



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE DOUTORADO**

Marco Aurélio Souza da Silva

**A JUDICIALIZAÇÃO PREDATÓRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A *PUBLIC CHOICE THEORY* (TEORIA DA  
ESCOLHA PÚBLICA):**

A (in)eficiência da articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça  
sobre o acesso judicial a medicamentos e tratamentos no Estado de Santa Catarina

Florianópolis  
2021

Marco Aurélio Souza da Silva

**A JUDICIALIZAÇÃO PREDATÓRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A *PUBLIC CHOICE THEORY* (TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA):**

A (in)eficiência da articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça sobre o acesso judicial a medicamentos e tratamentos no Estado de Santa Catarina

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

Florianópolis  
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Silva, Marco Aurélio Souza da

A judicialização predatória das políticas públicas de assistência farmacêutica e a Public Choice Theory (Teoria da Escolha Pública) : a (in)eficiência da articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça sobre o acesso judicial a medicamentos e tratamentos no Estado de Santa Catarina / Marco Aurélio Souza da Silva ; orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2021.

262 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Judicialização da saúde. 3. Análise Econômica do Direito. 4. Teoria da Escolha Pública. 5. Falhas de Governo. I. Gonçalves, Everton das Neves . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

Marco Aurélio Souza da Silva

**A JUDICIALIZAÇÃO PREDATÓRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A *PUBLIC CHOICE THEORY* (TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA):**

A (in)eficiência da articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça sobre o acesso judicial a medicamentos e tratamentos no Estado de Santa Catarina

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristovam  
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Cláudio Djissey Shikida  
Universidade Federal de Pelotas - UFPEL

Prof. Dr. Clenio Jair Schulze  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Orlando Celso Silva Neto  
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

---

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

---

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves  
Orientador

Florianópolis, 2021

*Dedico este trabalho a todos aqueles  
que puderam compartilhar parte de seu  
tempo para me tornar alguém melhor*

## AGRADECIMENTOS

Encerra-se mais um ciclo em minha vida acadêmica. A atividade de pesquisa é desgastante, solitária, impõe custos de oportunidade, ausências, mas permite saborear os resultados ao final. Apenas o esforço individual não seria suficiente para a empreitada de realização dessa pesquisa, que contou com contribuições direta e indiretamente de diversas pessoas que cruzaram meus caminhos e influenciaram minha trajetória pessoal, acadêmica e profissional. Seria impossível mencionar todos aqueles que, com sua generosidade e conhecimento, contribuíram para que esse trabalho chegasse ao término. No entanto, algumas contribuições são impagáveis e merecem ser reconhecidas.

Agradeço, inicialmente, a Deus por todas as oportunidades e ensinamentos que me proporcionou.

Agradeço aos meus pais, Lila e Alício, que me trouxeram ao mundo e me deram uma família com meus irmãos Karla e Marco Antônio (*in memoriam*), a quem devo minha vida.

Agradeço à minha esposa Miriam, cúmplice de todos os momentos, pelo convívio, amor, diálogo e aprendizado.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves, pela oportunidade privilegiada de tê-lo como incentivador intelectual, por sua generosidade, sensibilidade, dedicação, paciência, por seu espírito humanista e comprometimento em aprofundar os meus conhecimentos. O Prof. Everton foi quem me acolheu no curso de doutorado e compartilhou comigo os momentos mais difíceis no exercício do pensar, ao empreender o esforço de dar forma àquele simples projeto de pesquisa inacabado e repleto de incertezas inicialmente apresentado. Sempre disposto a me atender e orientar prontamente, mesmo a distância em tempos de pandemia, conseguiu marcar minha vida acadêmica e pessoal.

Agradeço a todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em especial aos Professores Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr. José Isaac Pilati, Dr. Orides Mezzaroba, Dr. João dos Passos Martins Neto, Dr. Rafael Peteffi da Silva, Dr. Orlando Celso da Silva Neto, Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam e Dra. Josiane Rose Petry Veronese pelo sacerdócio do magistério.

Agradeço aos Professores membros das bancas de defesa prévia e defesa final, Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr. Orlando Celso da Silva Neto, Dr. Cláudio Djissey Shikida e Dr. Clenio Schulze, pelas sugestões e contribuições inestimáveis para o aperfeiçoamento dessa pesquisa.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que me acolheu desde a graduação e me proporcionou amadurecimento intelectual para renovar minha capacidade de aprender, refletir e sonhar.

Agradeço aos servidores da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito pela atenção e pelas orientações.

Agradeço ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCESC) pelo incentivo, pela confiança e oportunidade de realização desta pesquisa, com cujo trabalho pretendo retribuir no exercício da atividade laboral.

Agradeço aos colegas do doutorado que, com o adorável convívio no ambiente de diálogo acadêmico, compartilharam alegrias, angústias e gentilmente contribuíram com debates e sugestões para enriquecer a pesquisa científica desenvolvida. Deixo de citar a todo(a)s nominalmente por receio de pecar pela memória. Contudo, registro o companheirismo especial do(a)s colegas Luiz Eduardo, Samuel, Arthur, Geralda, Luciana e Mariane.

Agradeço aos colegas do grupo de pesquisa Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD), Bráulio, Jéssica, Luiz Eduardo, Bruna, Analú, Lyza,

Márcia, Mariane, Reinaldo, Lisandro, Rafael Pujol e Raquel, por compartilharem momentos de alegrias e dificuldades.

Agradeço aos colegas auditores fiscais do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Rafael, Nilsom, Márcia e Odir, pelo auxílio na organização de parte dos dados de pesquisa.

Agradeço aos colegas de Gabinete, Conselheiro Cleber, Clarissa, Cláudia, Franciene, Letícia, Flora e Edna, pelos incentivos, pelo companheirismo e apoio.

Agradeço à Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) pelo convívio com pesquisadores que se dedicam à análise econômica e pelo aprendizado constante.

Por fim, registro o agradecimento *in memoriam* ao Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo, com quem tive a honra de conviver no período acadêmico.

“Nenhum governo, após a caminhada civilizatória da humanidade que culminou com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), pode deixar de lado a sua responsabilidade social. Isso não significa o abandono da responsabilidade fiscal necessária ao equilíbrio das contas públicas; ambas devem andar juntas, o equilíbrio fiscal e o bem-estar da população. O Estado de bem-estar social é fruto da concepção Bobbiana de que não basta proclamar direitos, é preciso efetivá-los. E para efetivá-los, recursos financeiros são necessários.”

Lenir Santos e Francisco R. Funcia



## RESUMO

A presente pesquisa objetiva a análise econômico-jurídica da judicialização predatória das políticas públicas de assistência farmacêutica no Estado de Santa Catarina sob a perspectiva da Teoria da Escolha Pública (Public Choice Theory), corrente de pensamento que procura compreender o comportamento dos agentes públicos nas tomadas de decisões individuais e coletivas. O intenso debate sobre a judicialização da saúde tem girado em torno do confronto de argumentos sobre a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a escassez dos recursos orçamentários, o mínimo existencial, a reserva do possível, a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, a discricionariedade judicial, a dignidade da pessoa humana, a má gestão dos recursos públicos, o subfinanciamento do SUS e a articulação interinstitucional. No entanto, pouco se discute sobre o comportamento dos atores envolvidos na judicialização. O problema da pesquisa consiste em verificar em que medida a judicialização predatória do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado é causada pela articulação ineficiente entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça, sob a perspectiva da Teoria da Escolha Pública. Parte-se da hipótese de que essa articulação é ineficiente e contribui para a judicialização das políticas públicas de saúde em razão do comportamento dos atores envolvidos. Por meio do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica, busca-se compreender as relações entre as instituições estatais, demonstrar as falhas de Governo e como estas constituem fonte de custos sociais. Conclui-se que no período compreendido entre 2010 e 2018 as falhas de Governo e a ineficiência da articulação interinstitucional influenciaram a judicialização em grande medida. Como proposta para o enfrentamento desse fenômeno dramático sugere-se, para além da necessária construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as instituições estatais e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, a criação de uma estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos envolvidos na judicialização maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde. Articulação institucional. Análise Econômica do Direito. Teoria da Escolha Pública. Falhas de Governo.

## ABSTRACT

The present research aims at the economic-legal analysis of the predatory judicialization of public pharmaceutical assistance policies in the State of Santa Catarina under the perspective of the Public Choice Theory, a current of thought that seeks to understand the behavior of public agents in the taking individual and collective decisions. The intense debate on the judicialization of health has revolved around the confrontation of arguments about the maximum effectiveness of fundamental rights, the scarcity of budgetary resources, the minimum existential, the reserve of the possible, the separations of powers, administrative discretion, judicial discretion, the dignity of the human person, the mismanagement of public resources, the underfunding of SUS and the institutional articulation. However, little is discussed about the behavior of the actors involved in judicialization. The research problem is to verify to what extent the predatory judicialization of access to medicines and health treatments in the State is caused by the inefficient articulation between the Health System and the Justice System, from the perspective of the Public Choice Theory. It starts from the hypothesis that this articulation is inefficient and contributes to the judicialization of public health policies due to the behavior of the actors involved. Through the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographic research technique, seeks to understand the relationships between state institutions, demonstrate Government failures and how they constitute a source of social costs. It is concluded that in the period between 2010 and 2018, the failures of the Government and the inefficiency of the institutional articulation influenced the judicialization to a great extent. As a proposal to face this dramatic phenomenon, it is suggested, in addition to the necessary construction of shared solutions through dialogue between state institutions and the search for administrative resolution of conflicts in the health area, the creation of an incentive structure that allows public agents involved in judicialization to maximize the well-being of the greatest possible number of people receiving health services.

**Keywords:** Judicialization of health. Institutional articulation. Economic Analysis of Law. Public Choice Theory. Government failures.

## RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo los análisis económico y jurídico de la judicialización predatora de las políticas públicas de asistencia farmacéutica en el Estado de Santa Catarina amparada en la perspectiva de la Teoría de la Elección Pública (Public Choice Theory), corriente de pensamiento que busca comprender el comportamiento de los agentes públicos en las tomadas de decisiones individuales y colectivas. El intenso debate sobre la judicialización de la salud ha girado alrededor de la confrontación de argumentos sobre la máxima efectividad de los derechos fundamentales, la escasez de los recursos presupuestales, el mínimo existencial, la reserva de lo posible, la separación de los poderes, la discrecionalidad administrativa, la discrecionalidad judicial, la dignidad de la persona humana, la mala gestión de los recursos públicos, los escasos fondos del SUS y la articulación interinstitucional. Sin embargo, poco se discute sobre el comportamiento de los actores involucrados en la judicialización. El problema de la investigación consiste en verificar en que medida la judicialización predatora del acceso a medicamentos y tratamientos de salud en el Estado es causada por la articulación ineficiente entre el Sistema de Salud y el Sistema de Justicia, sobre el prisma de enfoque de la Teoría de la Elección Pública. Se parte de la hipótesis de que esa articulación es ineficiente y contribuye para la judicialización de las políticas públicas de salud debido al comportamiento de los actores involucrados. A través del método de enfoque deductivo, del método de procedimiento demográfico y de la técnica de investigación bibliográfica, se busca comprender las relaciones entre las instituciones estatales, demostrar las fallas de Gobierno y como estas constituyen fuentes de costos sociales. Se concluye que en el periodo abarcado entre 2010 y 2018 las fallas de Gobierno y la ineficiencia de la articulación interinstitucional influenciaron la judicialización en gran medida. Como propuesta para el enfrentamiento de ese fenómeno dramático se sugiere, más allá de la necesaria construcción de soluciones compartidas a partir del dialogo entre las instituciones estatales y la búsqueda de resolución administrativa de los conflictos en el área de la salud, la creación de una estructura de incentivos que permita a los agentes públicos involucrados en la judicialización maximizar el bienestar del mayor número posible de personas a las que se destinan los servicios de salud.

**Palabras clave:** Judicialización de la Salud. Articulación Institucional. Análisis Económico del Derecho. Teoría de la Elección Pública. Fallas de Gobierno.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Despesas por função no exercício de 2018. ....	174
Gráfico 2: Evolução da dívida da saúde de 2012 a 2017 (até 30/09). ....	175
Gráfico 3: Valores relativos aos itens de saúde judicializados devolvidos nos anos de 2015, 2016, 2017 a abril de 2018. ....	185
Gráfico 4: Processos por comarca entre 2010 e 2018. ....	211
Gráfico 5: Valor das causas dos processos entre 2010 e 2018. ....	212
Gráfico 6: Comparativo entre as saídas do estoque do almoxarifado hospitalar e do almoxarifado judicial no período de 2010 a 2017. ....	219
Gráfico 7: Evolução da aplicação da receita de impostos e transferências em ações e serviços públicos de saúde em percentuais. ....	222
Gráfico 8: Evolução do número de ações judiciais propostas no primeiro grau de jurisdição do Poder Judiciário de Santa Catarina entre janeiro de 2015 e março de 2018. ....	228
Gráfico 9: Quantidade de processos ao longo dos anos. ....	230

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Demonstrativo das 10 cidades com o maior volume de recursos devolvidos em itens de saúde judicializados à administração central no período de 2015 a abril de 2018. ....	186
Tabela 2: Demonstrativo dos totais dos valores cobrados, ressarcidos e devidos pela União, de 2007 a 2018, elencados no relatório de ressarcimentos do MEJUD. ....	191
Tabela 3: Ações Cíveis Públicas e Ações Coletivas propostas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina entre 2015 e março de 2018. ....	210
Tabela 4: Situação atual dos processos no período entre 2010 e 2018.....	216
Tabela 5: Número de processos judiciais relativos à saúde a cada 100 mil habitantes. ....	226
Tabela 6: Orçamento da saúde e sentenças judiciais empenhadas, nos exercícios de 2013 a 2017. ....	229
Tabela 7: Pacientes ativos no sistema MEJUD da SES em abril de 2018.....	232
Tabela 8: Otimismo e pessimismo das partes no favorecimento de acordos. ....	238

## LISTA DE SIGLAS

AED - Análise Econômica do Direito  
AF - Assistência Farmacêutica  
AIS - Ações Integradas de Saúde  
ANC - Assembleia Nacional Constituinte  
ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária  
CBAF - Componente Básico da Assistência Farmacêutica  
CEAF - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica  
CESAF - Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica  
CIB - Comissão Intergestores Bipartite  
CIT - Comissão Intergestores Tripartite  
CNJ - Conselho Nacional de Justiça  
COJUR - Consultoria Jurídica  
COMAJ - Comissão Multidisciplinar de Apoio Judicial  
CONASEMS - Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde  
CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde  
CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS  
COSEMS - Conselho de Secretarias Municipais de Saúde  
CPC/2015 - Código de Processo Civil de 2015  
CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
EC - Emenda Constitucional  
EUA - Estados Unidos da América  
GEJUD - Gerência de Bens Judiciais  
IAPES - Instituto de Apoio e Pensões dos Marítimos  
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social  
INPS - Instituto Nacional de Previdência Social  
INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social  
IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada  
LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias  
LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro  
LOA - Lei Orçamentária Anual  
LOS - Lei Orgânica da Saúde  
MEJUD - Sistema de Medicamentos Judiciais  
MEL - Mínimo Ético Legal  
MS - Ministério da Saúde  
NAT - Núcleo de Apoio Técnico  
NHS - National Health Service  
OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico  
OMS - Organização Mundial de Saúde  
ONU - Organização das Nações Unidas  
PCDT - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas  
PEES - Princípio da Eficiência Econômico-Social  
PGESC - Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina  
PIASS - Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento  
PMN - Política Nacional de Medicamentos  
PPA - Plano Plurianual  
RAG - Relatório Anual de Gestão

RAS - Redes de Atenção à Saúde  
REMUME - Relação Municipal de Medicamentos Essenciais  
RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais  
RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde  
RESME - Relação Estadual de Medicamentos Essenciais  
SAJ - Sistema de Automação do Judiciário  
SES - Secretaria de Estado da Saúde  
SESMED - Sistema de Controle de Medicamentos  
SGM<sup>2</sup> - Sistema de Gerenciamento de Materiais e Serviços  
STF - Supremo Tribunal Federal  
SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde  
SUS - Sistema Único de Saúde  
TCESC - Tribunal de contas do Estado de Santa Catarina  
TEP - Teoria da Escolha Pública  
TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina  
UBS - Unidades Básicas de Saúde  
UPA - Unidade de Pronto Atendimento  
USP - Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>18</b>
<b>1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) À JUDICIALIZAÇÃO PREDATÓRIA .....</b>	<b>27</b>
1.1 A Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), o nascimento da CRFB/88 e a concepção de políticas públicas .....	27
1.2 A gestação e o nascimento do Sistema Único de Saúde (SUS): o debate entre o movimento sanitário e o setor privado na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988).....	35
1.3 As políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica: o foco no cuidado 46	
1.4 A judicialização individual predatória de interesses coletivos: entre a microjustiça e a macrojustiça.....	54
1.5 Abordagem jurídica dos principais fundamentos a favor do amplo controle judicial das políticas públicas de saúde .....	63
1.5.1 A legitimidade contramajoritária para cumprir as promessas constitucionais .....	64
1.5.2 A busca pela máxima efetividade das normas e a influência do neoconstitucionalismo	67
1.5.3 A discricionariedade judicial como pretexto para a construção argumentativa .....	71
1.5.4 O mínimo existencial como condição básica da existência humana .....	74
1.6 Abordagem jurídica dos principais fundamentos contra o controle judicial ou que impõem limites ao Poder Judiciário .....	75
1.6.1 A ilegitimidade contramajoritária do Poder Judiciário em face da separação dos Poderes 75	
1.6.2 O ativismo judicial como postura proativa de juízes.....	78
1.6.3 A interferência dos Tribunais sobre os outros Poderes: a judicialização da política .....	82
1.6.4 Concretizar direitos é oneroso: os custos dos direitos.....	87
1.6.5 A reserva do possível e seus limites fáticos e jurídicos.....	89
<b>2 DIREITO, CIÊNCIA ECONÔMICA E TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>94</b>
2.1 Análise Econômica do Direito (AED) e sua metodologia: uma teoria do comportamento para a tomada de decisão .....	94
2.1.1 Os indivíduos possuem preferências e fazem escolhas diante de recursos escassos: preferência, escassez e custo de oportunidade.....	97
2.1.2 O comportamento humano como resultado da tomada de decisão: a maximização racional de seus interesses .....	98
2.1.3 A interação entre agentes maximizadores e os preços implícitos: a ideia de equilíbrio e incentivos.....	103
2.1.4 As ações produzem efeitos benéficos ou prejudiciais: consequencialismo e externalidades 105	
2.1.5 A assimetria de informações como empecilho à negociação eficiente .....	107
2.1.6 Os custos de transação na alocação eficiente de recursos .....	109
2.2 O papel da eficiência na Análise Econômica do Direito (AED) .....	111
2.3 Análise econômica da litigância: como agem partes, advogados e juízes.....	119
2.4 O Poder Judiciário como bem comum e o seu esgotamento .....	130
2.5 Política sem romance: a essência da Teoria da Escolha Pública (TEP) .....	134
2.6 Teoria da Escolha Pública (TEP), Análise Econômica do Direito (AED) e Ciência Política: a fluidez de suas fronteiras .....	140
2.7 Principais aspectos da metodologia da Teoria da Escolha Pública (TEP) .....	143



2.8 Ação coletiva (escolhas públicas) versus ação individual (escolhas privadas): “pessoas são pessoas” .....	147
2.9 Rent seeking e grupos de interesse: a busca de privilégios especiais.....	152
2.10 Consentimento unânime .....	158
2.11 Paradoxos da votação, logrolling e burocracia.....	163
<b>3 A (IN)EFICIÊNCIA DA ARTICULAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE SAÚDE E O SISTEMA DE JUSTIÇA SOBRE O ACESSO JUDICIAL A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS EM SANTA CATARINA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA (TEP) .....</b>	<b>167</b>
3.1 Notas sobre a coleta e o tratamento dos dados obtidos da primeira instância do Poder Judiciário Estadual e das auditorias do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina .....	167
3.2 O direito à saúde na CRFB/88 e a Teoria da Escolha Pública (TEP): lobbies, corporativismos e grupos de interesse .....	171
3.3 A Teoria da Escolha Pública (TEP) e as falhas de Governo em Santa Catarina: pessoas são pessoas? .....	174
3.4 Burocracia, custos de transação e externalidades na prestação de itens de saúde judiciais 184	
3.5 A tomada de decisão coletiva e a articulação entre as Instituições Estatais por meio do COMESC e do NAT-JUS/SC.....	192
3.6 Análise econômico-jurídica do comportamento dos juízes perante a judicialização da saúde no Estado .....	201
3.7 Análise econômico-jurídica do comportamento dos litigantes da saúde no Estado e suas consequências .....	207
3.8 A complexidade da judicialização predatória da saúde pública no Estado Catarinense ..	223
3.9 Se a judicialização da saúde é complexa e a articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça é ineficiente, o que fazer? .....	233
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>243</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>247</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva a análise econômico-jurídica da judicialização predatória das políticas públicas de assistência farmacêutica no Estado de Santa Catarina sob a perspectiva da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*), como forma de ampliar a compreensão desse difuso, multifacetado e complexo fenômeno a partir de pressupostos interdisciplinares.

