedida (VENTURA, p. 90, 2010).

O segundo critério estudado foi o da antecipação de tutela. Essa análise divide-se em dois momentos: da existência ou não do requerimento da antecipação de tutela e, posteriormente, da análise quanto a concessão desse pedido liminar. Dos 289 processos selecionados, todos eles continham pedido de antecipação de tutela, o qual, embora excepcional no direito brasileiro, aparece com muita frequência em ações que versam sobre a saúde.

O segundo momento, quanto à concessão ou não da antecipação de tutela, apresentou resultado variado. Em 227 processos (78,5%) a antecipação de tutela foi concedida integralmente; em 53 (18,3%) deles a concessão ficou submetida à comprovação de prescrição médica, enquanto 5 (1,7%) exigiram prescrição médica do SUS; 4 (1,4%) concederam de forma parcial a tutela antecipada e, por fim, em nenhum dos processos houve indeferimento do pedido de antecipação de tutela.

Essa questão da antecipação da tutela foi explorada nos dois estudos do Rio de Janeiro, e em ambos a concessão, cujos recursos necessários para concretização são irrecuperáveis, demonstrou ser claramente a posição dominante do Judiciário.

O estudo feito por Ventura (2010) prossegue para uma análise das exigências feitas pelos juízes nessas ações. Em 280 (96,9%) delas não houve qualquer solicitação por parte do Judiciário, que utilizou apenas os documentos acostados à petição inicial para realizar o julgamento. No restante - nove casos -, houve a exigência da apresentação de documentos (laudos, declarações e atestados), emitidos pelo SUS, que sustentem o pedido do autor.

Quanto a essa aparente credulidade do Judiciário, Ventura (p. 17, 2010) discorre:

Aprofundando a análise dessa variável – concessão da tutela antecipada – constata-se [...] que, em 96,9% das decisões, o juiz não fez nenhuma exigência para a concessão ou manutenção do pedido liminar, firmando sua convicção somente na documentação apresentada pelo reivindicante. O resultado evidencia a soberania da prescrição médica individual e a não-relativização de seu conteúdo com regulamentos e normas sanitárias, ou outros meios de prova que constate se a prescrição é adequada; por exemplo: por meio de um parecer técnico que possa esclarecer a existência de alternativa terapêutica mais adequada ao caso, a urgência no acesso ao medicamento, ou mesmo se esse medicamento é padronizado para fornecimento no SUS.

Os dados de ambos os estudos esclarecem a relação do Judiciário do Rio de Janeiro

quanto às demandas de saúde, mas é possível ir além com dados atualizados da situação desse Estado.

Desde 2007 até setembro de 2015, foram 148.591 casos atendidos pelo Rio de Janeiro em virtude de determinação judicial, sendo que, enquanto em 2007 foram 12.208 casos, em 2014 o número aumentou para 29.970 (CNJ, 2015).

Dessa forma, o Rio de Janeiro, assim como São Paulo, desenvolveu um mecanismo próprio para atender melhor essa demanda especial, chamada Central de Atendimento às Demandas Judiciais (CADJ). O objetivo primário de tal mecanismo é reduzir os gastos com as demandas judiciais, através de licitações e compras dos medicamentos mais requisitados. Ainda assim, o custo de tal projeto, em 2014, foi de R\$ 71 milhões, equivalente a 1,5% do orçamento de saúde do Estado (R\$ 4,5 bilhões) e limitou-se a atender aproximadamente 39 mil pessoas. Uma unidade de pronto atendimento, por sua vez, custaria R\$ 21 milhões anualmente e atenderia cerca de 120 mil pessoas (CNJ, 2015).

Além disso, em 2009, o Estado do Rio de Janeiro adotou um sistema de auxílio aos magistrados, denominado Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (ou Núcleo de Apoio Técnico - NAT), composto por servidores das áreas de Medicina, Enfermagem, Farmácia e Nutrição e que possibilita ao juiz que compreenda melhor as demandas em que atua. Essa iniciativa, desenvolvida em parceria entre o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e a Secretaria Estadual de Saúde, atende ao Judiciário de todo Estado e serviu de exemplo para a implementação de programas semelhantes em outros locais, como Mato Grosso, Espírito Santo e Pernambuco (TJRJ, 2014).

3.7 OUTROS RESULTADOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em estudo realizado em 2015, avaliou a situação de seis Tribunais do país em relação à judicialização. Dentre as várias informações obtidas nesse estudo, vale destacar algumas delas por serem de caráter comum a todos os Tribunais estudados.