Em razão de o tema da pesquisa envolver judicialização da saúde e Análise Econômica do Direito (AED), o foco do trabalho é reconstruir as principais questões jurídicas e econômicas afetas à judicialização da saúde, em especial no Estado de Santa Catarina, e verificar como a Teoria da Escolha Pública (TEP) se insere nesse contexto. Busca-se lançar luzes sobre a importância de entender os comportamentos dos atores envolvidos, especialmente aqueles participantes do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, que ao longo do tempo contribuíram de alguma forma para o atual estágio da judicialização da saúde estadual.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) promoveu o redesenho institucional que possibilitou maior abrangência de atuação dos atores estatais, inclusive propiciando o espaço para fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. O crescente protagonismo do Poder Judiciário em decidir sobre questões nitidamente políticas não é constatação exclusiva do Brasil. Entretanto, em terras brasileiras a judicialização guarda particularidades, especialmente relacionadas ao empoderamento dado ao Judiciário pela CRFB/88, à complexidade das relações contemporâneas identificadas por filósofos como pós-modernidade, à crise de representação política e às omissões do Legislativo e do Executivo em temas que afetam diretamente o cotidiano da população. A judicialização da política parece ser a questão mais sensível e reveladora da crise de representatividade, com o deslocamento de decisões dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, notadamente quando está em jogo a efetividade de direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, nos últimos anos, ainda que no exercício de sua atividade de controle de constitucionalidade, passou a ser um participante ativo na formulação e execução de políticas públicas no espaço democrático, obrigando o Ente Federado a concretizar os preceitos constitucionais no que se refere ao direito à saúde em sua dimensão individual. Tal atuação, muitas vezes, tem caracterizado típico ativismo judicial que desconsidera os custos dos direitos e a escassez dos recursos orçamentários, transformando juízes em ilegítimos ordenadores de despesas. Quando o juiz decide conceder medicamento ou tratamento nessas circunstâncias, isto é, quando sua decisão determina ao Poder Executivo que realoque parte dos recursos destinados aos serviços coletivos para o indivíduo demandante, sua ação racional lida com recursos escassos (financeiros, humanos, tempo), redistribui renda ou riqueza, gera

incentivos para novas demandas individuais, promove externalidades negativas e custos de oportunidade ao excluir outros legítimos destinatários das políticas públicas de saúde. Não raro, o juiz toma decisão em meio a assimetrias de informações, custos de transação elevados e poderes de barganha entre demandante e demandado.

A situação é tão dramática que, diante do crescimento descontrolado da judicialização e do impacto negativo nos orçamentos dos Entes públicos e privados, tem havido esforços multidisciplinares em diversas Instituições Estatais no sentido de encontrar mecanismos que promovam a sustentabilidade jurídica, econômica e social do Sistema Único de Saúde (SUS), conjuntura que revela a atualidade e a relevância do tema da pesquisa.

Apesar dos esforços empreendidos no sentido de subsidiar o juiz com elementos suficientes para a decisão mais adequada ao caso concreto em sede de direito à saúde, o que se tem percebido nas pesquisas sobre a judicialização em nível nacional é o debate que gira essencialmente em torno do confronto entre a necessidade de cumprimento desse direito fundamental, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do Ente Federado, de outro, sobressaindo a velha discussão entre a satisfação do mínimo existencial e a reserva do possível, com entendimentos variados sobre o núcleo conceitual, o conteúdo jurídico e o alcance desses institutos. Nesse contexto, também sobressaem discussões acerca da separação dos Poderes, interferência na discricionariedade administrativa, legitimidade para decidir questões políticas ou conflitos distributivos, dignidade da pessoa humana, má gestão dos recursos públicos e subfinanciamento do SUS.

Apesar de até o presente momento não haver solução para o problema da expressiva judicialização da saúde no Brasil, de forma geral, e no Estado Catarinense, em particular, sustenta-se que a análise do fenômeno deve ultrapassar as discussões de interpretação e envolver também o exame de como se comportam e interagem as Instituições que participam do processo da execução das políticas públicas de saúde diante da intensidade desses litígios. A ação coordenada dos atores institucionais é fundamental para a eficiência e a efetividade da proteção do direito à saúde e à sustentabilidade do SUS. Desse modo, merece mais atenção o olhar sobre a forma como se articulam institucionalmente as políticas públicas de saúde, já que também não existe análise de eficiência, assimetrias de informações, estrutura de incentivos, grupos de interesse e de custos de transação da atuação dos atores envolvidos na execução dessas políticas e como essa interação influencia as demandas judiciais e o impacto desalocativo de escassos recursos do orçamento.

Tal abordagem não tem merecido a devida atenção por parte de constitucionalistas e administrativistas. Nesse ponto é que se justifica a presente pesquisa, que busca dar outro

enfoque sobre a judicialização da saúde, partindo da análise da eficiência da articulação das Instituições envolvidas no processo que culmina com as demandas judiciais, tendo como substrato teórico a Teoria da Escolha Pública (TEP). Essa corrente de pensamento tem entre seus propósitos analisar o funcionamento dos Governos, o comportamento de agentes políticos, eleitores, partidos políticos, servidores, juízes e burocratas, bem como as políticas públicas como resultado da interação entre diferentes Instituições e grupos de interesse, aplicando os métodos analíticos de abordagem econômica. Trata-se da Teoria da falha governamental, comparável à Teoria da falha do mercado, que emergiu do pensamento da Economia do Bem-estar das décadas de 1930 e 1940 e que tenta oferecer a compreensão das interações institucionais complexas que ocorrem no âmbito do setor público.

A escolha do marco teórico da presente pesquisa se justifica na medida em que as questões centrais do debate da judicialização são norteadas pela confluência interdisciplinar entre Direito, Ciência Econômica e Ciência Política. A pesquisa se situa nos marcos do reconhecimento de que as pessoas agem, em regra, com amparo em suas convicções pessoais ou interesses próprios, sem que seja afastada a possibilidade de atuação em prol do interesse público em determinadas situações.

A problemática da judicialização das políticas públicas de saúde existe há várias décadas, embora tendo se acentuado nas duas últimas, ocorre em todo o País, em nível federal, estadual e municipal, e envolve ações judiciais com diversos tipos de pedidos, como, por exemplo, medicamentos, internações, tratamentos, cirurgias, próteses, alimentos e vacinas, o que demonstra o vasto número de informações e normas correlatas. Diante disso, a pesquisa exige recorte material, espacial e temporal.

No plano material, optou-se por pesquisar o fenômeno no âmbito da assistência farmacêutica, particularmente o fornecimento de medicamentos e tratamentos, tendo em vista que constitui a maioria das demandas judiciais e as mais relevantes no tocante ao direito à saúde, aliado ao fato de haver política pública específica e regulação bem definida nessa área. No recorte espacial, optou-se pelo Estado de Santa Catarina, por ser unidade territorial não muito extensa, ainda que com intensa demanda judicial, bem como pela existência de poucos estudos realizados no âmbito territorial que se propõe. Já no recorte temporal, escolheu-se o marco político-jurídico da CRFB/88, tendo como data de início o ano de 2010, já que em 2009 foi realizada a Audiência Pública n. 4 no Supremo Tribunal Federal reconhecendo a gravidade do problema da judicialização da saúde no Brasil, e como data final o ano de 2018.

O específico problema a ser investigado nesse trabalho foi assim definido: Em que medida a judicialização predatória do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado

de Santa Catarina é causada pela articulação ineficiente entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça, sob a perspectiva da Teoria da Escolha Pública (TEP)?

Emprega-se neste trabalho a expressão “judicialização predatória” nas situações em que o Poder Judiciário determina ao Poder Público a concessão de medicamentos e tratamentos sem avaliação clínica (como os experimentais), sem registro na ANVISA, sem avaliação da CONITEC ou sem incorporação pelas políticas do SUS (não constantes das listas oficiais), não amparados na medicina baseada em evidências, que desrespeitam a divisão de competências entre os Entes Federados (União, Estado e Município), bem como aqueles obtidos por meio de fraudes e favorecimento da indústria farmacêutica. Desse modo, busca-se realçar a distinção da legítima judicialização, considerada aquela em que os medicamentos e tratamentos pleiteados estão incorporados ao SUS e constam das políticas públicas de saúde, porém, não são oferecidos total ou parcialmente aos beneficiários.

As Instituições Estatais envolvidas no fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde no Estado Catarinense pertencem, essencialmente, ao Executivo e ao Judiciário. No entanto, entre o gestor e o juiz existem atores com capacidade de influenciar direta e indiretamente a litigância e, por consequência, o impacto desalocativo dos escassos recursos do orçamento. Não obstante advogados, defensores públicos, promotores, pacientes e indústria farmacêutica sejam também agentes indutores desse processo, geralmente ocupando um dos polos do litígio, o interesse da pesquisa se circunscreve à análise da articulação entre os Sistemas de Saúde e de Justiça a partir do exame da eficiência da atuação de seus atores, inclusive dos grupos interdisciplinares de trabalho, como o Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução de Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC) e o Núcleo de Apoio Técnico (NAT-JUS), que permeiam as relações entre gestor e juiz.

Parte-se da hipótese de que, à luz da TEP, a articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça no Estado não só é ineficiente, como também contribui em grande medida para a judicialização predatória das políticas públicas de saúde relacionadas ao acesso a medicamentos e tratamentos, por conta do comportamento dos atores envolvidos. Tal hipótese sustenta a tese de que essa ineficiência decorre dos interesses adjacentes de cada ator nesse processo, dos custos de transação elevados, dos incentivos fornecidos, das assimetrias de informações e dos grupos de interesse. Isso porque, para além dos gestores, juízes, servidores e advogados, os comitês, os núcleos de apoio técnico e as comissões interdisciplinares são compostos por profissionais de diversas formações e vínculos institucionais e que, portanto, também tomam decisões levando em conta interesses particulares, sejam mais voltados ao

Executivo ou mais voltados ao Judiciário, os quais podem conflitar com o interesse público final e contribuir para a judicialização.

No que respeita à metodologia, impende destacar os métodos de abordagem e de procedimento e a técnica de pesquisa. O método de abordagem será o raciocínio dedutivo. Excepcionalmente e de modo complementar, poderá sobressair o método indutivo, tendo em vista que a pesquisa busca utilizar o marco teórico da TEP e a compreensão dialética interdisciplinar no exame do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, a fim de responder ao problema formulado. O método de procedimento será o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, para fins de estabelecimento de conceitos estruturais que serão utilizados durante a construção da tese, aliada à pesquisa documental para cruzamento de dados estatísticos de decisões judiciais e de auditorias, no intuito de compor os elementos mínimos necessários a sustentar a hipótese como resposta ao problema. A pesquisa contempla estudo exploratório, de abordagens quantitativas e qualitativas da atuação dos atores participantes no processo de judicialização da saúde no Estado Catarinense, a partir de informações e documentos solicitados junto às Instituições Públicas.

Anota-se que é de inteira e exclusiva responsabilidade deste pesquisador a interpretação conferida às informações e aos dados obtidos perante os órgãos públicos. Nesse sentido, eventuais afirmações quanto à atuação das estruturas do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça do Estado de Santa Catarina referem-se tão somente ao período de análise. Destaca-se, ainda, que as citações de excertos doutrinários de trabalhos de autores estrangeiros, sem tradução para o português, foram traduzidas para o vernáculo também sob exclusiva responsabilidade deste subscritor.

De outra parte, vale alertar que esse trabalho não necessariamente conduz a resultados testáveis, na medida em que são analisados fatos em períodos específicos, cujo contexto pode ou não ocorrer em outros momentos. Busca-se abordar a lógica das ações individuais e coletivas dos atores envolvidos na judicialização no Estado Catarinense em um período determinado (2010-2018), ressaltando as escolhas e os incentivos gerados, a fim de evidenciar um quadro que possibilite a sua compreensão a partir dos pressupostos da teoria utilizada. Chama-se a atenção para as falhas de Governo e como estas constituem fonte de custos sociais, que devem ser reduzidos ao máximo para que a prestação de saúde seja efetiva e eficiente e a judicialização minimizada. Uma vez reconhecidas as falhas de Governo, como destacado pela TEP, é possível modificar a estrutura de incentivos no sentido de favorecer a eficiente prestação estatal, aumentando o ganho social líquido.

Tendo em vista os objetivos anteriormente apresentados e o intuito de desenvolver essa reflexão, o estudo será composto por três Capítulos. Parte-se da premissa de que não é possível tratar do tema da judicialização da saúde sem explicitar alguns pressupostos que traduzem o percurso das principais formas de compreensão do Direito atual e que influenciam fortemente a forma de conceber o direito à saúde e as decisões judiciais. Assim, no primeiro Capítulo contextualizam-se as políticas públicas de saúde na Ordem Constitucional e infraconstitucional e delimitam-se os propósitos da criação do SUS. Inicialmente, serão abordados o contexto e a formação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, caracterizada por forte participação política da sociedade civil, que origina a CRFB/88 e dá ao Estado brasileiro o papel de protagonista na concretização de direitos sociais por meio de prestações positivas, veiculadas por políticas públicas, entre os quais o direito à saúde.

Discorre-se, também, acerca do contexto histórico de nascimento do SUS, considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, em torno do qual se tem debatido intensamente os limites do direito fundamental à saúde, já que a partir da CRFB/88 todos os cidadãos brasileiros passaram a ter direito à assistência universal, integral e gratuita. Após, serão examinadas reflexões sobre a complexa e tormentosa temática da judicialização da saúde pública. A abordagem do tema exige percorrer sua acidentada trajetória histórica que inicia na década de 1990, em virtude da epidemia da AIDS, assim como as noções de microjustiça e macrojustiça, que envolvem a tensão entre demandas individuais e prestações coletivas. Além disso, delimitam-se os principais fundamentos jurídicos utilizados a favor e contra o amplo controle judicial de políticas públicas de saúde.

O segundo Capítulo apresenta o marco teórico principal da pesquisa, por meio do qual estabelecem-se os parâmetros metodológicos da AED e da TEP, que servirão para aferir ao final do trabalho a judicialização da saúde no Estado Catarinense, em particular. Dado o vasto campo de informações e correntes teóricas, optou-se por escolher os pontos mais relevantes ao tratamento da questão. Inicia-se com a análise da metodologia da AED, que busca aplicar a teoria econômica, sobretudo a Microeconomia, ao estudo do Direito, no intuito de explicar o comportamento humano nas tomadas de decisões, adicionando à interpretação das normas jurídicas elementos como preferência, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos, eficiência, externalidades, custos de transação, assimetria de informações, consequencialismo, entre outros. O intento prioriza a abordagem econômica sem adentrar em cálculos matemáticos complexos das ferramentas econômicas.

Parte-se da premissa de que o comportamento é fruto de um processo de tomada de decisão racional, ainda que limitado, que maximiza interesses ou utilidades e é influenciado por

incentivos, riscos e incertezas, assim como pelas consequências dos atos. Tais noções se mostram fundamentais para compreender as decisões judiciais e administrativas, especialmente naqueles casos difíceis em que ocorrem conflitos entre princípios ou valores, a exemplo da judicialização da saúde, dando maior qualidade e segurança à tomada de decisão. Na sequência, examina-se o papel da eficiência na AED e suas principais concepções, com destaque para a eficiência produtiva e alocativa, bem como a eficiência de Coase, de Pareto, de Kaldor-Hicks e a maximização de riqueza de Posner.

A partir desses pressupostos, analisa-se como se comportam os atores no processo judicial, especialmente as partes, os advogados e os juízes, campo de estudo da análise econômica da litigância, importante para distinguir demandas socialmente desejáveis e indesejáveis. O caso das demandas predatórias das políticas públicas de saúde é exemplo de ações socialmente indesejáveis, pois beneficiam apenas os proponentes individuais e tendem a desorganizar as prioridades governamentais para a coletividade. Nesse cenário ganha importância a noção de Poder Judiciário como bem comum e a possibilidade de seu esgotamento pela superexploração, representada por excessivas demandas, conforme a conhecida história da Tragédia dos Comuns.

Sob o marco teórico da AED, prioriza-se a Escola de pensamento econômico-jurídico da TEP, Ciência localizada na interface entre Economia e Política, que procura compreender e prever o comportamento dos mercados políticos, ou seja, o comportamento de governos, agentes políticos, eleitores, partidos políticos, servidores, burocratas, juízes, entre outros. A Escola em questão leva em conta que o Governo apresenta falhas, da mesma forma que o mercado, já que o autointeresse que motiva as escolhas individuais na esfera privada igualmente motiva as escolhas coletivas na esfera pública. Nesse ponto, será enfatizado que a TEP não se confunde com a ideia de mais mercado, menos Estado ou com o neoliberalismo, ideologia que apoia o desenvolvimento do mercado e a redução da intervenção do Estado na economia, pois apenas procura evidenciar que, assim como existem as falhas de mercado, também existem falhas de Governo.

Após examinar os aspectos relevantes da metodologia em questão, abordam-se as falhas de Governo, a busca de privilégios especiais (*rent seeking*), a troca de votos (*logrolling*), os grupos de interesse, a burocracia e o consentimento unânime na ação coletiva. Demonstra-se que o conhecimento desses elementos pode ajudar os formuladores e executores de políticas públicas a identificar os potenciais gargalos ou obstáculos na Administração Pública, permitindo avaliar e estabelecer alternativas de estruturas institucionais.



No terceiro Capítulo avança-se sobre a compreensão do comportamento dos atores na judicialização por meio das ferramentas da Teoria Econômica e, assim, empreendem-se esforços para verificar a (in)eficiência das relações institucionais entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça no contexto da judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos em Santa Catarina. Para tanto, as análises teóricas empreendidas no primeiro e no segundo Capítulos serão confrontadas com os dados obtidos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCESC). Após breves anotações acerca da coleta e do tratamento dos dados obtidos, abordar-se-á o direito à saúde no contexto da ANC de 1987-1988, considerando os *lobbies*, os corporativismos e os grupos de interesses presentes. Na sequência, analisam-se as falhas de Governo no Estado, a análise econômica da litigância na saúde estadual, as tomadas de decisões coletivas no COMESC e no NAT-JUS/SC, as falhas do Sistema de Justiça pelo comportamento de seus atores e o desafio de construir a articulação eficiente.

A tese político-jurídico-econômica se sustenta em três conclusões. A primeira conclusão que exsurge das pesquisas realizadas é de que não existem dados fidedignos e completos produzidos pelas Instituições Públicas do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça de forma transparente, a fim de subsidiar análises, diagnósticos, soluções e projeções acerca dos problemas que envolvem a complexidade da judicialização da saúde no Estado Catarinense. A ausência de dados completos, atualizados e fidedignos causa assimetria de informações e externalidades negativas, prejudica as tomadas de decisões individuais e coletivas e a própria articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça.

A segunda conclusão se revela na importância da utilização de preceitos derivados das Ciências Econômicas no Direito, devendo ser levado a sério o fato de que os direitos têm custos, os recursos são escassos, as ações geram consequências, as normas e as decisões judiciais produzem externalidades, os Governos falham, a má gestão das políticas públicas de saúde provoca distorções no sistema e o êxito na judicialização predatória incentiva novas demandas. Essa visão pragmática, mais interessada nas consequências das ações do que na interpretação semântica das normas não afasta a hermenêutica tradicional do Direito, e sim auxilia os juízes e os gestores nas tomadas de decisões em busca de maior eficácia e eficiência e menor produção de externalidades negativas, especialmente no campo da judicialização da saúde pública. Nesse sentido, os pressupostos teóricos da TEP podem ser importantes para avaliar o processo de tomada de decisão dos agentes e suas consequências, modificar arcabouços normativos e, assim, enriquecer o Direito.

A terceira conclusão evidencia que é possível promover melhorias nas Instituições Estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça envolvidas com a judicialização predatória do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado de Santa Catarina, fornecendo-se incentivos aos seus atores para que se comportem de maneira socialmente desejada, tomem decisões eficientes, efetivas e voltadas à maximização de interesses sociais.

Como proposta para o enfrentamento desse fenômeno dramático sugere-se, para além da necessária construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as Instituições Estatais envolvidas (articulação interinstitucional) e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, a criação de incentivos para o material humano envolvido na judicialização, porque ao fim e ao cabo são as pessoas que individual e coletivamente tomam decisões. Em sua aparente simplicidade, significa desenhar uma estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde.

## **1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA CRIAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) À JUDICIALIZAÇÃO PREDATÓRIA**

Não é possível tratar do tema da judicialização da saúde sem explicitar alguns pressupostos que traduzem o percurso das principais formas de compreensão do Direito na atualidade e influenciam fortemente a forma de conceber o direito à saúde e as decisões judiciais. Nesse contexto, o processo de constitucionalização dos direitos e a abertura interpretativa iniciada com o Poder Constituinte de 1987-1988 correspondem ao ponto de partida que permitirá visualizar o sistema jurídico de saúde em seu contexto.

O objetivo do presente Capítulo é contextualizar as políticas públicas de saúde na Ordem Constitucional e infraconstitucional e delimitar os propósitos da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Inicialmente, analisam-se o contexto e a formação da ANC de 1987-1988, caracterizada por forte participação política da sociedade civil, que origina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e dá ao Estado brasileiro o papel de protagonista na concretização de direitos sociais, entre os quais o direito à saúde. Discorre-se acerca do contexto histórico de nascimento do SUS, em torno do qual se tem debatido intensamente os limites do direito fundamental em questão.

Após examinadas as políticas nacionais de assistência farmacêutica, explora-se o direito à saúde no âmbito das políticas públicas e o cipoal normativo que lhe dá sustentação, assim como enfrenta-se a complexa e tormentosa temática da judicialização da saúde pública no Brasil. A abordagem do tema exige percorrer sua acidentada trajetória histórica que inicia na década de 1990 em virtude da epidemia da AIDS, assim como as noções de microjustiça e macrojustiça que envolvem a tensão entre demandas individuais e prestações coletivas. Além disso, delimitam-se os principais fundamentos jurídicos a favor e contra o amplo controle judicial de políticas públicas de saúde.

### **1.1 A Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), o nascimento da CRFB/88 e a concepção de políticas públicas**

Para a compreensão das circunstâncias que cercaram a Constituinte ao inaugurar o processo de redemocratização, torna-se pertinente, ainda que de forma simples, tecer algumas linhas preliminares sobre a ideia de democracia. Barroso (2018, p. 158) identifica a democracia contemporânea a partir de três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A democracia representativa possui como característica essencial o voto popular e como protagonistas os parlamentares e o presidente, eleitos por sufrágio universal. Por sua vez, a

democracia constitucional tem como elemento nuclear o respeito aos direitos fundamentais, sendo o protagonista institucional dessa dimensão a Suprema Corte. Já a democracia deliberativa tem como componente principal a discussão de ideias, a troca de argumentos, o oferecimento de razões, de modo que o protagonista desse modelo é a sociedade civil. Cabe, assim, na linha do que propõe Barroso, afirmar que a democracia é feita de votos, direitos e razões, correlacionando tais elementos às referidas dimensões. Nesse sentido, o exercício do voto não mais resume a democracia, tampouco é sua fonte exclusiva.

Ao estruturar os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito a partir dos princípios consagrados em seus arts. 1º ao 4º, a CRFB/88 passou a ser considerada o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, por demarcar a ruptura com o regime de 1964, situando-se, na visão de Piovesan (2004, p. 10), como “o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil”, na medida em que restaram institucionalizados os direitos humanos, na forma de direitos fundamentais, sociais e econômicos, a serem prestados e garantidos pelo Estado por meio de políticas públicas.

Mas o caminho percorrido até a promulgação da CRFB/88 não foi nada fácil. De fato, “[a]s *constituições* nascem sempre de algum movimento de rebeldia do povo contra sistemas que sufocam valores supremos de convivência humana, essenciais à organização social”, como adverte Silva (2018a, p. 3). Ao longo do regime militar, surgiram diversas demandas por parte de setores políticos e sociais, em busca de nova ordem, duramente reprimidas até o processo de transição democrática instalado com a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988. A movimentação de setores sociais organizados e poderosos<sup>1</sup> e, especialmente, de facções ideologicamente interessadas na manutenção de seu *status quo*, culminou com o processo constituinte num ambiente de redemocratização e a elaboração de um documento político-jurídico inovador, a CRFB/88, que então marcava a passagem do autoritarismo para a democracia no Brasil, verdadeiro “contrato social da redemocratização”.

O fato de ter havido muitas facções influenciou o processo Constituinte, de maneira que a dinâmica dos trabalhos foi resultado dos interesses dos grupos mais organizados, e não necessariamente fruto de um grande acordo do povo. Na visão de Carvalho (2017, p. 22-23), a primeira fase da Assembleia Constituinte se deu como festa cívica, na qual comissões temáticas ouviam muitas pessoas em audiências públicas, “de ministros a índios (muitos índios); de

---

<sup>1</sup> Sobre o papel de setores sociais organizados e poderosos, Holmes (2014, p. 600-607) propõe que o Direito Constitucional reflete as assimetrias de poder, de modo que as Constituições emergem e sobrevivem porque servem aos interesses perseguidos pelas forças sociais mais bem organizadas e mais poderosas.

governadores a representantes de minorias organizadas (dezenas deles); de sindicalistas a intelectuais da academia”. A Constituinte “encheu-se de povo”, cujos diversos segmentos pleiteavam a inclusão de suas reivindicações por meio de emendas populares, das quais algumas delas restaram absorvidas pela Constituição. Havia diversidade de movimentos e de reivindicações que se digladiavam no embate entre progressistas e conservadores, representantes de trabalhadores e de empresários, o que resultou na elaboração de Constituição mais progressista, dada a expansão dos direitos sociais e das políticas públicas.

Durante o processo Constituinte, que envolveu 559 congressistas membros da Câmara dos Deputados e do Senado, não houve homogeneidade constante de nenhuma força de poder. Em meio ao movimento de transição política, os trabalhos não possuíam anteprojeto inicial, de modo que estavam presentes conflitos de interesses e muitas articulações políticas (MENDES; MUDROVITSCH, 2017, p. 12). Também não houve prévia discussão política e jurídica como base para as deliberações da Assembleia Constituinte (STARCK, 2017, p. 197). Desse modo, “sem o projeto preliminar, a Constituinte se tornou um jogo de futebol sem bola”, como descrito por Carvalho (2017, p. 172-173) ao expor as palavras de Antônio Britto sobre aquele momento político.

A Constituinte foi rica na participação política da sociedade civil organizada, com representações de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), União Nacional dos Estudantes (UNE), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Brasileira de Imprensa (ABI), entre outras associações civis (TOFFOLI, 2018, p. 232). A participação intensa da sociedade brasileira na elaboração da Constituição, como evidenciado no discurso de Ulysses Guimarães<sup>2</sup>, provocou amplas discussões sobre temas dos mais variados, como político, social, econômico, cultural e, portanto, exteriorizando os interesses em jogo. É digno de nota também o registro de Carvalho (2017, p. 127) acerca da opinião de Fernando Henrique Cardoso, no sentido de que a CRFB/88 foi elaborada por constituintes que sofriam forte influência de grupos de interesse, de maneira que havia *lobby* em todas as deliberações. Há que se observar que as expressivas prerrogativas de autonomia assentadas na CRFB/88 no que respeita ao Ministério Público, à Defensoria

---

<sup>2</sup> Em uma das passagens de seu discurso na Assembleia Constituinte, na sessão de 5 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães afirmou: “A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar”. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

Pública, à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Poder Judiciário, por exemplo, não foram consagradas de graça, mas ao custo de concessões corporativistas.

Outro ponto de reforço a essa situação vivenciada é o de que durante os dois anos de sessões da Constituinte diversos enfrentamentos entre constituintes progressistas e conservadores giraram em torno de propostas oriundas da participação popular. Na Constituinte, a maioria era conservadora. Embora tivesse número de votos suficientes para fazer proposições, isso não bastava para aprová-las, o que obrigava os conservadores a negociar as proposições. Tanto que no meio do processo surgiu o chamado Centrão, bloco parlamentar criado para tentar impor as decisões defendidas pelos conservadores e pelo governo, ainda que não tivesse conseguido impedir a aprovação de inovações propostas pelas organizações populares, por meio das emendas populares (FERREIRA, 2018, p. 110).

A CRFB/88, portanto, foi o resultado do embate entre as forças políticas e sociais existentes naquele momento de transição do regime militar para a democracia em construção, incluindo muitos *lobbies*, corporativismos e grupos de interesse, que hoje repercutem, de forma institucionalizada, no Congresso Nacional. Como exemplo de atendimento de interesses por influência de corporações podem ser citadas as prerrogativas de autonomia financeira e administrativa para determinadas instituições estatais, a estabilidade adquirida por servidores investidos em cargo público efetivo, o regime remuneratório por subsídios, as prerrogativas atribuídas ao Poder Judiciário, entre outros.

Pelo desejo de articular o desenho de um Estado Social e Democrático, pela proximidade dos seus dispositivos com os anseios populares e pela ampla participação nos trabalhos Constituintes, foi denominada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”<sup>3</sup>, por depositar o foco na afirmação dos direitos sociais e das garantias fundamentais. Esse programa ambicioso e divisor de águas que foi a CRFB/88 demonstra que até então as Constituições Brasileiras não eram vistas como autênticas normas jurídicas<sup>4</sup>, já que representavam pouco mais do que uma “folha de papel”, como diria Lassale.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> A expressão “Constituição Cidadã” foi proferida e consagrada por Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte, em seu discurso na sessão de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

<sup>4</sup> As Constituições conviviam com situações paradoxais. A de 1824 falava em igualdade, mas convivia com a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas as eleições eram suspeitas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo quando o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas convivia com prisões ilegais, desaparecimento forçado de pessoas e torturas (SARMENTO, 2010a, p. 245).

<sup>5</sup> Lassale sustentava que as normas constitucionais eram construídas pelo que denominou de “fatores reais de poder”, que compreendiam, à época, os corpos sociais influentes (monarquia, aristocracia, burguesia, classe

A CRFB/88 promoveu mudanças estruturais no sistema político, na ordem econômica e social, bem como atribuiu poderes importantes ao Judiciário, assegurando-lhe independência e autonomia administrativa e financeira, além das amplas garantias funcionais aos juízes. Também fortaleceu as Funções Essenciais à Justiça, dando poderes extraordinários ao Ministério Público, bem como criando a Advocacia-Geral da União e as Defensorias Públicas, além de conferir *status* constitucional à advocacia privada. Além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos, econômicos e sociais a serem assegurados pelo Poder Judiciário, também houve ampliação dos meios de acesso à Justiça.

A inserção do sistema de direitos e garantias fundamentais, situado no início da CRFB/88, inclusive antes das disposições sobre a organização do Estado e dos Poderes, revela a consagração normativa do primado do ser humano sobre o Estado. Mas há que se reconhecer que a Constituição se ocupou de assuntos muito mais afetos à legislação ordinária (RAMOS, 2018, p. 315). Apesar de extensa e prolixa em diversos assuntos, decorrência da quantidade de comissões e subcomissões temáticas durante o processo Constituinte, aliado ao *lobby* de grupos de interesses, a CRFB/88 foi promulgada e, ainda hoje, muitos direitos sociais não foram concretizados na prática, assim como não houve redução da desigualdade social prometida. Por outro lado, isso não significa que a CRFB/88 tenha esgotado o seu potencial transformador da realidade social, com liberdade, igualdade e democracia. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que o legislador Constituinte consagrou instituições ou órgãos estatais com atribuição de defesa das liberdades públicas e da concretização de direitos.

A CRFB/88 representa o documento político e jurídico da nação. Político, por ser decorrência da expressão do poder político na figura do Poder Constituinte e, jurídico, porquanto constitui o conjunto de normas fundamentais do Estado (SILVA, 2018a, p. 3). Ao moldar o Brasil como Estado Social e Democrático de Direito, a CRFB/88 demarca entre os seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e entre os seus objetivos o de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos (arts. 1º, IV, e 3º, III e IV). Estabelece que a Ordem Econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*), assim como no extenso rol de direitos e deveres individuais e coletivos elenca destacadamente os direitos sociais (arts. 6º e 7º, *c/c* os arts. 193 a 232).

Há relativo consenso de que esse “desenho” constitucional inaugurou nova fase do Constitucionalismo Nacional, dando ao Estado brasileiro o papel de promotor da transformação

---

operária, banqueiros). Sem a participação desses agentes, enquanto fatores reais de poder, a Constituição não teria valor, pois seria apenas uma “folha de papel” (LASSALE, 1985).

social e de protagonista na realização de direitos sociais por meio de prestações positivas<sup>6</sup>, veiculadas por políticas públicas que assegurem direitos fundamentais individuais e sociais. Vale dizer que o Estado se tornou responsável pelo planejamento e pela execução de políticas públicas, concebidas como instrumentos para a concretização de direitos sociais previstos na CRFB/88, a exemplo do direito à saúde. De forma sumária e simplificadora, como sinaliza Vieira (2020, p. 11), o direito à saúde deve se efetivar mediante a implementação de políticas públicas não apenas de saúde, mas também sociais e econômicas, no intuito de reduzir o risco de adoecimento da população. Importam ações governamentais que criem condições de acesso à boa alimentação, a habitações adequadas, a saneamento básico, à educação, a boas condições no local de trabalho, à renda suficiente para viver, entre outros bens e serviços essenciais. Logo, a saúde é determinada por diversos fatores, de maneira que somente a oferta de ações e serviços nessa área não é suficiente para atingir o maior nível possível de bem-estar físico, mental e social.<sup>7</sup>

A ideia de políticas públicas ganha afirmação na década de 1950, no contexto da visão do Estado ativo, interventor na economia e na vida social dos países capitalistas centrais e, por isso, encontra-se intimamente ligada ao *Welfare State* (SCHMIDT, 2019, p. 121) ou Estado de Bem-estar Social, que tem entre suas características a adoção de políticas universalizantes, como previdência social, saúde e educação. Após três décadas de vigência da CRFB/88, o tema das políticas públicas se tornou central no debate jurídico. Certo é que a decantada denominação de política pública constitui expressão polissêmica. No campo da Ciência Política, há diversas definições de política pública que remetem a iniciativas do Poder Público para atender demandas sociais como resposta a problemas políticos. Apesar de não haver consenso na literatura sobre o conceito de políticas públicas, em estudo sobre o tema Schmidt (2019, p. 127) aborda diversas definições e propõe o conceito de política pública como “conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”.

---

<sup>6</sup> A Teoria Constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações. Enquanto aqueles, típicos do Estado Liberal, exigem uma abstenção ou não intervenção do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos, estes, próprios do Estado de Bem-estar Social, exigem ações ou prestações materiais por parte do Estado. Como descreve Alexy, “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”, conceito oposto ao de “direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal” (ALEXY, 2011, p. 442).

<sup>7</sup> Considerando que as desigualdades se revelam em aspectos como renda, nível de escolaridade, condições de habitação, de trabalho e acesso a saneamento básico, com consequências sobre o acesso a serviços de saúde, a autora destaca que as elevadas e persistentes desigualdades em saúde no Brasil “são iniquidades em saúde e precisam ser eliminadas porque são desnecessárias, evitáveis, injustas e indesejáveis, tendo em vista suas causas, que são diferenças quanto a recursos, poderes e contextos valiosos que os indivíduos detêm de forma assimétrica.” (VIEIRA, 2020, p. 24).



O autor justifica que essa definição sintetiza aspectos centrais, como: i) ações isoladas, mesmo que importantes, não configuram uma política, que é sempre um conjunto de ações e decisões; ii) um conjunto de decisões e ações somente compõe uma política quando decorrem da intenção de resolver um problema político; na execução prática a coerência entre as ações pode ser frágil ou mesmo inexistir, mas é preciso que exista uma intencionalidade prévia a congregá-las; iii) as ações podem ser executadas diretamente pelo Poder Público ou delegadas a organizações sociais ou privadas; iv) ações de interesse público executadas pela sociedade civil somente constituem uma política pública se integrarem um rol de ações coordenadas pelo Estado; não é necessário que o Estado execute as ações, mas em uma democracia cabe-lhe a função de coordenar e legitimar o processo político.

A compreensão das políticas públicas, em sua essência, exige abordagem interdisciplinar, especialmente entre a Ciência Política, o Direito e a Ciência Econômica, dado que apresenta aspectos políticos e implicações jurídicas e econômicas. No esforço de traçar a definição jurídica acerca do termo, Bucci (2006, p. 39) concebe a política pública como um programa de ação governamental destinado à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Sob outra perspectiva, Freitas (2013, p. 12) propõe reconceituar as políticas públicas como autênticos programas de Estado, ou seja, mais do que de Governo, que buscam por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais atender às prioridades constitucionais cogentes. Com isso, visam a assegurar a efetividade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras. Trata-se, assim, de visão mais abrangente de concepção das políticas públicas, para além de meros programas governamentais, dada a sua vinculação à Constituição, o que vai ao encontro das recentes alterações na CRFB/88 (art. 193, parágrafo único, e art. 37, §16), promovidas pela EC n. 108/20 e EC n. 109/21.