Primeiramente, foi detectado grande foco na perspectiva "curativa" dentro das demandas judiciais, ou seja, raras são as ações que visam obter vacinas ou exames de rotina, aspectos costumeiramente preventivos.

Um segundo ponto em comum entre os Tribunais é o de que há uma *enorme*

predominância da litigância individual, existindo desproporção entre as ações coletivas e individuais. As consequências práticas são várias: desde o acúmulo de ações no Judiciário – e consequente atraso na prestação Judicial –, até a dificuldade em estabelecer um critério de igualdade entre os indivíduos. Nessas ações, outra constante foi a existência da antecipação de tutela, na maior parte dos casos, sem a necessidade de apresentar informações complementares. Nesse mesmo sentido, Ferraz (2009, p. 36) informa:

Todos estudos, sem exceção, sugerem clara predominância das ações individuais (demandas opostas por ou em nome de indivíduos) em vez de demandas coletivas (ações coletivas) e uma taxa altíssima de sucesso para os demandantes, variando de 82% nos tribunais inferiores até praticamente 100% no Supremo Tribunal Federal.(tradução nossa)⁸

Importante mencionar também que a grande maioria das decisões nem mesmo cita a Audiência Pública realizada em 2009 pelo STF, assim como deixam de utilizar as recomendações n. 31 e 36 do CNJ. Ambas deveriam ser importantes fontes para as decisões judiciais, sugerindo estratégias aos juízes para lidar com o fenômeno da judicialização e capacitando-os com informações atualizadas e de fontes confiáveis. Nesse mesmo sentido, há pouca menção ao Fórum Nacional de Saúde e aos Comitês estaduais, demonstrando, de certa forma, que a mera existência dessas ferramentas auxiliares não implica em seu uso pelos magistrados.

De um lado positivo, os Núcleos de Apoio Técnico (NAT), adotados pelos Tribunais para auxiliar os juízes em suas decisões em questões de saúde, apresentam dados positivos quanto ao seu uso, principalmente em capitais, sugerindo uma tendência favorável ao auxílio técnico para a resolução dessas demandas (CNJ, 2015, p. 43).

A Advocacia-Geral da União (p. 18, 2013), por sua vez, apresentou um quadro com outros problemas que surgem com o processo da judicialização da saúde. Frisam que embora existam gastos irracionais com essas práticas, os problemas vão muito além, tomando forma na "perda da capacidade de administrar compras, ineficiência em relação à escala, prejuízos à lógica do Sistema, novos gastos e atendimento ao cidadão absolutamente diverso do estabelecido pelas Políticas traçadas.”.

Observando esses problemas mais a fundo, nota-se repetidas *ofensas aos princípios*

⁸"All studies without exception report a high prevalence of individual claims (claims brought by or on behalf of single individuals) rather than collective claims (“class actions”) and an extremely high success rate for claimants, ranging from 82% in the lower courts and courts of appeal to almost 100% in the STF." FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2009

estruturantes do SUS. O princípio da descentralização, por exemplo, é amplamente desrespeitado ao ser exigido que a União forneça medicamento ou tratamento, conseqüentemente, foi necessário criar uma área de compra e atendimento a essas situações dentro do Ministério da Saúde, o qual, à época do estudo realizado pela Advocacia-Geral da União (2013), era responsável por 8.549 ações de saúde.

Como o fornecimento de medicamentos toma caráter excepcional, as entregas são feitas diretamente na residência dos pacientes, em quantia suficiente para garantir o tratamento por pelo menos 6 meses; não existindo qualquer forma de controle quanto ao uso correto e prolongado do produto, contribuindo para a existência de fraudes. Em outros casos, quando não há a comunicação sobre mudança de endereço ou morte do demandante, ocorre, muitas vezes, a devolução do medicamento, implicando num custo sem qualquer benefício para o Estado ou para os indivíduos.

Além disso, as decisões tendem a causar uma retração na atuação dos Estados e Municípios, indo diretamente contra o objetivo de descentralização do SUS. Decorre dessa prática que os custos são duplicados para a União, pois além de repassar os valores necessários para o custeio da Assistência Farmacêutica nos âmbitos Estaduais e Municipais, acaba arcando com esses custos novamente por vias judiciais. Existe também a possibilidade de entrega dúplice ou até mesmo tríplice de medicamentos, nos casos em que a condenação reputa os Entes Federativos envolvidos de forma solidária; os prazos, normalmente mínimos, aliados às ameaças de multa diária e prisão de gestores e servidores, forçam o cumprimento da obrigação sem qualquer comunicação entre os Entes envolvidos, produzindo situações custosas ao Estado (Advocacia-Geral da União, 2013, p. 19)