De qualquer sorte, os conceitos são suficientes para a abordagem da questão relacionada às ações e aos serviços públicos de saúde, de forma estruturada e coordenada, a que está incumbido o Estado de promover, por força de previsão Constitucional. No entanto, há que se levar em conta, como adverte Valle (2016, p. 36), que as políticas públicas não são construídas a partir de uma simples decisão administrativa, mas de um conjunto de decisões, que se projetam no mundo real “onde incidem não só vetores jurídicos, mas toda a riqueza das questões econômicas, técnicas, sociais; bem como as disputas dos múltiplos interesses presentes na sociedade”. A par disso, cabe registrar que o processo decisório sobre políticas públicas se desenvolve em vários espaços ou subsistemas. Frazão e Silva (2017, p. 103-108), por exemplo, adotam a divisão analítica do sistema de decisões públicas em três subsistemas – representativo, participativo e técnico-especializado.

Em síntese, o subsistema representativo de decisões públicas corresponde ao “espaço de deliberação político-institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo, no qual os representantes democraticamente eleitos debatem e estabelecem as prioridades e estratégias de atuação do poder público para a oferta de serviços e políticas públicas”. Nessa arena essencialmente política ocorrem as discussões acerca das escolhas alocativas que serão materializadas em políticas públicas, sendo a mais importante relacionada ao processo legislativo orçamentário.<sup>8</sup> O subsistema participativo de decisões públicas “compreende as relações estabelecidas entre as instituições oficiais e a sociedade civil no desenho das políticas públicas”. O traço distintivo está na participação efetiva da pluralidade de atores e interesses no debate sobre o tema. Em tal espaço, as discussões funcionam como mecanismo legitimador das escolhas adotadas pelo Poder Público, podendo citar-se como exemplo os Conselhos Nacionais de Saúde, de Assistência Social e de Previdência Social. E o subsistema técnico-especializado toma por base a ideia de que “as decisões públicas devem ser fundamentadas, sempre que possível, em evidências e conhecimentos especializados”. Nessa área, a legitimidade das políticas públicas emerge do conhecimento de pesquisadores, colaboradores e servidores públicos, podendo ser citada, como exemplo, na área da saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Em tal subsistema se desenvolvem análises técnicas sobre a natureza dos problemas enfrentados, a eficácia das alternativas disponíveis e a viabilidade técnica e financeira das soluções propostas (FRAZÃO; SILVA, 2017, p. 103-108).

O importante é que se conceba que o espaço próprio da construção das políticas públicas é a arena política, na qual são discutidas as prioridades sociais, os modelos de ação e os recursos disponíveis (MÂNICA, 2017, p. 25). A percepção da saúde como direito social que deve ser concretizado para todos os cidadãos por meio de políticas públicas é resultado de conquistas e, portanto, só pode ser compreendida a partir da perspectiva histórica e interdisciplinar, inclusive considerando o modelo de Estado, o que remete a períodos anteriores à promulgação da CRFB/88. Além disso, não se pode perder de vista que a estrutura das políticas públicas, marcada pela distribuição de competências, dotações orçamentárias e financiamento, reflete o modelo de federalismo adotado pelo Brasil, com suas virtudes e seus defeitos.

---

<sup>8</sup> Frazão e Silva informam que no orçamento público, enquanto instrumento de planejamento governamental, são definidas: “(i) a distribuição dos recursos públicos entre as diferentes áreas (Saúde, Segurança, Educação, Cultura etc.); (ii) o órgão responsável pela execução desses recursos (ministérios, secretarias etc.); (iii) a modalidade de aplicação desses recursos (diretamente pela unidade detentora do crédito, por meio de transferências entre entes federados, entre outras); (iv) a categoria econômica das despesas (correntes ou de capital), entre outras questões relativas à aplicação dos recursos orçamentários”.

A importância do debate sobre políticas públicas tem ganhado relevância, sobretudo, sob o aspecto da intervenção do Poder Judiciário quando determina a implantação de determinada política pública, modifica dada política prevista pelo Executivo ou, mais especificamente, determina a execução de prestações de caráter individual ou coletivo, como medicamentos, tratamentos, vagas em creches e escolas, entre outros. É nesse cenário que nasce a CRFB/88. O que tem sido tormentoso é manter os seus preceitos democráticos ao mesmo tempo em que evolui a sociedade.

Portanto, apesar das críticas, a CRFB/88 ainda constitui o marco político-jurídico fundamental para o País e que deve ser preservado. Identificados os elementos essenciais do surgimento da CRFB/88, desenvolve-se a seguir como foi o nascimento do SUS nesse contexto histórico.

## **1.2 A gestação e o nascimento do Sistema Único de Saúde (SUS): o debate entre o movimento sanitário e o setor privado na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)**

No início do Século XX, o Brasil possuía economia essencialmente agrária e voltada para a atividade exportadora. Nesse momento, não havia sistema de saúde no País, de maneira que os governantes, em matéria de saúde pública, estavam mais preocupados com o sanitário, ou seja, quase exclusivamente com ações relacionadas à limpeza e à incolumidade dos espaços onde circulavam as mercadorias destinadas à exportação, a fim de evitar e controlar doenças que pudessem prejudicar o comércio exterior (MAPELLI JÚNIOR, 2015, p. 3-5).

A assistência médica era fortemente marcada pelos atendimentos filantrópicos, por meio dos hospitais de caridades mantidos pela Igreja. Os primeiros ensaios de saúde pública iniciam em 1922, com a criação de caixas de assistências médicas e cursos de saúde, formando os primeiros sanitários. Em 1934 foram criados os Institutos de Apoio e Pensões dos Marítimos (IAPES), dando ao cidadão o direito à assistência médica pela primeira vez. Com a criação do Ministério do Trabalho, em 1937, os IAPES foram fortalecidos com programas de prevenção e combate às epidemias. Com o retorno de Getúlio Vargas ao poder, em 1950 foi criado o Ministério da Saúde (MS), dando novo fôlego às ações em saúde pública de forma preventiva. No entanto, as crises econômicas no País influenciaram o sucateamento da saúde pela falta de investimentos, deixando a população carente desassistida (PAIM, 2018b, p. 87-88).

A partir da intensificação do processo de industrialização, o modelo assistencial-privatista passou a ser de responsabilidade do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)<sup>9</sup>, criado em 1966 a partir da fusão dos institutos de aposentadorias e pensões existentes à época, e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)<sup>10</sup>, que o substituiu em 1974.<sup>11</sup> Os serviços da iniciativa privada eram contratados e disponibilizados apenas àqueles que possuíam trabalho formal e contribuíam com impostos (MAPELLI JÚNIOR, 2015, p. 3-5). Essa forma de contribuição estava amparada no art. 158, inciso XV, da Constituição de 1967. Portanto, o modelo assistencial de saúde vigente antes de 1988 não concebia a saúde como direito fundamental do cidadão e disponível a todos, mas como serviço assistencial prestado pelo Estado apenas àqueles que possuíam vínculo empregatício.

Como até meados de 1980 parcela significativa da população não possuía direito à assistência à saúde e dependia da atuação de entidades filantrópicas ou religiosas, surgiram iniciativas para levar os serviços a essa população, como o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), as Ações Integradas de Saúde (AIS) e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) (PIOLA; PAIVA; SÁ; SERVO, 2013, p. 7). Desse modo, verifica-se que pouco antes de 1988 já havia tendência de se universalizar o acesso à saúde e reduzir as desigualdades na cobertura, tendo em vista as distinções na atenção à saúde decorrentes de o indivíduo estar ou não vinculado à previdência urbana, à previdência rural ou ao mercado formal de trabalho.

Os anos 1970 e 1980 foram marcados pelas lutas de movimentos sociais, de agentes públicos e sociedade civil por democracia, direitos humanos, eleições diretas, assim como por novel Constituição da República. Nesse contexto de mobilização social também havia lutas políticas pela reforma sanitária brasileira, impulsionadas por conjunto de atores sociais reunidos em torno do movimento sanitarista descontente com o modelo assistencial da época e que pleiteava novo modelo, que pudesse atender a todos os brasileiros. Isso evidencia que o SUS foi pensado no contexto de projeto mais amplo de transformações sociais. No âmbito do desejo

---

<sup>9</sup> O Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), órgão público previdenciário federal, foi criado em 1966 a partir da fusão dos institutos de aposentadorias e pensões então existentes. Atualmente, a previdência social é administrada pelo Ministério da Previdência Social, cujas políticas são executadas pela Autarquia Federal denominada Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

<sup>10</sup> O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (atualmente, Ministério da Previdência Social), foi criado durante o regime militar em 1974, a partir do desmembramento do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que hoje é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Sua finalidade, à época, era oferecer atendimento médico/dentário aos que contribuíam com a previdência social e seus dependentes.

<sup>11</sup> Em 1993, foi publicada a Lei n. 8.689/93 dispondo sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), cujas funções, competências, atividades e atribuições foram absorvidas pelas instâncias gestoras do SUS (federal, estadual e municipal).

de reformas tributária, agrária, urbana, entre outras, encontrava-se a reforma da saúde. No horizonte dos militantes da Reforma Sanitária estava a superação do regime de exceção, sendo que parte do movimento apostava que, de maneira progressiva, a criação de via por dentro do Estado poderia desembocar em um “socialismo democrático”. Apostava-se em reformas democráticas pela via institucional e no fortalecimento de políticas públicas, como o SUS, que ampliaria o espaço democrático (MATHIAS, 2018b, p. 26).

Não é demais lembrar de que no bojo da ANC de 1987-1988 a saúde era parte da agenda do movimento operário na luta pela superação da ditadura e pela construção de uma sociedade democrática, de modo que o SUS, como política pública de universalização e igualdade de direito à saúde, nasce na contramão das políticas neoliberais dos anos de 1990, da globalização, da financeirização dos orçamentos públicos e do desmantelamento do Estado de Bem-estar Social, já que sua implantação pressupõe um Estado forte e provedor de seguridade social.

A Reforma Sanitária tinha como norte o desejo de mudanças e transformações na área da saúde, em busca de melhores condições de vida para a população. Marco da mobilização do denominado Movimento da Reforma Sanitária foi a realização, em 1986, da 8ª Conferência Nacional de Saúde, que reuniu cerca de cinco mil pessoas, entre profissionais e usuários dos serviços de saúde, representações sindicais e estudantis, militantes de movimentos populares e pesquisadores, para debater o futuro do sistema de saúde. O movimento, que mirava como exemplos os sistemas públicos e universais da Europa, propôs a criação do sistema único de saúde pública com acesso universal e igualitário, obtendo enorme repercussão sobre a ANC de 1987-1988.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde produziu debates intensos e polêmicos, entre os quais - e, talvez, o principal - o da defesa da estatização imediata do sistema de saúde a ser criado. As propostas aprovadas na conferência, encaminhadas à Comissão Nacional da Reforma Sanitária e à Plenária Nacional das Entidades em Saúde e, posteriormente, dirigidas à Assembleia Nacional Constituinte, bem como o texto final ali aprovado, constituem processos dialógicos permeados por negociações com os setores empresariais e politicamente conservadores (LEAL, 2018, p. 16-17), revelando os caminhos assumidos pela reforma, o que ajuda a entender algumas das opções feitas pelo legislador constituinte.

Com a promulgação da CRFB/88 nascia um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo: o SUS. Consequência da mobilização social e da inspiração em sistemas de saúde

européus de concepção universalista<sup>12</sup>, o direito à saúde encartado no art. 196 da CRFB/88 garantiu o acesso universal e gratuito aos serviços de saúde em todas as regiões do País, sob o dever do Estado de promover políticas públicas para atendimento integral da população (art. 198, II, CRFB/88), abrangendo desde ações de prevenção e promoção de saúde básicas até procedimentos de alta complexidade e elevados custos.

A capilaridade do SUS por todos os municípios brasileiros demonstra sua dimensão, nem sempre adequadamente divulgada pelos meios de informação. Geralmente é percebido pela população nos atendimentos prestados em hospitais e postos de saúde. No entanto, cuida-se de sistema de saúde público que vai além do objetivo de recuperação das pessoas doentes, pois também promove a prevenção por meio de políticas públicas nacionais dirigidas a diversas áreas, como prevenção ao suicídio, controle do câncer, saúde mental, saúde da criança, do idoso, do trabalhador e dos povos indígenas, vacinação, programa para portadores de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS/HIV).

Também promove a saúde de adolescentes em regime de internação, das pessoas do sistema prisional, das populações do campo, da pessoa com transtorno do espectro autista, das pessoas com doenças raras e, ainda, educação permanente em saúde, gestão de tecnologias em saúde, planejamento familiar, cuidados materno-infantis, combate a vetores de zoonoses, pesquisa e produção de medicamentos, transplantes de órgãos (incluindo a manutenção de uma rede de doadores) e hemodiálises, SAMU, farmácia popular, assistência farmacêutica, além de acesso a tratamentos de alta complexidade (como tratamentos oncológicos) à população mais carente e que não interessam ao sistema privado. Muitas vezes, passam despercebidas as ações de vigilância sanitária, como, por exemplo, os casos das intoxicações por metais pesados nos acidentes com as barragens em Mariana e Brumadinho, assim como por dietilenoglicol (na fábrica de cerveja da Backer) e vigilância epidemiológica, como nos casos de zika, dengue, chikungunya, febre amarela, gripe H1N1 e Covid-19.<sup>13</sup>

A abrangência das ações e dos serviços do SUS é tão grande que todos os brasileiros são atendidos, tenham ou não planos de saúde privados, seja quando buscam os serviços de urgência e emergência nos prontos-socorros públicos<sup>14</sup>, medicamentos de alto custo e

---

<sup>12</sup> Modelo que serviu de inspiração foi o sistema inglês - *National Health Service* (NHS).

<sup>13</sup> A pandemia surgiu em dezembro de 2019, em Wuhan, na Província de Hubei, na China, onde as autoridades sanitárias daquele País informaram a OMS acerca de casos de síndrome respiratória aguda grave. Identificado o agente etiológico como Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 ou SARS-CoV-2, membro da família *coronaviridae*, do grupo RNA, a doença foi denominada oficialmente pela OMS de *Coronavirus Disease 2019* ou Covid-19.

<sup>14</sup> A Resolução do CFM n. 1451/1995 define “urgência” como a ocorrência imprevista de agravo à saúde, com ou sem risco potencial à vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata, enquanto a “emergência” como a constatação de agravo à saúde que implique risco iminente à vida ou sofrimento intenso, exigindo

procedimentos de alta complexidade, seja quando são destinatários das ações de saúde coletiva, como vigilância sanitária e epidemiológica, combate de vetores, controle de endemias e epidemias e programas de imunização. Também não se pode esquecer de que o SUS atende às tragédias diárias com acidentes de trânsito e tentativas de homicídios.

Por isso, como adverte Paim (2016, p. 13-14), o SUS deve ser entendido para além de ser política pública, na medida em que se encontra inscrito na CRFB/88, respaldado em leis e instituições permanentes, e não se restringe apenas à resposta social do Estado aos problemas de saúde da população. Na prática, observa-se que no seu interior são gestadas inúmeras políticas públicas de proteção da saúde, podendo ser compreendido como uma “macropolítica pública de saúde”.

Integrante da seguridade social, juntamente com a assistência e a previdência social, a saúde foi estabelecida como direito fundamental social (art. 6º, CRFB/88), direito de todos e dever do Estado (art. 196, CRFB/88), em torno do denominado SUS, descentralizado (art. 198, I, CRFB/88), com participação popular (art. 198, III, CRFB/88) e amparado nos princípios da universalidade (art. 196, CRFB/88), integralidade (art. 198, II, CRFB/88, c/c art. 7º, II, da Lei n. 8.080/90) e equidade (art. 196, CRFB/88), sem prejuízo da livre participação da iniciativa privada (arts. 197 e 199, CRFB/88). O princípio da universalidade pressupõe a noção de direito, estabelecendo que todos os cidadãos têm direito à saúde independentemente da condição social e econômica, de pagamento ou gratuidade. Sendo o direito à saúde direito social e coletivo, pode ser usufruído por qualquer pessoa. Trata-se do acesso a todos. Por isso, a universalidade parece ser a questão mais cara ao SUS. Além disso, esse princípio está em sintonia com os direitos humanos universais proclamados pela ONU.

O princípio da equidade assegura que nenhuma pessoa pode ser discriminada quanto ao acesso às ações e aos serviços de saúde. Trata-se do acesso em condições iguais. Reconhece a diversidade das necessidades individuais e coletivas de saúde para promover a redução das desigualdades. A equidade não foi enunciada expressamente na Constituição, sendo decorrente da relação entre universalidade e integralidade, dadas as históricas desigualdades sociais e econômicas do País, que acabaram gerando desigualdades no acesso aos serviços de saúde. O princípio da integralidade, por seu turno, é entendido como todo o conjunto de ações voltadas

---

tratamento médico imediato. Portanto, verifica-se que na situação de emergência existe ameaça iminente à vida, sofrimento intenso ou risco de lesão permanente, enquanto na urgência o agravo à saúde exige uma assistência no menor tempo possível, a fim de evitar complicações e sofrimentos. Tal diferenciação se torna importante para o estudo da judicialização da saúde, na medida em que grande parte das decisões judiciais invocam essas situações distintas diante do perigo de morte do paciente para fundamentar a concessão liminar de medicamentos.

para o controle de doenças. Significa a garantia de acesso a serviços de saúde em todos os níveis de assistência, envolvendo a promoção a saúde, prevenção e tratamento de doenças e reabilitação, como consultas, cirurgias, transplantes, hemodiálise etc. Cuida-se do atendimento em sua completude. Essa é a essência do regime jurídico das ações e dos serviços públicos de saúde e que se encontra delineada na Lei n. 8.080/90 (art. 7º).

À luz dessa linha argumentativa, faz-se pertinente a crítica de Medici (2017, p. 222-223), para quem os princípios da integralidade e da igualdade deveriam ter suas interpretações revistas. A integralidade constitui princípio abrangente e abstrato, que tem se confrontado com a sustentabilidade financeira, sobretudo em razão da inexistência de mecanismos que disciplinem o que pode ser financiado e da incorporação progressiva de bens e serviços de saúde, sendo um dos pontos que influenciam o crescimento da judicialização da saúde, já que o Poder Judiciário tem garantido medicamentos e tratamentos de alto custo e de efetividade não comprovada a muitas pessoas, às vezes induzido por empresas interessadas na distribuição de tecnologias. No tocante ao princípio da igualdade, com apoio nas concepções de Amartya Sen, defende que o “acesso igualitário” deveria ser substituído por “acesso equitativo”, pois, a equidade leva em consideração atender desigualmente aos desiguais. A oferta de saúde a todos de igual forma não soluciona o problema, tendo em vista que as origens dos problemas de saúde das pessoas são desiguais. Assim, o financiamento do sistema seria mais viável se “cada um contribuísse de acordo com suas possibilidades e recebesse recursos (ou subsídios) de acordo com suas necessidades, o que corresponde à dimensão financeira do conceito de equidade”.

Com o advento do SUS, todos os cidadãos brasileiros passaram a ter direito à assistência universal, integral e gratuita, de responsabilidade das três esferas da Administração Pública, financiada pela União, pelos Estados e Municípios, cujas ações e serviços são organizados em redes regionalizadas, hierarquizadas e com direção única em cada esfera de governo. A descentralização prevê a distribuição de poder político e responsabilidades pela garantia de acesso aos serviços de saúde nos três níveis de Governo. A regionalização diz respeito à noção de território como espaço de prestação dos serviços de saúde e a hierarquização à ideia de complexidade dos serviços. E a diretriz de participação popular se refere às instâncias colegiadas do SUS, como os conselhos (espaços deliberativos) que fazem parte da estrutura das secretarias de saúde dos municípios e dos Estados e do Governo Federal.

Nessa configuração, segundo Evangelista (2018, p. 32), a União coordena os sistemas de saúde de alta complexidade e de laboratórios públicos por meio do Ministério da Saúde; os Estados criam as suas próprias políticas de saúde e ajudam na execução das políticas nacionais aplicando recursos próprios, também coordenam sua rede de laboratórios e hemocentros,



definem os hospitais de referência e gerenciam os locais de atendimentos complexos da região. Já os Municípios garantem os serviços de Atenção Básica à Saúde e prestam serviços em sua localidade, com a parceria dos Governos Estadual e Federal. Ademais, o Texto Constitucional fixa o patamar mínimo de gastos nessa área (art. 198, §2º) e as fontes de financiamento (art. 198).

Logo, da lógica do seguro-saúde como direito de acesso a serviços de saúde vinculados à contribuição previdenciária, existente antes da CRFB/88, passou-se para a lógica da seguridade social. Nesse contexto, o princípio da universalidade abrigado pelo SUS alçou a cidadania como elemento essencial e norteador da política pública de saúde, de modo que todos aqueles indivíduos que se encontravam à margem do acesso à saúde passaram a fazer parte do sistema por serem cidadãos, independentemente da condição social e econômica (PAIM, 2016, p. 14). O princípio da universalidade, atrelado ao da equidade, leva à conclusão de que o SUS corresponde à maior política de inclusão social do Brasil.

Nota-se que a CRFB/88 acabou com as distinções que havia antes, ao conceber o direito à saúde pela condição de cidadão, ou seja, pretendeu garantir saúde a todos e em seu sentido mais completo.<sup>15</sup> Ocorre que a igualdade de acesso prometida constitucionalmente se tornou grande desafio, considerando que o País apresenta dimensões territoriais continentais e enormes desigualdades regionais, sociais, culturais e econômicas.<sup>16</sup> Atender a todos os cidadãos implica oferecer homogênea gestão e distribuição de recursos e serviços nas diversas regiões.

De qualquer sorte, é preciso ter em mente que a própria CRFB/88, ao estabelecer a saúde como direito de todos, indicou que a sua concretização deve se dar por meio do SUS e de seus princípios vetores – universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. O acesso a bens e serviços de saúde, nos termos da CRFB/88, deve ser universal, igualitário e integral, de modo que “a integralidade prevista consiste no atendimento dos indivíduos em todos os níveis de complexidade em que são organizados os serviços de saúde, segundo as suas necessidades, englobando ações de promoção, proteção e recuperação da saúde”. Ainda que a universalidade, a igualdade e a integralidade de acesso não estejam asseguradas a todos os indivíduos no território nacional, não se pode prescindir das políticas

---

<sup>15</sup> Ainda que o direito à saúde não tenha sido expressamente encartado como fundamental no art. 5º da CRFB/88, essa característica pode ser extraída como decorrência do direito à vida, preceituado no *caput* daquele dispositivo. Para não restar dúvida, a Lei n. 8.080/90 estabelece em seu art. 2º a saúde como direito fundamental.

<sup>16</sup> Nesse ponto, vale ressaltar a precisa observação de Scaff (2018, p. 561) quanto aos conceitos de desigualdade e de diferença: “[...] as *desigualdades* socioeconômicas devem ser combatidas, mas as *diferenças* entre as pessoas devem ser respeitadas. Embora todos façamos parte do gênero humano, e só por isso devemos ter o mesmo respeito e tratamento, esse deve ser efetuado de modo a respeitar as *diferenças* que existem entre as pessoas em razão de orientação sexual, cor, origem social ou geográfica, dentre várias outras”.

públicas para alcançá-las (VIEIRA, 2020, p. 48). Nesse ponto, sobressai que a atenção básica ou o cuidado primário à saúde, como a principal porta de entrada do SUS, é a mais importante política pública do Sistema, e não o cuidado com os níveis mais elevados de saúde, aspecto que costuma ser negligenciado nas ações judiciais.

Entre as marcas do SUS está a sua descentralização, de modo que o modelo de federalismo brasileiro apresenta implicações para a área da saúde, sendo uma delas o elevado peso das responsabilidades dos Municípios na implementação de políticas públicas. Como Entes Federados, os Municípios apresentam diversidade de tamanho, desenvolvimento político, econômico e social, necessidade de saúde da população, além da capacidade de arrecadação tributária, situações que repercutem em diferentes possibilidades de implementação de políticas públicas de saúde e satisfação desse direito fundamental.

A organização do SUS, conforme prevista na CRFB/88 e na legislação infraconstitucional, foi orientada para a governança multipartite no contexto do federalismo cooperativo (interdependência sistêmica). Nesse sentido, incumbem à União as funções de planejamento, indução e coordenação nacional, aos Estados a coordenação no plano regional e, aos Municípios, além de compartilharem funções de planejamento local, coube a prestação direta de ações, serviços de cuidados primários e de média complexidade (RIBEIRO, 2018, p. 1777-1789). Essa tridimensionalidade federativa, no entanto, deixa a desejar em razão do baixo desenvolvimento socioeconômico dos Entes, tendo em vista que apartados não conseguem garantir suficientemente serviços públicos que estão a seu encargo e que sofrem dificuldades por não casarem encargos com recursos financeiros e desenvolvimento compatível com a autonomia constitucional do Ente Municipal. Há que se reconhecer que os Municípios têm sido a base do SUS para a população, pois, com frequência, aplicam acima do mínimo de 15% em saúde. Geralmente, a natureza tripartite do sistema não é questionada, mas sim o desequilíbrio de poder e responsabilidades entre os Entes Federal, Estadual e Municipal. Há insatisfação com o arranjo interfederativo, ou seja, com a descentralização e a excessiva fragmentação do sistema.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Piola, Benevides e Vieira (2018, p. 13-14), ao analisarem a evolução do gasto nas três esferas de governo com Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), verificaram que: “Entre 2003 e 2014, houve crescimento real contínuo da despesa das três esferas de governo com ASPS. A descontinuidade aparece em 2015 e 2016, quando ocorre redução real do gasto total das três instâncias. Mesmo assim, em valores constantes, o gasto total das três esferas mais que dobrou entre 2003 e 2017 (crescimento de 120%). Isoladamente, o gasto federal apresentou um crescimento de 89%; o estadual de 130%; e o municipal de 169%. O total de recursos adicionais aportado pelas instâncias de governo – quando comparado o ano de 2003 ao de 2017 – é bastante significativo (em reais de 2017): União, R\$ 54,1 bilhões; estados, R\$ 38,6 bilhões; e municípios, R\$ 51,8 bilhões. O aumento na alocação de recursos próprios de estados e municípios no financiamento do SUS provocou, como era de se esperar, alterações na participação relativa de cada um dos entes federativos. No período, a participação da União

Sob a perspectiva da descentralização, o modelo do SUS concentra tanto a autoridade quanto o financiamento das políticas de saúde no Governo Federal. A concentração do financiamento no âmbito federal revela que as políticas públicas de saúde dos governos locais são bastante dependentes do Ministério da Saúde (MENEZES, 2015, p. 137).

Em termos de gestão, o SUS constitui sistema complexo, vez que abrange as três esferas de Governo e mais de 5.500 gestores, com capacidades e recursos humanos e financeiros bastante diferenciados, situação que ganha contornos de geração de problemas exponenciais com a judicialização da saúde, enquanto forma de acesso a medicamentos e outros insumos. Além da escassez de recursos financeiros, existe em muitos casos a escassez de recursos humanos para lidar com o controle judicial, dada a falta de servidores para processar tantos pedidos em tempo hábil. Essa situação se soma ao sequestro de verbas por parte do Judiciário, que dificulta ainda mais a estratégia de gestão.

Conforme publicado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2019), os gastos anuais *per capita* com saúde no Brasil em 2016 corresponderam a US\$ 1.282. Comparativamente, em 2018 os gastos nos Estados Unidos da América (EUA) representaram US\$ 10.586, na Suíça US\$ 7.317, na Alemanha US\$ 5.986, no Canadá US\$ 4.974 e, no Reino Unido, representaram US\$ 4.070. Levando-se em consideração o Produto Interno Bruto (PIB) de apenas três países com sistemas universais de saúde, tem-se que nos respectivos anos os gastos com saúde representaram 9,2% do PIB no Brasil, 9,8% no Reino Unido e 10,7% no Canadá. Embora apresentando sistema de saúde essencialmente privado, cabe o registro de que os EUA gastam 16,9% do PIB.<sup>18</sup>

Observa-se que o Brasil não investe pouco em saúde, considerando o montante de gastos públicos e privados em percentuais do PIB. Ainda que investindo cerca de 9,2% do PIB ao ano, o gasto público incluindo as esferas federal, estadual e municipal representa apenas 3,9% do gasto total, revelando que a maior parte dos gastos é destinada ao subsídio dado ao setor privado de estabelecimentos de saúde, operadoras de seguros e planos de saúde e fornecedores de insumos de saúde.<sup>19</sup>

---

diminuiu de 50,1% em 2003 para 43,2% em 2017; a de estados aumentou de 24,5% para 25,7%; e a dos municípios de 25,4% para 31,1%”.

<sup>18</sup> Para a abordagem dos Sistemas de Saúde em outros modelos jurídicos, como EUA, Europa, Alemanha, Holanda, Argentina, Chile, Colômbia, México, Peru, Austrália, Canadá, Espanha, Reino Unido, Cuba e Japão, ver *in*: MENEZES, 2015, p. 148-172.

<sup>19</sup> As informações constam do Plano Nacional de Enfrentamento à Pandemia da Covid-19, elaborado em 03/07/2020, pelas organizações que compõem a FRENTE PELA VIDA – Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO); Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES); Associação Brasileira Rede Unida (Rede Unida); Associação Brasileira de Economia em Saúde (ABrES); Associação Brasileira de Enfermagem (ABEn); Sociedade Brasileira de Virologia (SBV); Sociedade Brasileira de Bioética (SBB); Conselho Nacional de Saúde (CNS); Sociedade Brasileira de Medicina Tropical (SBMT); Rede de Médicas e Médicos Populares

Não se pode negar que o SUS não padece apenas da insuficiência de recursos, mas também da ineficiência de gestão. O exemplo está no relatório do Banco Mundial, publicado em novembro de 2017 (BANCO MUNDIAL, 2017), ao abordar a escala ineficiente de prestação de serviços, sobretudo nos hospitais. De acordo com os pesquisadores, o Sistema Brasileiro de Saúde possui grande quantidade de pequenos hospitais, construídos para prestar serviços em regiões menos urbanizadas. A maioria dos hospitais brasileiros opera em pequena escala e 61% possui menos de 50 leitos, sendo que o tamanho ideal estimado é de 150 a 200 leitos para obter economias de escala. Além disso, as taxas de ocupação dos leitos também são consideradas muito baixas, sendo, em média, 45% nos hospitais do SUS e apenas 37% nas unidades de terapia intensiva. Comparativamente, esses números estão abaixo das médias da OCDE<sup>20</sup> (71%) e da taxa de ocupação desejável (entre 75% e 85%). Os dados revelam, ainda, a falta de integração do sistema como fator da ineficiência, pois, quanto mais eficaz for o atendimento primário de dado Município, mais eficaz será seu atendimento hospitalar (secundário e terciário), tendo em vista que o atendimento primário robusto contribui para racionalizar a demanda e melhorar os resultados em todo o sistema.

Debate ainda inacabado diz respeito à insuficiência do financiamento público no Brasil para a garantia da efetividade do direito constitucional à saúde. O SUS é baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações e serviços de saúde, o que exige certa estabilidade entre a captação de recursos e gastos com saúde para assegurar a manutenção do sistema. No entanto, sistemas universais públicos de saúde<sup>21</sup>, como o SUS, enfrentam atualmente desafios de sustentabilidade em âmbito global, vez que o aumento da demanda por serviços, as condições crônicas, as crises econômicas, as epidemias, as tragédias naturais, as dificuldades na gestão de múltiplas morbidades e os custos crescentes de insumos e tecnologias são alguns dos fatores que pressionam os orçamentos públicos e pesam contra a viabilidade financeira do sistema (HONE, 2018, p. 12-13). Nesse contexto, não é demais anotar as palavras de Gadelha (2018, p. 297) quando afirma que “o Sistema Único de Saúde (SUS) é complexo em sua composição, funcionamento e financiamento, o que leva a dificuldades de entendimento

---

(RMMP); Associação Brasileira de Médicas e Médicos pela Democracia (ABMMD). Disponível em: [https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2020/07/PEP-COVID-19\\_COMPLETO\\_FINAL.pdf](https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2020/07/PEP-COVID-19_COMPLETO_FINAL.pdf). Acesso em: 6 jul. 2020.

<sup>20</sup> Os países membros da OCDE são: Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Suíça, Holanda, França, Canadá, Bélgica, Dinamarca, Áustria, Japão, Nova Zelândia, Grécia, Portugal, Espanha, Noruega, Islândia, Itália, Eslovênia, Austrália, Finlândia, Reino Unido, Irlanda, Rep. da Eslováquia, Israel, Hungria, Coreia, Rep. Checa, Polônia, Lituânia, Estônia, Letônia e Luxemburgo.

<sup>21</sup> O Reino Unido, com o *National Health Service*, em 1948, e a Itália, com o *Servizio Sanitario Nazionale*, em 1978, foram os países pioneiros na implementação dos sistemas universais.

e diversidade de interpretações que culminam em conflitos geradores, inclusive, de demandas judiciais”.

O financiamento para a concretização das políticas públicas de saúde ainda constitui enorme desafio para os gestores, vez que envolve garantir universalidade e integralidade em País com grandes desigualdades sociais e, inclusive, em situações de crise econômica, restrições orçamentárias e judicialização exacerbada. A CRFB/88 estabeleceu que a saúde constitui “direito” a ser usufruído por todos os cidadãos, e não uma “mercadoria” que os cidadãos possam adquirir no mercado. Nesse sentido, a ampliação do acesso aos serviços de saúde a todos os brasileiros, operada pela CRFB/88, exigiu a expansão do financiamento público que assegurasse adequadamente o direito à saúde. Ocorre que não existe sistema universal público de saúde sem financiamento compatível com essa estrutura. Com isso, de lá para cá, ocorreu um “estreitamento” no SUS que atende pelo nome de “subfinanciamento” desse sistema.

Desenvolveu-se certo consenso de que as políticas públicas de saúde precisam ser consideradas como prioridade pelos governos, o que demanda mais investimentos e, por sua vez, exige que haja crescimento econômico para produzir receitas. Os pisos constitucionais estabelecidos desde a EC n. 29/00 foram um grande avanço. Além disso, pesquisas indicam a necessidade do redesenho do Sistema de Saúde Brasileiro, que passa por adequar o financiamento do SUS; incrementar a eficiência do sistema de saúde, com maior articulação entre os subsistemas público e privado<sup>22</sup>; aprimorar a gestão dos recursos do SUS; consolidar a regionalização da oferta de serviços de saúde no SUS; adequar o perfil de atendimento do Sistema de Saúde Brasileiro para o atendimento às demandas decorrentes do envelhecimento populacional; e reduzir a judicialização (IPEA, 2018, p. 88-89). Também é preciso encontrar o ponto de equilíbrio na fronteira entre a saúde pública e a saúde privada, na medida em que a utilização concomitante do SUS e dos planos de saúde por parte dos beneficiários da saúde suplementar tem gerado dificuldades de ressarcimento ao sistema público.

Portanto, como parte do modelo de seguridade social consagrado na CRFB/88, o direito fundamental à saúde conservou parte das marcas de sua criação e acumulou enormes desafios de concretização com o tempo, especialmente diante do subfinanciamento crônico do SUS, do crescimento populacional, da concentração urbana, do desenvolvimento tecnológico, da violência, da desigualdade social, da falta de compromisso público com a saúde, do modelo

---

<sup>22</sup> Nesse ponto, Medici (2017, p. 220) defende maior coordenação entre o SUS e a saúde suplementar, afirmando que “soluções para a integração dos dois subsistemas têm que ir muito além da simples existência de mecanismos para ressarcir o SUS pelos serviços prestados aos usuários de planos de saúde suplementar. É necessário fazer que os planos de saúde sejam complementares, e não suplementares, e se organizem dentro de um mesmo marco regulatório”.

patrimonialista e burocrata do Estado, entre outros fatores. Contudo, mesmo diante de tantos problemas, há que se defender o SUS e lutar pela melhoria e a eficiência da prestação dos serviços públicos de saúde.

### **1.3 As políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica: o foco no cuidado**

No campo do direito à saúde, especialmente da assistência farmacêutica, o acesso aos medicamentos constitui elemento fundamental. No entanto, a assistência farmacêutica não se resume ao acesso a medicamentos, sendo o seu foco o cuidado com as pessoas. De acordo com o Decreto n. 7.508/11, que regulamenta a Lei n. 8.080/90, “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas portas de entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada”. A porta de entrada é constituída pela atenção básica, que privilegia a adoção de ações preventivas e a assistência continuada na área da saúde, chegando até o atendimento de média e alta complexidade. Trata-se, portanto, de sistema estruturado de forma descentralizada e organizado por níveis de atenção aos cidadãos, no intuito de propiciar o melhor e o mais eficaz atendimento. Cada nível corresponde a um conjunto de serviços assistenciais, considerando a sua complexidade.

O primeiro nível é a Atenção Básica/Atenção Primária à Saúde e compreende a função resolutiva dos cuidados primários frente aos problemas de saúde, no qual se encontram as Unidades Básicas de Saúde (UBS). Essas unidades promovem políticas dirigidas à prevenção de doenças e estão organizadas na esfera municipal. Diz-se que esta é a porta de entrada do usuário no sistema de saúde. O segundo nível de atenção à saúde está organizado em microrregiões de cada Estado e envolve as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), os hospitais e as unidades de atendimento especializado ou de média complexidade. E, no terceiro nível, estão os hospitais de grande porte ou alta complexidade. Além disso existem as Redes de Atenção à Saúde (RAS), que correspondem a um conjunto de ações e serviços, articulados em níveis de complexidade crescente, visando a garantir a integralidade da assistência à saúde e de modo contínuo.<sup>23</sup>

No âmbito do SUS, as ações relativas à assistência farmacêutica são pautadas pela Política Nacional de Medicamentos (PNM) e pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF).<sup>24</sup> A PNM, criada pela Portaria MS n. 3.916/98, do Ministério da Saúde,

---

<sup>23</sup> Para visão mais abrangente sobre os níveis de atenção à saúde, ver *in*: MENDES, 2019.

<sup>24</sup> Em 2017, a parceria entre o Programa de Direito Sanitário da Fiocruz (PRODISA), a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), o Ministério da Saúde, o CONASS e o CONASEMS resultou em projeto que

e incluída na Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVII, prevê que o direito à assistência farmacêutica tem por finalidade garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. A PNAF foi regulamentada pela Resolução CNS n. 338/04 e definida como conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, individual e coletiva, sendo o medicamento o insumo essencial. Essas ações envolvem pesquisa, desenvolvimento e produção de medicamentos e insumos, assim como seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, em busca da melhoria da qualidade de vida da população (art. 1º, III, da Resolução n. 338/2004). Devem também as ações desenvolvidas no âmbito da assistência farmacêutica ser contempladas nos instrumentos de planejamento do SUS, entre os quais o Plano Estadual de Saúde e o Relatório Anual de Gestão (RAG).