Mesmo com todas essas explicações, o fenômeno da judicialização da saúde ainda aparenta possuir forte apelo emocional, pois coloca o magistrado frente a uma difícil escolha: entre a vida (ou a qualidade da vida) do demandante e os recursos escassos do Estado; esse dilema, entretanto, distorce a realidade, pois não leva em consideração a situação da saúde do Brasil como um todo. Exemplifica Ferraz (2009, p. 5) com dados da mortalidade infantil no Brasil: em 2005, a mortalidade infantil nacional era de 28,8 a cada 1.000 nascidos; para as parcelas mais ricas da população do Sul e Sudeste essa taxa era de 10,1 e 11,0 a cada 1.000, enquanto para os mais pobres da região Nordeste, a mortalidade alcançava 56,4 a cada 1.000, muito acima da média nacional. Esses dados denunciam a desigualdade de saúde entre os diferentes níveis econômicos do Brasil, um problema invisível e desconhecido para grande parte da população, mas que poderia ser amenizado com a correta alocação de recursos

públicos e desenvolvimento de políticas de saúde; é exatamente nessas situações críticas que a falta ou desvio de recursos implica em mortes.

Barroso (2009, p. 11) deixa claro:

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. *O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.* (grifo nosso)

Enfim, tratar a questão da judicialização sem considerar aspectos econômicos implica numa abordagem necessariamente ingênua, incapaz de ver os resultados concretos desse fenômeno.

CONCLUSÃO

O Brasil, ao estabelecer, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, critérios norteadores para o desenvolvimento social, busca promover a igualdade e melhor qualidade de vida para seus cidadãos. Ocorre que, diferentemente dos direitos de liberdade, os direitos sociais estão necessariamente vinculados a elevadas despesas governamentais para sua concretização.

Assim, tão logo esses direitos foram implementados, a incapacidade Estatal para atender todas as exigências de saúde tornou-se evidente, e embora os aspectos econômicos apontassem em um sentido, a interpretação jurídica enveredou em direção completamente oposta: a favor de um direito à saúde ilimitado, independente dos custos.

Essa situação, em tese, coloca o Poder Judiciário como agente responsável pela efetivação do direito à Saúde na sociedade Brasileira. Acontece que tais intervenções podem muito bem estar causando o efeito contrário, impulsionando a desigualdade na área de saúde, visto que apenas minúscula parcela da população acessa tais vias.

Foi exposto ao longo do trabalho que as opiniões acerca do tema são as mais diversas. Há opinião predominante quanto ao dever Estatal de efetivar o direito à Saúde, praticamente não concebendo limites a tal prestação, mas também existem aqueles que opinam de maneira totalmente contrária a tal intervenção Estatal; existe, em verdade, um infinito número de posições intermediárias nessa discussão, evidenciando a dificuldade de tomar uma posição clara, dessa forma, tomam papel fundamental para análise do fenômeno as pesquisas que apontam, por meio de dados econômicos e técnicos, a verdadeira situação enfrentada no Brasil.

Nesse sentido, o trabalho buscou apresentar distintas pesquisas que esclareçam o impacto dessas decisões. Os dados obtidos corroboram a hipótese quanto ao dano causado ao sistema de saúde; o caso de Minas Gerais, apenas um dos muitos analisados, evidencia com clareza a alocação de recursos ineficiente por razão da judicialização. Os municípios, cujas verbas são altamente comprometidas por intervenção judicial, são outro grande exemplo da necessidade de repensar a interpretação do direito à saúde. Outros impactos indiretos também foram apresentados, como é o caso da indústria farmacêutica, que encontra incentivos para não apenas impulsionar aquisição de novos medicamentos, mas também para manter os elevados custos.

O trabalho apresentou também algumas das mudanças e saídas que já foram tentadas, além de outras sugestões. Por exemplo, buscando amenizar os impactos econômicos já existentes, foram realizadas Audiências Públicas e criadas muitas entidades por todo o país, responsáveis por auxiliar magistrados nas mais diversas questões relacionadas à Saúde. Essas estratégias não obtiveram grande sucesso, como pôde ser observado pela análise das decisões judiciais, que em grande maioria ignoram as recomendações ofertadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Outra saída seriam as ações coletivas, garantindo a efetivação do direito à saúde, em respeito ao princípio da Isonomia e buscando reduzir os custos dessas ações para o Estado; essa última saída, embora possa reduzir o custo médio dos processos, implica em ampliar ainda mais essa intervenção Estatal, elevando ainda mais os gastos com tal finalidade.

Enfim, todas essas saídas parecem tentativas simplórias de reduzir os impactos negativos da judicialização, caminho que talvez não seja o mais promissor, visto que o uso das vias judiciais para resolver questões de saúde apresenta constante crescimento através dos anos: tanto no número de processos quanto no valor despendido. A saída, portanto, não parece estar em apenas amenizar a situação, mas compreender que uma interpretação desvinculada dos aspectos econômicos significa, necessariamente, interpretar a questão num vácuo: no qual é impossível perceber que o direito à saúde e à vida de um indivíduo se sobrepõe aos direitos à saúde e à vida de muitos milhares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Welles Matias de; GOMES, Ricardo Corrêa. O orçamento público brasileiro e a perspectiva emancipatória: existem evidências empíricas que sustentam esta aproximação?. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 515-540, Abril 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122013000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 maio 2016.
- ALBINI, Caroline Maestri Nobre. **Uso da informação como apoio à decisão dos gestores da saúde pública em hospitais universitários – um estudo de caso no HC-UFPR**. Dissertação de Mestrado em Ciência, Gestão e Tecnologia da informação. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.
- ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 88-94, maio./ago. 2012.
- ALENCASTRO, Carlos Henrique dos Santos de. **A judicialização da saúde e seus impactos no Direito e no orçamento**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31774/a-judicializacao-da-saude-e-seus-impactos-no-direito-e-no-orcamento>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul-dez 2006.
- AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O princípio da separação de poderes e as políticas públicas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47234&seo=1>>. Acesso em: 05 jul. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.
- _____, Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o pacto internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.
- _____, Supremo Tribunal Federal – A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acesso em: 31 maio de 2016
- _____, Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil. Dados e Experiências, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e49>>

1a565006.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010. **Recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar a maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 8 de jun. de 2016

_____, Ministério da Saúde. **Avaliação Econômica em Saúde: desafios para a gestão no Sistema Único de Saúde.** Brasília, 2008.

_____, Ministério da Saúde. **Avaliação de Tecnologias em Saúde: ferramentas para a Gestão do SUS.** Brasília, 2009.

_____, Portal da Transparência. Planejamento e Orçamento. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=9>>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____, Advocacia-Geral da União, **Intervenção judicial na saúde pública.** Brasília, 2013.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. Licença Compulsória de medicamentos e direito à saúde no Sistema Jurídico Brasileiro. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 7 dez 2009.

BOING, Alexandre, et al. A judicialização do acesso aos medicamentos em Santa Catarina: um desafio para a gestão do sistema de saúde. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 82-97, mar./jun. 2013.

BUTLER, Eammon. **Public Choice – a Primer.** The Institute of Economic Affairs, Londres: 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos de. **Impacto desalocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais.** Fórum de Contratação e Gestão Pública [Recurso Eletrônico], Belo Horizonte, v. 15, n. 169, jan. 2016. Disponível em: <<http://dspace/xmlui/bitstream/item/21456/Sebasti%c3%a3o%20Helv%c3%a9cio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31 maio 2016.

CÉSAR, João Batista Martins. A Audiência Pública como instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Virtual do Mestrado em Direito**, Brasília, V. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro. V. 25, n. 8. 1839-1849, agosto 2009.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal Of Law And Economics**, v. 3, p.1-44, out. 1960.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Health Inequalities, Rights and Courts: The Social Impact of the “Judicialization of Health” in Brazil**, Harvard University Press, 2011. Disponível em: <<http://www.hhrjournal.org/2013/08/the-right-to-health-in-the-courts-of-brazil-worsening-health-inequities/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening health inequities? **Health and Human Rights Journal**, v. 11, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1426011>>, Acesso em: 8 jun.2016.

GIBBONS, Robert. An Introduction to Applicable Game Theory. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 127-149, 2009.

_____, Robert. **Game Theory for Applied Economists**. 1ª ed. Princeton University Press. 1992.

GOMES, Dalila F. et al. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá pra cá? **Revista Saýde Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-156, jan-mar 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers. University of California, Berkeley, 2007.

GUEDES, Odilon. **Orçamento Público e Cidadania**. 1ª Ed. Livraria da Física. São Paulo: 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19ª edição. São Paulo. Atlas, 2010.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 13 dez 1968.

HAUWE, Ludwig Van den. **Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics**. Bruxelas: 1999.

HENDERSON, Hubert D. **Supply and Demand. With introduction by J. M. Keynes**, 1992, p. 1. Disponível em: <www.gutenberg.org/files/10612/10612-h/10612-h.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

KUHN, H. W.; TUCKER, A. W.. John von Neumann's work in the theory of games and mathematical economics. **Bull. Amer. Math. Soc.**, [s.l.], v. 64, n. 3, p.100-123, 1 maio 1958. American Mathematical Society (AMS).