A primeira etapa do ciclo da assistência farmacêutica diz respeito à seleção, que corresponde ao processo em que os profissionais que atuam no serviço de saúde se reúnem em Comissões de Farmácia e Terapêutica (CFT) para elaborar a lista de medicamentos essenciais ao atendimento da demanda da população e produzir protocolos clínicos destinados à utilização correta dos medicamentos. Após a elaboração e sua homologação pelo gestor, a lista será utilizada como referência pelo prescritor do serviço de saúde. A existência de falhas na estrutura de assistência farmacêutica constitui um dos fatores que resulta na indisponibilidade de medicamentos aos usuários e na dificuldade de acesso a tratamentos prescritos, contribuindo para a propositura de ações judiciais. Portanto, os Entes Federativos elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população no âmbito do SUS, contemplando todos os medicamentos dos Componentes Básico, Estratégico e Especializado da assistência farmacêutica. Assim, o Ente Federal elabora a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), o Ente Estadual a Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (RESME) e o Ente Municipal elabora a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUME), além de executar a assistência farmacêutica.

---

sistematizou cerca de 20 mil portarias em vigor do Ministério da Saúde, que foram consolidadas em seis portarias: Portaria de Consolidação n. 01/2017, que compreende portarias referentes a direitos e deveres dos usuários da saúde, organização e funcionamento do SUS; Portaria de Consolidação n. 02/2017, que compreende as políticas nacionais de saúde do SUS; Portaria de Consolidação n. 3/2017, que compreende as redes do SUS; Portaria de Consolidação n. 04/2017, que compreende os sistemas e subsistemas do SUS; Portaria de Consolidação n. 05/2017, que compreende as ações e os serviços de saúde do SUS; e Portaria de Consolidação n. 06/2017, que compreende o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde do SUS.

A RENAME, publicada periodicamente pelo Ministério da Saúde, norteia a oferta de medicamentos para o tratamento das principais doenças que acometem a população.<sup>25</sup> Para as doenças raras, os medicamentos constam na relação do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. As listas de medicamentos essenciais constituem instrumentos para garantir o acesso à assistência farmacêutica e o uso racional de medicamentos. Essa estratégia do SUS é reafirmada por diversos atos normativos, como a PNM (Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVII), a PNAF (Resolução do Conselho Nacional de Saúde n. 338/2003 e Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVIII), a Lei n. 12.401/2011 e o Decreto n. 7.508/2011, que regulamenta a Lei n. 8.080/90.

Ao dispor sobre o acesso universal e igualitário aos medicamentos, o Decreto n. 7.508/11 estabelece uma vinculação à relação de medicamentos prevista na RENAME e aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). A partir do decreto, a RENAME passou a contemplar todos os medicamentos padronizados, indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população e disponibilizados no âmbito do SUS por meio de políticas públicas. Daí se dizer que essa relação de medicamentos é elaborada<sup>26</sup> em atenção aos princípios fundamentais do SUS, ou seja, à universalidade, à equidade e à integralidade.

A concepção e a sistematização da RENAME<sup>27</sup> se dão de forma democrática e articulada, considerando que retira seus fundamentos de atos normativos pactuados entre as três esferas de gestão do SUS. Ademais, a lista é construída levando em conta informações de eficácia, efetividade, segurança, custo, disponibilidade e outros aspectos, obtidas a partir das

---

<sup>25</sup> Os medicamentos oferecidos gratuitamente são determinados pela RENAME, cuja lista definida pelo Ministério da Saúde se divide em três componentes: Básico, Estratégico e Especializado. No primeiro, estão os medicamentos voltados para a atenção básica, distribuídos nos postos de saúde. No segundo, estão os medicamentos para doenças infecto-contagiosas. E no Componente Especializado estão os medicamentos utilizados em situações clínicas específicas, como doenças crônicas graves, com tratamento mais complexo e dispendioso. É nesse último grupo que entra a maior parte dos medicamentos de alto custo distribuídos pelo SUS.

<sup>26</sup> A elaboração e atualização da RENAME e do respectivo Formulário Terapêutico Nacional (FTN) é competência do Ministério da Saúde, nos termos do art. 19-Q da Lei n. 8.080/90. A partir da criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), esta passa a ser responsável por propor a atualização da RENAME, conforme estabelecido no Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

<sup>27</sup> A RENAME contém em sua estrutura organizacional quatro seções: A, B, C e D. A Seção A apresenta cinco anexos: I – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico; II – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico; III – Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado; IV – Relação Nacional de Insumos; V – Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar. Na Seção B, os itens são apresentados de acordo com o Sistema de Classificação Anatômica Terapêutica Química, recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Na Seção C, os itens são apresentados em ordem alfabética, com descrição do componente de financiamento da assistência farmacêutica ao qual pertencem e seus respectivos códigos ATC. Na Seção D, são apresentadas as modificações da lista em relação à edição anterior, organizadas de acordo com as inclusões, exclusões e alterações, bem como as recomendações de não inclusão de medicamentos.



melhores evidências científicas disponíveis.<sup>28</sup> Isso, por um lado, proporciona maior transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos do sistema, mas, por outro, na condição de lista orientadora de medicamentos na assistência farmacêutica, enseja enorme desafio para os gestores, tendo em vista a complexidade das necessidades da população e da velocidade de incorporação de tecnologias.

A atualização da lista de medicamentos proposta pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) envolve dois processos. Um reativo, em que os demandantes são órgãos e instituições, públicas ou privadas, ou pessoas físicas, assim como um processo ativo, conduzido por subcomissão da CONITEC. Em ambos os processos, os medicamentos e insumos são incorporados, excluídos ou alterados no SUS após avaliação da CONITEC e decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério Saúde. A incorporação de novas tecnologias, como medicamentos e insumos, envolve aspectos de evidência científica, econômicos, orçamentários e até éticos.

A CONITEC foi instituída pela Lei n. 12.401/11, que alterou o art. 6º, d, I, da Lei n. 8.080/90, com a finalidade de assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos. Antes de 2011, havia a Comissão de Incorporação de Tecnologias (CITEC), nos termos da Portaria n. 2587/2009, que prestava o assessoramento técnico na análise das novas tecnologias, entre as quais os medicamentos. A CITEC foi substituída pela CONITEC como resultado dos debates ocorridos na audiência pública sobre saúde realizada pelo STF em 2009, quando se concluiu que seria necessário dar maior celeridade à avaliação e incorporação de tecnologias no SUS.

Posteriormente, foi editado o Decreto n. 7.646/11, que dispõe sobre as competências e a estrutura de funcionamento da CONITEC. Este estatuto legal prevê que a avaliação de tecnologias deve ser feita após a instituição de processo administrativo, com emissão de relatório sobre a incorporação, exclusão ou alteração no SUS de tecnologias em saúde, sobre a constituição ou alteração de PCDT e com proposta de atualização da RENAME.

A CONITEC é Órgão colegiado que presta auxílio técnico ao Ministério da Saúde nas suas atribuições relacionadas à análise e à elaboração de estudos de avaliação dos pedidos de incorporação, ampliação de uso, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde, bem como à constituição ou a alteração de PCDT. Sua instância deliberativa é multidisciplinar e interfederativa e suas análises geram relatórios que são submetidos à consulta pública ou

---

<sup>28</sup> A eficácia de uma substância se refere à capacidade de produção dos resultados esperados em condições controladas, enquanto a efetividade está relacionada à capacidade de a tecnologia produzir os resultados esperados em condições reais de uso pelos indivíduos.

divulgados em seu sítio eletrônico para contribuições e sugestões. A incorporação de tecnologias no SUS deve atender a alguns requisitos durante a avaliação, como a existência de evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo de incorporação, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas.

Papel importante da CONITEC é garantir que o SUS ofereça o tratamento mais eficaz, efetivo e econômico a todos os pacientes atendidos pelo sistema, sob pena de se tornar economicamente insustentável. A criteriosa avaliação de novas tecnologias e a revisão dos PCDTs são imprescindíveis, pois acabam sendo filtro diante da velocidade de lançamento de numerosos novos produtos no mercado pela indústria farmacêutica, às vezes caros e de duvidoso valor terapêutico, que pressionam o sistema público de saúde para serem incorporados, inclusive por meio da judicialização. Contudo, mesmo que tenha aumentado consideravelmente a quantidade de medicamentos avaliados pela CONITEC, assim como a disponibilização e a atualização dos PCDTs no SUS, também são apontadas defasagens entre os medicamentos demandados por profissionais e pacientes e aqueles analisados para eventual incorporação, o que igualmente contribui para o aumento das demandas judiciais.

Os PCDTs (MS, 2019), por sua vez, são documentos que estabelecem os critérios de diagnóstico de doenças, o tratamento com os medicamentos e as posologias adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Ademais, auxiliam os gestores de saúde, nas três esferas de governo, como instrumento de apoio para a tomada de decisão no tocante à aquisição e dispensação de medicamentos. A finalidade, portanto, é promover a melhor prática da medicina, com suporte em evidências científicas e consistentes, a fim de auxiliar o médico na tomada de decisões clínicas, permitindo a resolução mais efetiva e eficiente no enfrentamento das enfermidades. É o que dispõem, em linhas gerais, a Lei n. 12.401/11 e o Decreto n. 7.508/11, definindo que o Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor acerca do PCDT. A responsabilidade pela atualização e elaboração de novos PCDTs é da CONITEC, por meio da Subcomissão Técnica de Avaliação de PCDT.

O processo de avaliação de tecnologias pela CONITEC por si só já encerra certa complexidade, na medida em que as decisões repercutirão sobre a possibilidade ou não de incorporação dessas tecnologias ao SUS. Como ressalta Vieira (2020, p. 52-53), tais decisões levam em conta não apenas as evidências de eficácia, efetividade e segurança das tecnologias, mas também “evidências econômicas que atestem a superioridade da tecnologia avaliada em

relação a outras existentes (já incorporadas ou não) e que demonstrem o impacto orçamentário que a possível incorporação da tecnologia provocará no sistema de saúde”. Significa que a decisão sobre a oferta de bens e serviços no SUS, além de considerar o campo da medicina baseada em evidências, deve avaliar as alternativas terapêuticas no que respeita à relação entre custos e benefícios produzidos e, ainda, o impacto orçamentário de sua introdução, tendo em vista a escassez dos recursos e a possibilidade de que a incorporação de dada tecnologia de alto custo resulte na redução da oferta de outras.

Definida a política de assistência farmacêutica e os medicamentos que irão compor o elenco nacional, ainda é necessário assegurar os recursos financeiros para viabilizar as ações. A descentralização das ações, base fundamental do SUS, também se reflete na organização da assistência farmacêutica, sendo o financiamento desta de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS e pactuado na Comissão Intergestores Tripartite (CIT). Os recursos federais são repassados em forma de blocos de financiamento, sendo que o bloco da assistência farmacêutica é constituído por três componentes, denominados de: Componente Básico, Componente Estratégico e Componente Especializado.

O financiamento do Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF), regulamentado pela Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVIII, Título III e Portaria de Consolidação n. 06/2017, Título V, Capítulo I, é de responsabilidade das três esferas de gestão (tripartite), gerenciado pela esfera municipal e se destina à aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da Atenção Básica em Saúde, por meio de repasse de recursos financeiros às Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde ou por aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde a fim de garantir o abastecimento ou racionalizar o gasto, como programas para diabetes e hipertensão. Esse repasse de recursos é feito aos entes por meio de transferências fundo a fundo<sup>29</sup>, tendo em vista a população estimada pelo IBGE. Portanto, a responsabilidade pela aquisição, seleção, armazenamento, distribuição e dispensação desses medicamentos compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF) se destina à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto

---

<sup>29</sup> Segundo Santos (2016, p. 196), “o fundo de saúde pode ser definido como instrumento de gestão orçamentária e financeira, sem personalidade jurídica, constituído por um conjunto de recursos públicos, reunidos em conta especial, destinados às ações e serviços públicos de saúde”. Os fundos de saúde são responsáveis pelo financiamento das ações e dos serviços nessa área, sendo por meio deles realizadas as transferências intergovernamentais de recursos, a fim de que os Entes Federados possam exercer as competências materiais que lhes foram atribuídas pela CRFB/1988.

socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS.<sup>30</sup> Os medicamentos e insumos são financiados e adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde, sendo distribuídos aos Estados e ao Distrito Federal, cabendo às Secretarias Estaduais de Saúde fazerem o armazenamento e a distribuição aos Municípios, que por sua vez encaminham aos usuários.

Já o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), regulamentado pela Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVIII, Título IV, e Portaria de Consolidação n. 06/2017, Título V, Capítulo II), é estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS e tem por finalidade a garantia da integralidade do tratamento medicamentoso para todas as doenças contempladas no CEAF, cujas linhas de cuidado são definidas por meio do uso de PCDTs, publicados pelo Ministério da Saúde, a fim de estabelecer os critérios de diagnóstico de cada doença, de inclusão e exclusão ao tratamento, os medicamentos e esquemas terapêuticos, assim como os mecanismos de monitoramento e avaliação. O Componente Especializado se relaciona diretamente com o Componente Básico, já que o tratamento de diversas doenças contempladas no CEAF deve ser iniciado na atenção básica. Esse componente financia o tratamento com medicamentos em nível ambulatorial, de maior complexidade e de custos mais elevados, como Alzheimer, Esclerose Múltipla e Hepatites B e C. São considerados os principais gastos com a judicialização de medicamentos.

A assistência farmacêutica passou por alterações significativas ao longo dos últimos trinta anos, conforme explicam Bermudez *et al* (2018, p. 1937-1951). A transição ocorrida nos dez primeiros anos do SUS, entre a extinção da CEME<sup>31</sup> e a vigência da Política Nacional de Medicamentos, ainda foi marcada pelo caráter centralizador da assistência, a exemplo do Programa Farmácia Básica, caracterizado pelo envio de kits de medicamentos a pequenos Municípios. O período compreendido entre os anos 1998 e 2007 foi pautado na descentralização e na busca de recursos para o acesso a medicamentos. A introdução de sistemas de aquisição eficientes impeliu os Entes Subnacionais a fortalecerem suas capacidades de gestão e planejamento. De 2008 até os dias atuais se destacam o fortalecimento do modelo de atenção primária pela expansão da Estratégia Saúde da Família (ESF), os riscos de comprometimento ao funcionamento da assistência farmacêutica com as medidas de congelamento dos gastos públicos e novas alterações na organização e no financiamento do SUS. A trajetória da Política

---

<sup>30</sup> Entre os programas de saúde estratégicos podem ser citados o de Controle da Tuberculose, de Controle da Hanseníase, de DST/AIDS, de Endemias Focais, da Saúde da Mulher e de Controle do Tabagismo.

<sup>31</sup> A CEME, responsável, até então, pelo abastecimento de medicamentos do sistema público de saúde, foi extinta pelo Decreto n. 2283/97.

Nacional de Medicamentos desde a promulgação da CRFB/88 identifica-se com a trajetória dos medicamentos essenciais, inicialmente considerados como aqueles que satisfariam as necessidades de saúde da população. A noção de essencialidade refletia a integralidade, princípio que hoje tem sido um tema central na judicialização para acesso aos medicamentos essenciais.

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS, 2018, p. 67-68), uma das principais causas da melhoria da saúde da população foi a expansão da atenção primária por meio da Estratégia Saúde da Família (ESF), cujos dados evidenciam que entre os anos 2000 e 2018 a cobertura aumentou de 13 milhões para 130 milhões de pessoas, superando 60% da população, predominantemente nas regiões mais pobres. Paralelamente, o setor privado de saúde também cresceu no Brasil, ocupando o espaço deixado pelas falhas na prestação dos serviços públicos, evidenciando que em 2015 50,3 milhões de pessoas (24,8% da população) dispunham de plano privado de saúde, número que em 2018 reduziu para cerca de 47,3 milhões.

Pode-se dizer, em síntese, que o acesso aos medicamentos ofertados pelo SUS envolve uma série de etapas, que vão desde a pesquisa clínica, passando pela autorização regulatória (ANVISA), avaliação da tecnologia (CONITEC), negociação de preço, incorporação, para então chegar ao acesso. Sendo assim, deve-se levar em conta que a judicialização da saúde, especificamente no tocante aos medicamentos, tem ocorrido não apenas na parte do acesso, mas também em outras fases.<sup>32</sup> Nesse sentido, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Público a concessão de medicamentos e tratamentos sem avaliação clínica (como os experimentais), sem registro na ANVISA, sem avaliação da CONITEC ou sem incorporação pelas políticas do SUS (listas de medicamentos), com fundamento em simples prescrição médica, está a desprezar a verificação da eficácia e da segurança desses medicamentos,

---

<sup>32</sup> Questão interessante se refere à judicialização de medicamentos indicados para doenças raras, cujo suporte legal está na Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXXVIII, relacionada à Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras. Não bastasse o impacto orçamentário desses medicamentos com a judicialização, já que geralmente são medicamentos novos, ainda protegidos por patente e caros, muitas vezes os fornecedores usam práticas para forçar a judicialização, como o adiamento do registro no Brasil. “Solicitar registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), obtê-lo (muitas vezes, utilizando-se da priorização de análise, uma vez que são medicamentos-órfãos) e depois não solicitar preço para a CMED e não colocar o produto no mercado brasileiro tem sido um artifício usado por algumas empresas para burlar a regulação brasileira e iludir prescritores. Tão logo o registro do produto é publicado pela Anvisa, as campanhas de marketing são deflagradas, os médicos e as associações de pacientes recebem a informação errônea de que o produto “está no Brasil” e a judicialização deslancha. O registro é também condição para análise da tecnologia pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), que determina quais tecnologias serão disponibilizadas gratuitamente pelo sistema público de saúde, com base em evidências científicas. Não submeter o medicamento à avaliação da Conitec é outra estratégia para manter a judicialização, já que muitos dos medicamentos não são aprovados pelo processo criterioso de comprovar os benefícios de se incorporar determinada tecnologia” (SILVA, 2019, p. 21). Vale registrar que a CMED - Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – constitui órgão interministerial, cuja secretaria executiva é exercida pela ANVISA, tendo por finalidade regular o mercado de medicamentos no Brasil.

colocando em risco a própria saúde do paciente que pretende proteger. Essa é a judicialização predatória, de que se passa a analisar nos tópicos seguintes.

#### **1.4 A judicialização individual predatória de interesses coletivos: entre a microjustiça e a macrojustiça**

Não bastasse o subfinanciamento crônico, a judicialização da saúde, fenômeno que no ano 2000 já dava sinais de se tornar sério problema, não recebeu a atenção necessária das autoridades e dos administradores públicos, complicando ainda mais a gestão do SUS, na medida em que grande parte das demandas ajuizadas são individuais<sup>33</sup>, versam sobre medicamentos, insumos ou tratamentos sem evidência científica, sem amparo nos protocolos clínicos e nas listas oficiais, sem registro na ANVISA ou que tomam por base prescrições médicas insuficientes. Hoje, com mais de um milhão de ações judiciais no País (CNJ, 2019a, p. 65-67), a judicialização ainda é problema sem solução.

Por isso, a importância de se qualificar parcela significativa da judicialização da saúde como predatória. Por ainda não haver na literatura especializada definição mais adequada para o termo “judicialização da saúde”, Vieira (2020, p. 25) prefere denominá-la como a situação de “acionamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos, na condição de cidadãos ou de consumidores, com a finalidade de que este poder arbitre conflitos destes com o Poder Executivo, com empresas privadas e até mesmo com pessoas físicas, em matéria de saúde”. Essa circunstância abarca solicitações de prestações de saúde por meio do SUS, litígios contratuais relacionados à cobertura ou a cobranças no âmbito da saúde suplementar e questões diversas referentes ao biodireito, como os litígios que envolvem erros médicos.

A maioria dos autores utiliza genericamente apenas a expressão “judicialização da saúde”. No entanto, alguns adicionam à essa expressão o adjetivo “excessiva”, a exemplo de Barroso (2009, p. 11-43) e Frazão e Silva (2017, p. 110). Outros, como Ferraz (2019), utilizam a adjetivação “nociva”, a fim de qualificá-la e delimitá-la. A rigor, tais adjetivos não são claramente conceituados na literatura jurídica sobre o tema, conduzindo à noção de judicialização exagerada. No entanto, para se utilizar as adjetivações “excessiva”, “nociva” ou “exagerada”, seria necessário especificar ou definir o que seria não excessivo, não nocivo e não

---

<sup>33</sup> Ao analisarem o perfil socioeconômico dos litigantes na cidade de São Paulo, Wang e Ferraz (2013, p. 182) constataram que as decisões judiciais são mais favoráveis ao autor nas ações individuais do que nas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público, indicando que os tribunais são mais propensos a lidar com a resolução de casos individuais do que com casos coletivos, que demandam mudanças estruturais nas políticas públicas de saúde. Além disso, destacam que a representação jurídica gratuita não necessariamente garante que os mais pobres terão suas demandas apreciadas, já que parcela considerável da população nem sequer tem acesso ao Poder Judiciário.

exagerado na judicialização da saúde, o que não é devidamente efetuado por muitos pesquisadores.

Diante dessa lacuna, no presente trabalho será adotado em adição à expressão judicialização o adjetivo “predatória”, por se entender mais apropriada ao caso, identificando-se com aquelas situações em que o Poder Judiciário determina ao Poder Público a concessão de medicamentos e tratamentos sem avaliação clínica (como os experimentais), sem registro na ANVISA, sem avaliação da CONITEC ou sem incorporação pelas políticas do SUS (não constantes das listas oficiais), não amparados na medicina baseada em evidências (art. 19-Q, da Lei n. 8.080/90), que desrespeitam a divisão de competências entre os Entes Federados (União, Estado e Município), bem como aqueles obtidos por meio de fraudes e favorecimento da indústria farmacêutica. Isso ocorre com decisões amparadas em simples prescrição médica e que desprezam a verificação da eficácia e da segurança de medicamentos, colocando em risco a própria saúde do paciente que pretende proteger. Desse modo, estabelece-se uma clara distinção da legítima judicialização, considerada aquela em que os medicamentos e tratamentos pleiteados estão incorporados ao SUS e constam das políticas públicas de saúde, porém, não são oferecidos total ou parcialmente aos beneficiários.

O art. 196 da CRFB/88 prevê expressamente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, nascendo daí a ideia de prestação da saúde por meio de políticas públicas. A garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde transformou o SUS em sistema que atende a todos. É nesse cenário que muitos juízes passaram a interpretar o comando constitucional como sendo serviço gratuito de “portas abertas”, capaz de oferecer “tudo a todos”.<sup>34</sup> No entanto, a interpretação isolada e fragmentada dos dispositivos constitucionais que regem o direito à saúde desconsidera as políticas públicas de saúde e toda a estrutura legal e infralegal que regulamenta o SUS, a começar pela sua Lei Orgânica (Lei n. 8.080/90, art. 6º), incluindo as políticas de descentralização e regionalização.

A trajetória histórica de concretização do direito fundamental à saúde no Brasil percorreu caminho acidentado, em razão de ter sido inicialmente entendido como norma programática. Considerando a judicialização ligada ao protagonismo do Poder Judiciário na tomada de decisões judiciais em questões fortemente relacionadas a políticas públicas, observa-se que no campo da saúde as ações judiciais precursoras iniciaram na década de 1990, em

---

<sup>34</sup> A despeito da expressão “tudo a todos”, vale registrar a crítica de Ferraz (2019, p. 32; 2009, p. 33-45), para quem o “o problema está no ‘tudo’, e não no ‘todos’, mesmo porque o ‘todos’ nunca foi realmente toda a população, mas somente aqueles com acesso ao Judiciário, uma minoria em nosso país”.

virtude da epidemia da AIDS, a qual provocou a mobilização dos portadores da doença e a busca da garantia do fornecimento de medicamento no Poder Judiciário (MS, 2006). Daí em diante, com o desenvolvimento do processo de redemocratização do País e a constitucionalização de direitos sociais na CRFB/88, a busca de garantia de acesso à saúde nos Tribunais se tornou cada vez mais intensa. Esse período é marcado no Poder Judiciário pela mudança de interpretação do direito à saúde como direito subjetivo ou individualmente exigível, e não apenas como norma programática. Portanto, no início da década de 1990, as demandas individuais de pacientes portadores de AIDS pleiteando medicamentos para o tratamento da enfermidade, fundamentados nos direitos à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, revelam o viés subjetivo que passa a ter o direito à saúde.

Cabe registrar que o elevado volume de ações judiciais individuais para tratamento da AIDS promoveu a mobilização de setores da sociedade em torno da doença, especialmente organizações não governamentais, que passaram a ajuizar ações coletivas reivindicando medicamentos. Tal situação devolveu a dimensão política ao debate, motivando a edição de normas específicas voltadas à tutela do tratamento, como a Lei n. 9.313/1996. Esse aspecto evidencia a dimensão coletiva do direito à saúde (DANIELLI, 2017, p. 60-61) e a importância de se levar em consideração os grupos de interesse.

Para além dos casos envolvendo a tutela do tratamento da AIDS, a decisão (monocrática) que serviu de paradigma do reconhecimento do direito à saúde como direito público subjetivo (e não como norma programática) foi proferida em medida cautelar na Petição n. 1.246-1/SC, em 1997, em ação proposta contra o Estado de Santa Catarina.<sup>35</sup> Na ocasião, o então relator do processo, Ministro Celso de Mello, argumentou que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, qualificado como direito subjetivo inalienável, e fazer prevalecer contra esta prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se ao julgador a única opção de respeito indeclinável à vida (STF, Pet. 1.246-1/SC, 1997).

---

<sup>35</sup> O caso iniciou com uma ação cautelar de um indivíduo contra o Estado de Santa Catarina. O autor era menor de idade e portador de doença rara, denominada Distrofia Muscular de Duchene, moléstia degenerativa de células musculares e que poderia levar à morte. O transplante de células mioblásticas (progenitoras de fibras musculares, diferenciadas) era o único meio capaz de salvar a vida do paciente. Na ação, alegava-se existir um tratamento em uma clínica norte-americana, ao custo de US\$ 63 mil. A juíza da Comarca de Araranguá concedeu a liminar e determinou ao Estado que disponibilizasse o valor em 48 horas. O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e ao STF, sem sucesso, ocasião em que o Ministro Celso de Mello firmou o seu entendimento sobre a matéria. A decisão final, proferida em 1997, acabou não enfrentando o mérito do caso por uma questão processual.



Embora o debate naquela ação tenha sido prejudicado por conta de questão processual, o argumento utilizado pelo Ministro fez eco nas decisões que se seguiram, ao afirmar que a proteção da inviolabilidade do direito à vida se sobrepõe ao interesse financeiro e secundário do Estado. Essa interpretação expansiva consagrou o “direito a tudo”, contrapondo-se não só à limitação de recursos, mas “a qualquer outra razão invocada pelo Estado para não fornecer o medicamento requerido pelo demandante”, a exemplo da falta de evidências científicas (tratamento experimental) e da falta de aprovação regulatória (tratamento sem registro na ANVISA) (FERRAZ, 2019, p. 9-10). E tal argumento continua sendo preponderantemente citado nas decisões sobre o assunto (STF, RE 393.175-0/RS, 2006), evidenciando que se perdeu de vista a proteção do interesse coletivo.

Em 2010, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, restou afirmada a extensão dos significados dos elementos do direito à saúde contidos no art. 196 da CRFB/88. O “direito de todos” revela tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Porém, esse direito subjetivo público deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas, o que implica dizer que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento de proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente de uma política pública. O que há é “um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, de modo que a garantia judicial da prestação individual está condicionada ao não funcionamento do Sistema Único de Saúde. O “dever do Estado” implica o dever fundamental, por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de desenvolverem políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. A competência comum desses Entes Federativos (art. 23, II, da CRFB/88) autoriza que sejam legitimados passivos nas demandas individuais e coletivas. A descentralização dos serviços e a conjugação de recursos financeiros dos Entes Federativos com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

O elemento “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, contido no art. 196 da CRFB/88, guarda relação direta com a ideia de que a formulação de políticas públicas envolve distribuição de recursos escassos e escolhas alocativas, diante da evolução da medicina, do surgimento de novas doenças e de novos tratamentos e meios de diagnóstico. Tais políticas devem visar “à redução do risco de doença e de outros agravos” e “ao acesso universal e igualitário”, o que denota a dimensão preventiva das ações na área da saúde e o amplo acesso à população, também reforçando a responsabilidade solidária dos entes federados. Por fim, “as ações e os serviços de saúde” foram regulamentados pela Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da

Saúde), que estabeleceu que o SUS deve ser estruturado de maneira a garantir a assistência farmacêutica integral (STF, ARegSTA/CE 175, 2010).

Diante da grande quantidade de pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada no STF objetivando suspender medidas que determinavam o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTI, realização de cirurgias, custeio de tratamentos no exterior, entre outros, em 2009 o STF promoveu audiência pública, na qual reuniu especialistas das áreas jurídica e da saúde para debater a judicialização da saúde no País. Naquela oportunidade, buscou-se esclarecer diversas questões relacionadas ao tema, como responsabilidade dos Entes da Federação, obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública, obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes, obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS, obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS, bem como fraudes ao Sistema Único de Saúde.<sup>36</sup>

Os argumentos e as informações ventiladas pelos especialistas na audiência pública de 2009 subsidiaram a posição do STF acerca do tema no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, em 17/03/2010, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, explicitou a necessidade de ponderação entre a implementação de direitos sociais e os suportes financeiros suficientes (STF, ARegSTA/CE 175, 2010). Não obstante os argumentos lançados na mencionada decisão, muitos membros do Poder Judiciário demoraram a compreender o impacto financeiro e desorganizador que a judicialização da saúde causava à gestão pública. Tanto assim que, após a decisão da STA n. 175/CE, o CNJ editou a Recomendação n. 31/2010, sugerindo a celebração de convênios pelos Tribunais, como forma de auxiliar os juízes.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> A Audiência Pública n. 4 foi realizada no STF nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a fim de colher informações para subsidiar a decisão da STA n. 175/CE. Na página eletrônica do STF consta o acervo de falas dos especialistas, vídeos da audiência pública, contribuições da sociedade civil, legislação correlata, bibliografia e jurisprudência temáticas, entre outros documentos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 13 fev. 2019.

<sup>37</sup> O CNJ é um Órgão do Poder Judiciário, criado pela EC 45/2004, porém, não jurisdicional, de modo que possui competência limitada ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados (§ 4º do art. 103-B da CRFB/88). Suas diretrizes e recomendações não possuem caráter normativo, sendo apenas orientações.

Em Santa Catarina, a enorme quantidade de ações judiciais levou o Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado a proferir decisão sobre concessão de medicamentos, em 09/11/2016, a primeira no País em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e que passou a servir de parâmetro para os demais casos envolvendo a matéria no Estado.<sup>38</sup>

Em 2019, o STF julgou dois recursos extraordinários em sede de repercussão geral - o RE 657.718/MG e o RE 855.178 ED/SE (STF, Inform. 941, 2019). O RE 657.718/MG, julgado em 22/05/2019, versava sobre medicamentos experimentais e medicamentos sem registro na ANVISA. Ficou assentado que enquanto o registro na agência reguladora guarda relação com a autorização do medicamento para ser comercializado no País, os medicamentos experimentais se relacionam àqueles que nem sequer concluíram as fases de testes clínicos exigidos para o pedido de registro.<sup>39</sup> A primeira tese é taxativa, afastando a obrigação de o Estado fornecer tratamentos ou medicamentos que ainda não se submeteram nem sequer à fase inicial de pesquisa clínica, a exemplo do que ocorreu com a fosfoetanolamina, conhecida como “pílula do câncer”.<sup>40</sup> A segunda se refere à vedação de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, ainda que já tenham passado pelas pesquisas clínicas, pois não foram aprovados para comercialização. Porém, nesse caso, a regra ficou condicionada à mora irrazoável da agência quando preenchidos três requisitos nos termos da terceira tese.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Na ocasião, restaram firmadas as seguintes teses jurídicas: 1) *Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS*, devem ser conjugados os seguintes requisitos: a) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; b) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 2) *Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS*, são requisitos imprescindíveis: a) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; b) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; c) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; d) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível (TJSC, IRDR 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, 2016).

<sup>39</sup> Na ocasião, restaram firmadas as seguintes teses: 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; 2) A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; e 4) As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

<sup>40</sup> O caso da fosfoetanolamina será melhor explicitado mais adiante.

<sup>41</sup> Diante desses parâmetros, Ferraz (2019, p. 19) salienta que deverá ser negado o pedido a: 1) medicamentos em que a ANVISA já tenha apreciado e recusado o registro; 2) medicamentos em que o registro ainda não tenha sido requerido ou tenha sido requerido mas se encontre em fase de análise pela ANVISA dentro dos prazos estabelecidos pela Lei n. 13.411/2016 (90 a 365 dias, podendo ser prorrogados); e 2a) medicamentos sem pedido

Nesse ponto, as críticas que têm sido feitas guardam relação com a insuficiência dos requisitos, pois a interpretação da tese pode levar a crer que o medicamento sem registro na ANVISA possa ser sempre fornecido na ausência de preenchimento das hipóteses. Isso porque, segundo Ferraz (2019, p. 20), “o registro representa apenas *uma etapa* do processo de determinação dos medicamentos que entrarão nas listas do sistema público”, listas de medicamentos que o Estado se obriga a fornecer à população, havendo ainda “o processo de incorporação, que é fundamental para garantir a sustentabilidade e a equidade do sistema”. Como justifica o autor, o registro do medicamento no órgão sanitário regulador não pode ser condição suficiente para a concessão judicial. “Há milhares de medicamentos registrados que cumprem os requisitos de eficácia, segurança e qualidade mas que, por razões de custo-efetividade e impacto orçamentário, não justificam incorporação nas listas de qualquer sistema de saúde do mundo, por mais rico que seja”. Vale dizer, além do registro, há que se demonstrar a presença dos requisitos de incorporação, previstos na Lei n. 12.401/2012 (art. 19-Q).

Portanto, no RE 657.718/MG o STF tratou apenas da questão da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos a serem concedidos, situação afeta ao registro na ANVISA. Já o RE 855.178 ED/SE, julgado em 23/05/2019, tratava sobre a responsabilidade solidária dos Entes Federados. Nessa decisão, restou firmada a tese de que os Entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Em 2020, o STF iniciou o julgamento de outro recurso extraordinário relacionado ao tema em sede de repercussão geral - o RE 566.471/RN, que versa sobre medicamentos de alto custo e não incorporados ao SUS. Ocorre que o julgamento foi suspenso, assim permanecendo até o fechamento desta pesquisa.

Em que pesem os avanços na jurisprudência, o STF não tem enfrentado de forma desejável o problema da judicialização da saúde, a fim de estabelecer critérios que confirmem o mínimo de segurança jurídica. Passados mais de dez anos entre a audiência pública realizada em maio de 2009 e as citadas decisões em repercussão geral, a tensão entre demandas individuais e prestações coletivas ainda está longe de uma solução, especialmente em razão do foco predominante sobre a microjustiça de pedidos individuais por medicamentos, insumos e tratamentos, em detrimento da análise da macrojustiça (PINTO, 2019). É necessário ter em

---

de registro no Brasil; 2b) medicamentos sem registro em renomadas agências internacionais; e 2c) medicamentos com substituto farmacêutico registrado no Brasil.

mente, como defende o Ministro Barroso (2009, p. 22-28), que mesmo instruído por laudos técnicos, o ponto de vista do Poder Judiciário nunca será capaz de rivalizar com o da Administração Pública, já que “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”.

A questão da macrojustiça está diretamente ligada ao financiamento do SUS, cabendo registrar, nesse ponto, que ainda resta pendente de julgamento no STF a ADI 5.595, que trata do financiamento da saúde, uma das principais causas atribuídas à sua intensa judicialização, tendo em vista o consenso de subfinanciamento. Embora o exercício da microjustiça, do caso concreto, no Poder Judiciário seja fundamental para a proteção do indivíduo contra as omissões do Estado na oferta de determinados bens e serviços previstos em políticas públicas, não menos importante – e mais desafiador – é o exercício da macrojustiça, já que pressupõe o controle sobre as políticas públicas em sentido amplo, assegurando-se o respeito aos princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e serviços de saúde, assim como os meios para a concretização das promessas constitucionais, em consonância com a capacidade financeira do Estado.

Evidentemente, o protagonismo possui aspectos positivos e negativos. Entre os positivos estão o fomento às políticas públicas e a sua revisão, a fixação de prazo para tratamento de câncer e a saúde como pauta política (GEBRAN NETO, 2016, p. 155-156). Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, ainda podem ser citados a maior consciência dos cidadãos acerca dos seus direitos, a maior conscientização dos membros do Poder Judiciário quanto à efetividade dos direitos sociais, sobretudo em relação às pessoas em situação de vulnerabilidade, enquanto preceitos fundamentais autoaplicáveis, e não meramente como normas programáticas, o de impedir as dificuldades de acesso aos serviços públicos de saúde impostas por autoridades administrativas e, ainda, o de chamar a atenção para a falta ou a insuficiência de determinadas políticas públicas, levando o Poder Público a criá-la ou adequá-la às necessidades da população, como o que ocorreu com a política nacional para o tratamento do HIV/AIDS<sup>42</sup>, os programas de medicamentos genéricos e de farmácias populares.

Como aspectos negativos estão a desorganização do SUS, a influência negativa sobre as finanças públicas, as indevidas escolhas judiciais de políticas públicas e a fragilização da

---

<sup>42</sup> Nesse caso, as ações judiciais estimularam a aprovação da Lei n. 9.313/96, que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito de medicamentos, pelo SUS, a todos os portadores do vírus HIV. Para análise de decisões sobre os primeiros casos envolvendo tratamento para o HIV/AIDS, no início de 2000, ver, entre outros: STF. RE n. 271.286-AgR-RS. Rel.: Min. Celso de Mello; STF. AG n. 236.644-RS. Rel: Min. Mauricio Correa; STF. AG n. 238.328-RS. Rel.: Min. Marco Aurélio.

isonomia (GEBRAN NETO, 2016, p. 154-155). Ainda podem ser destacados a interpretação extensiva dada ao direito à saúde, o aumento das despesas totais na área da saúde e a alteração do destino dos recursos previamente alocados para certos programas sociais para o atendimento de causas judiciais específicas (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018, p. 30-38). Acrescente-se, ainda, o incentivo criado pelo Judiciário para que pacientes, advogados, servidores públicos e indústria farmacêutica busquem nos Tribunais a satisfação de seus interesses, que nem sempre são os da saúde do próprio paciente ou da coletividade, gerando consequências para a gestão dos escassos recursos do orçamento da administração da justiça distributiva. Isso inclui decisões judiciais que favorecem o fornecimento de medicamentos ou tratamentos contrários a consensos da comunidade médica ou a protocolos da medicina baseada em evidências, a exemplo do fornecimento da substância fosfoetanolamina, conhecida como “pílula do câncer”, à época em que ainda era utilizada em pesquisas preliminares para o tratamento da doença.