MACHADO, Naiana. **Ativismo judicial e estado constitucional de direito sob a perspectiva Garantista**. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Bioética**, v. 22, n. 3, p. 561-568, 2014.

- MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e ativismo judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo. 2012.
- MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista Direito Sanitário**. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65. Nov. 2013/fev. 2014.
- MCPHERSON, Michael S.; HAUSMAN, Daniel M. **Economic Analysis, Moral Philosophy and Public Policy**. 2ª ed. Cambridge. 2006.
- MEDRADO, Raquel Guedes, et al. **SOS SUS. Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde**. In: XXXVII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro. 7 a 11 de setembro de 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. História da reforma sanitária brasileira e do Sistema Único de Saúde: mudanças, continuidades e a agenda atual. **História, Ciências e Saúde**. Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, jan.-mar. 2014, p. 77-92.
- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Angelo. Judicialization of Health Policy in the Definition of Access to Public Goods: Individual Rights versus Collective Rights. **Brazilian Political Science Review**. V. 4, n. 1, p. 33-68, 2010.
- MOCELIN, Cassia Engres. Demandas Judiciais na saúde pública: instrumentos para a efetivação do direito à saúde/ou arranjos na gestão e organização do SUS. **Revista Gestão e Desenvolvimento em Contexto**. V. 1, n. 01, p. 100-116, 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/GEDECON/issue/view/14>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- MOTTA, Carolina Elisabete P. M. de Senna; SONAGLI, Joseliane. A liberação de medicamentos em demandas judiciais às custas do Sistema Único de Saúde e o lobby da indústria farmacêutica. **Revista da AJURIS**, v. 42, n. 137, 2015.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da pesquisa no Direito**. 5ª Ed, Saraiva, 2009.
- NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil. **Economia e Sociedade**, [S.l.], v. 19, n. 3, p. 589-611, jan. 2016. ISSN 1982-3533. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642681>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- OZAWA, Sachiko et al. Return on Investment from Childhood Immunization in low- and middle-income Countries, 2011-20. **Health Affairs**, v. 35, n. 2, p. 199-207, 2016

PAULA, Alaíde Maria. **Judicialização do direito constitucional à saúde: impactos das decisões judiciais no orçamento público**. Trabalho de Conclusão do Curso de Política e Estratégia. Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro. 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. **Revista Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**. Belo Horizonte, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

POSNER, Eric; ADLER, Matthew D.. Introduction, Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives. **Journal of Legal Studies**, v. 29, p. 837-842, 2000.
POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law, **Texas Law Review**, v. 53, p. 757-782, 1975.

POSNER, Richard A. **Values and Consequences: an introduction to Economic Analysis of Law**. Program in Law and Economics Working Paper 53, University of Chicago Law School, 1988.

SCHEFFER, Mario. **O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais**. Brasília, 2005. Disponível em: < <http://ses.sp.bvs.br/lis/resource/12406#.V04J7-SeaT8>>. Acesso em: 31 maio 2016.

SEGATTO, Cristiane. **Revista Época**, 16 de março de 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 5 de julho de 2016.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria. V. 2, n. 2, jul 2007.

SILVA, Luis Carlos. **Prioridades nos orçamentos da união: análise da efetividade do Sistema de planejamento**. Monografia do curso de Especialização em Orçamento Público. 2007.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. Ligações Perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. **PHYSIS Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-329, 2012.

SOUZA, Fernanda Oliveira. A intervenção judicial como garantia da efetivação do direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos. **Direito & Justiça**. V. 36, n.1, p. 13-28, jan./jun. 2010.

TAVARES, Patrícia Rúbia. **A Judicialização e o Direito à Saúde: Estudo das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos**. Trabalho de Conclusão de Curso de Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia No Brasil - 2ª Ed.** Atlas. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 177, p.29-49, jul/set. 1989.

TRINDADE, Rangel Oliveira. **Os direitos humanos como fundamentação para a “quebra de patente” dos medicamentos para AIDS**. Universidade do Rio Grande do Sul. 2006.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L.. **Government Failure: a Primer in Public Choice**. Cato Institute. 2002.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do Valle; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e seus reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n.33, p. 13-31, nov. 2010/fev. 2011.

VENTURA, Miriam et al . Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 Maio 2016.

WANG, Daniel Wei L. et al . Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro , v. 48, n. 5, p. 1191-1206, Oct. 2014 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000500006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 Jun 2016.