A substância fosfoetanolamina foi desenvolvida em um laboratório de química da Universidade de São Paulo (USP), por um docente atualmente aposentado, que a divulgou como a descoberta da “cura do câncer”. A substância não era considerada medicamento, porquanto desenvolvida em um ambiente absolutamente impróprio, sem que houvesse equipe de pesquisa, médicos que acompanhassem os pacientes, realização de estudos de uso em animais e seres humanos, ou seja, sem qualquer comprovação de estudos clínicos, da eficácia e segurança de sua utilização antes da distribuição aos interessados. No entanto, as notícias de cura do câncer se espalharam pelo País, causando intensa demanda perante o Poder Judiciário, a fim de obrigar a USP a fornecer a substância sem qualquer embasamento na legislação sanitária. Tanto assim que, em fevereiro de 2016, a USP acumulava cerca de 13 mil ações judiciais pleiteando o recebimento da fosfoetanolamina sintética, ocasião em que as decisões lançavam fartamente o argumento do “direito à esperança” (SANTOS *et al*, 2017, p. 142-143).

O caso emblemático do fornecimento dessa substância chegou ao Poder Legislativo, que editou a Lei n. 13.269/2016 para autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Diante da concessão de milhares de liminares, o STF suspendeu o fornecimento da substância em 2016 ao declarar a referida Lei inconstitucional (STF, Notícias, 2016). A gravidade da situação foi comparada por Ávila e Melo (2018, p. 88) com o caso da Talidomida, no final da década de 1950, considerado um dos maiores acidentes médicos da história.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Conforme destacam as autoras, à época “dois pesquisadores do laboratório farmacêutico Grünenthal, após testes em roedores, desenvolveram e lançaram no mercado medicação antiemética, sedativa e hipnótica que foi

Ante esse “estado de coisas”, não devem as partes envolvidas na judicialização se limitar a extensas explanações teóricas e dogmáticas desarticuladas dos fatos, mas, sim, ao caso concreto e suas particularidades. Na mesma linha do que propõe Schulze (2015a, p. 3-5), não basta apenas mencionar que o direito à saúde está garantido no art. 196 da Constituição, é fundamental na análise do caso judicializado a investigação do diagnóstico, o quadro clínico, a comprovação da melhor prática de evidência científica, a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou procedimento postulado, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas.

De qualquer sorte, não se pode perder de vista que o SUS constitui sistema participativo, tendo o Judiciário o papel de garantir que ele funcione como tal, de forma democrático-participativa, assim como seja entendido como bem coletivo. Disso resulta a conclusão de que, “como propriedade de todos os brasileiros, então, o SUS não se coaduna com um processo constante de intervenção judicial autocrática tradicional”, como descreve Pilati (2017, p. 67), que prioriza a microjustiça. No entanto, a judicialização predatória continua a passos largos, confrontando-se argumentos a favor e contra o amplo controle judicial das políticas públicas de saúde.

### **1.5 Abordagem jurídica dos principais fundamentos a favor do amplo controle judicial das políticas públicas de saúde**

Por mais paradoxal que possa parecer, reputa-se impactante afirmar que o Estado se apresenta ora como protetor, ora como violador de direitos fundamentais. Protetor, quando garante direitos e liberdades e, violador, quando deixa de realizar as promessas constitucionais e as determinações legais. Com o estabelecimento do Estado Social e as expectativas com os novos direitos consagrados na CRFB/1988, intensificaram-se a procura pelo Poder Judiciário e o crescimento da tensão entre os Poderes, deixando tênue a linha divisória entre proteção e violação. Nesse cenário, a projeção do Poder Judiciário suscitou fundamentos favoráveis e contrários ao controle judicial das políticas públicas de saúde, especialmente. Entre os principais fundamentos a favor do amplo controle judicial podem ser citados a legitimidade

---

considerada muito segura e de poucos efeitos colaterais, para ser comercializada com indicação principalmente para os enjoos matinais e ansiedade das grávidas. O medicamento foi anunciado como ‘inteiramente atóxico’, ‘completamente inócuo’, ‘completamente seguro’ e vendido sem receita médica. Assim, em 1957 entrou no mercado alemão, e logo após em mais de 146 países, a droga Talidomida, e em 1961, foi descoberta sua associação a malformações congênitas (a Focomelia), ocasião em que a medicação teve o uso suspenso. Tarde demais: em 1962 já haviam sido descritos mais de 10.000 casos de Focomelia ao redor do mundo, os chamados ‘filhos da Talidomida’” (ÁVILA; MELO, 2018, p. 88).

contramajoritária do Poder Judiciário, a busca pela máxima efetividade das normas constitucionais, a discricionariedade judicial e o mínimo existencial.

### **1.5.1 A legitimidade contramajoritária para cumprir as promessas constitucionais**

O primeiro fundamento a ser analisado diz respeito à legitimidade contramajoritária. A premissa da doutrina da dificuldade contramajoritária é de que as decisões dos órgãos eletivos correspondem à expressão da vontade majoritária, o que não ocorre com as decisões das Cortes Judiciais. Fato é que nem sempre o Poder Legislativo expressa o sentimento da maioria, seja porque as minorias parlamentares podem funcionar como bloqueadores de determinada agenda (*veto players*) em obstrução à vontade da maioria, seja pelo autointeresse do Parlamento ou, ainda, pela sua captura por certos grupos de interesses (BARROSO, 2018, p. 113-114).

No campo da teoria democrática, a Política está associada a eleições de representantes do povo, a partidos, ao exercício legiferante e, portanto, à própria atuação do Poder Legislativo, enquanto a aplicação das normas para dirimir conflitos sociais e a tomada de decisão em processos judiciais estão relacionadas ao papel do Poder Judiciário. Nas últimas décadas, contudo, a ideia de que o exercício da Política está circunscrito ao Legislativo deixou de ser “mantra”, na medida em que o Judiciário passou a ser também protagonista no exercício legiferante, seja elaborando normas, limitando a atividade dos parlamentares e a própria instituição legislativa, seja impondo padrões de comportamento aos representantes do Executivo. Esse não é um problema exclusivo do Brasil. Ao tratar do assunto, Ferejohn (2012, p. 63) observa que a transferência de poder do Legislativo para os Tribunais ocorre ao redor do mundo desde a Segunda Guerra Mundial.

A expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas se encontra associada à consolidação do Estado Democrático de Direito e à projeção dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, quando emergiu o novo constitucionalismo para “criar constrangimentos substantivos à arena majoritária, através da imposição de limites à regra da maioria e da ideia de supremacia da Constituição” (VERBICARO, 2017, p. 324). Os debates sobre as crises dos Parlamentos e da representação política nos Estados democráticos não são recentes e nem localizados, assim como o ceticismo e o desencanto com a atividade política não se limitam a um ou outro país. Na esteira da crise de representatividade dos Parlamentos, em diferentes partes do mundo houve também o fortalecimento do Poder Executivo.

Nesse contexto, Barroso (2018, p. 130 e 175) chama a atenção para três papéis fundamentais desempenhados pelas Supremas Cortes e Cortes Constitucionais: contramajoritário, representativo e iluminista. O primeiro ocorre quando invalidam atos dos



outros Poderes. O representativo se dá quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas. E o papel iluminista se verifica quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas que seriam uma “imposição do processo civilizatório”. Por outro lado, enfatiza que esses papéis podem padecer de vícios, seja da desmedida ou do excesso. Desse modo, o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da Política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário. Já o representativo pode desandar em populismo judicial, enquanto o papel iluminista “tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história”. Essas categorias utilizadas por Barroso, no entanto, permitem inferir um perigoso flerte com o ativismo judicial.

Tal situação revela, ainda, a forte presença do moralismo jurídico na interpretação constitucional e, portanto, do subjetivismo do intérprete e aplicador da lei, em grande medida incrementando o ativismo judicial e a judicialização da política. Esse discurso moralista, muito presente no ativismo judicial e na judicialização da política, pode ganhar contornos de populismo judicial, na medida em que também permite a fundamentação (político-ideológica) de decisões desatreladas das normas jurídicas produzidas previamente pelo Poder Legislativo para atender ao “clamor das ruas” ou de necessidades e interesses momentâneos da população e, assim, obter maior legitimidade popular em questões envolvendo intensos debates e conflitos de opinião pública.

O discurso moralista costuma ser identificado com o populismo político, fenômeno associado ao comportamento de agentes políticos que prometem soluções fáceis para problemas sociais complexos, a fim de agradar ao seu eleitorado e obter maior credibilidade perante a opinião pública, situação marcadamente frequente na história política brasileira. No entanto, o discurso moralista do populismo deixou de ser exclusividade dos Poderes legislativo e Executivo, enquanto espaços de debates políticos, para estar presente também na esfera judicial, o que se convencionou denominar de “populismo judicial”. Nesse caso, cuida-se de um discurso em que o Poder Judiciário, que não possui natureza política, confia no descrédito de representatividade dos políticos e da Política para exercer o papel controlador de tudo (políticas públicas, orçamento etc.), em que juízes muitas vezes ignoram o caráter normativo racionalista do Direito para fundamentar suas decisões a partir de suas convicções pessoais, preferências subjetivas e valores morais. Nesse contexto, assevera Salgado (2018, p. 203 e 212), muitos

“pensam ser semideuses, capazes de melhorar o produto do poder constituinte e aperfeiçoar moralmente a sociedade por decisões justas”.<sup>44</sup>

Na quadra atual, especialmente no Brasil, o que se tem verificado é a progressiva perda de espaço das instâncias políticas tradicionais e a expansão da atuação do Poder Judiciário, que em certas situações tem se tornado mais representativo dos anseios e das demandas sociais.<sup>45</sup> Contudo, afigura-se irrepreensível a conclusão de Barroso (2018, p. 111) ao afirmar que “em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade”.

No Estado Democrático de Direito é legítimo que os cidadãos com direitos violados busquem no Poder contramajoritário (Judiciário) o reconhecimento das suas pretensões e a recomposição de seus direitos. Essa legitimidade de controle jurisdicional é garantida pelo disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O exercício da atividade jurisdicional constitui função estatal que tem por escopo a pacificação dos conflitos, substituindo os titulares de interesses contrapostos e aplicando o direito por meio do devido processo legal. É a lógica hobbesiana do contrato social, na qual o Estado (Leviatã) detém o monopólio da violência legítima, a fim de evitar a “guerra de todos contra todos” (HOBBS, 2001).

Nesse sentido, a qualquer cidadão que tenha o seu direito ameaçado ou violado é facultado recorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar a ameaça ou recompor o direito lesado. A propositura de ação judicial, então, revela-se como instrumento jurídico de grande importância para a democracia, haja vista que muitas das demandas dizem respeito a políticas públicas e representam para o cidadão a última possibilidade de garantir ou satisfazer o seu direito. Havendo direitos subjetivos e deveres jurídicos violados ou colocados em risco, cabe ao Poder Judiciário atuar para assegurá-los. No Brasil, o órgão máximo do Poder Judiciário e guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, cuja autonomia jurisdicional tem sido exercitada por meio do controle de constitucionalidade.

---

<sup>44</sup> A exigência de fundamentação das decisões judiciais decorre da própria noção de Estado de Direito, a fim de conferir ao cidadão expectativa de proteção contra arbitrariedades por parte de agentes do Estado. As premissas do discurso jurídico se limitam às normas que integram o Direito (argumento de autoridade), de modo que sua racionalidade deve estar vinculada à comprovação de que foram extraídas do sistema normativo vigente. Isso é o que confere legitimidade e previsibilidade às decisões judiciais e, assim, proteção contra o arbítrio. Com o discurso populista, geralmente fundamentado em teorias da argumentação jurídica (principiológicas), no entanto, “transmutam-se justificativas moralistas em judiciais” para buscar apoio representativo direto da opinião pública (GABARDO; VIANA; WASILEWSKI, 2020, p. 529 e 532). Nesse sentido, o populismo pode ser uma estratégia para ofertar políticas públicas que sejam mesmo falhas de Governo.

<sup>45</sup> Barroso ilustra essa situação ao destacar que, quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Na ocasião em que a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional (BARROSO, 2018, p. 112).

Diante da precária prestação de políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais, o Poder Judiciário tem sido pressionado a intervir para determinar à Administração Pública que coloque em prática as promessas constitucionais, aplicando as tradicionais formas de resolução de conflitos, inclusive por meio de comportamentos qualificados como “judicialização da política” ou “ativismo judicial”, como é o caso da prestação universalizada dos serviços de saúde em torno do fornecimento de medicamentos e tratamentos.

Assim tem sido a justiciabilidade em relação às políticas públicas de saúde, caso em que a lesão ou ameaça se dirige a esse direito fundamental. Ocorre que, no campo da saúde, apesar da extensa e complexa malha normativa constitucional e infraconstitucional, a intervenção do Poder Judiciário na efetivação desse direito tem gerado distorções, situação conhecida como “judicialização da saúde”.

### **1.5.2 A busca pela máxima efetividade das normas e a influência do neoconstitucionalismo**

O segundo fundamento favorável que costuma ser utilizado é a busca pela máxima efetividade das normas constitucionais, com amparo no movimento neoconstitucionalista. Considerando que a hermenêutica constitucional se preocupa em dar a máxima efetividade possível às normas constitucionais e que, entre estas, as que mais clamam por efetividade são as normas veiculadoras de direitos fundamentais, é natural que se conceba que o mínimo essencial desses direitos deva ser realizado. Sendo assim, “todo direito fundamental que representa um *direito à prestação* contra o Estado deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública”, situação que justificaria o controle judicial para assegurar o seu cumprimento (PIRES, 2017, p. 321).

Ao Poder Judiciário, em um Estado Constitucional e Democrático, cabe o papel de interpretar a Constituição e as leis, assegurando direitos e obrigações e o respeito ao ordenamento jurídico. Em certas situações, especialmente relacionadas à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e princípios, como defende Barroso (2005), caberá o papel de construção do sentido das normas jurídicas, inclusive por meio do exercício de ponderação, de concessões recíprocas entre normas e de escolhas fundamentadas. O campo fértil para essa criação judicial tem sido a interpretação de direitos fundamentais, fenômeno que tem provocado muitas inquietações. Ressalvadas as hipóteses de omissão do Poder Público e de ação que transgrida a Constituição, a atividade judicial deve respeitar as opções legislativas e administrativas formuladas pelos órgãos competentes, ou seja, deve ter a marca da autocontenção ou de deferência ao Parlamento. Tal criatividade judicial pode ser influenciada

por uma série de fatores, que vão desde a complexa e crescente produção legislativa<sup>46</sup> até a constitucionalização do Direito a partir da detalhista CRFB/88, passando pelas concepções antiformalistas do Direito pelos seus intérpretes.

Com o processo de constitucionalização do Direito e da incorporação de novos métodos de interpretação de normas constitucionais, operaram-se novos contornos dogmáticos de leitura do Texto Constitucional, impulsionado pelo que se denominou de “neoconstitucionalismo” (ÁVILA, 2014; BARCELLOS, 2005; BARROSO, 2005; SARMENTO, 2010a) ou constitucionalismo principialista. Isso porque, no final da década de 1980, a partir dos estudos sobre a teoria dos princípios, de Dworkin (2010b; 2005), e a técnica da ponderação, de Alexy (2011), torna-se bastante difundida no Brasil a teoria dos princípios, intimamente ligada à teoria dos direitos fundamentais, que atribui normatividade aos princípios, distinguindo-os qualitativamente das regras, especialmente quanto ao modo de aplicação.

O paradigma do neoconstitucionalismo envolve diversos fenômenos, os quais podem ser assim sintetizados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo do positivismo normativista, ancorado no legalismo estrito de bases kelsenianas, e recurso frequente a métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica e teorias da argumentação; c) reaproximação entre Direito e Moral, referida como virada kantiana, em que a dignidade da pessoa humana desempenha o papel de centro axiológico, fundamento último de validade dos direitos fundamentais e de onde se irradiam os demais valores do sistema jurídico; d) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e dos valores constitucionais, principalmente os relacionados aos direitos fundamentais, para todo os ramos do ordenamento; e e) judicialização da política e das relações sociais, com progressivo e significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2010a, p. 233-234; FRAZÃO; SILVA, 2017, p. 111-112).

A partir da concepção dos princípios constitucionais como normas jurídicas imperativas, judicialmente sindicáveis e aplicadas mediante ponderação de valores, esse instrumento legal passou a ser um trunfo para a interpretação do Direito no campo neoconstitucionalista. Ao se reconhecer a força normativa de princípios jurídicos de elevada

---

<sup>46</sup> As leis, que deveriam criar segurança jurídica, quando produzidas desenfreadamente acabam causando o efeito contrário. São muitas as legislações federais, estaduais, municipais, ordinárias, complementares, medidas provisórias, decretos e portarias. Prova disso é a dificuldade que os cidadãos e os próprios operadores do Direito possuem em saber quais as legislações estão em vigor. Nesse cipoal de legislações e incertezas ganha força a atuação do Poder Judiciário, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de diversas leis produzidas. Isso sem contar com aquelas que viram “letra morta”.

carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, “o neoconstitucionalismo abre as portas do direito para o debate moral” (SARMENTO, 2010a, p. 241). Essa nova linha teórica<sup>47</sup> se encontra ligada a certas demarcações. Barroso (2015, p. 07; 2005) identifica o neoconstitucionalismo com as transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, notadamente com o pós-positivismo (marco filosófico), a formação do Estado Constitucional de Direito (marco histórico) e o reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>48</sup>, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática de interpretação constitucional (marco teórico). Se na tradição positivista<sup>49</sup> não havia espaço para a discussão sobre os conflitos sociais, isto é, sobre o “mundo prático”, com a constitucionalização do Direito operada no pós-Segunda Guerra cria-se o espaço para a reconsideração de valores, cuja materialidade se revela pelos princípios.

Tal pensamento exercerá grande influência sobre a interpretação das normas constitucionais no Brasil, na medida em que o Estado Constitucional e Democrático de então girará em torno de amplo rol de direitos fundamentais, de diversas dimensões (individuais, políticos, sociais) e de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB/88). Ao mesmo tempo, a CRFB/88 dará ao Poder Judiciário certo leque de atribuições, por conta da extensa constitucionalização de direitos e garantias individuais e sociais, ao ponto de possibilitar a esse Órgão, inclusive, realizar interpretações para reduzir o positivismo formalista - que buscava equiparar o Direito às ciências naturais e concebia a norma como objeto científico -, em suas decisões, notadamente pelo controle de constitucionalidade, colocando em seu lugar métodos de ponderação e argumentação principiológica fundada em valores, a fim de promover transformações sociais no vácuo omissivo do Poder Legislativo e concretizar os ideais emancipatórios presentes na CRFB/88. As insuficiências do sistema normativo<sup>50</sup> em dar solução a certos casos concretos difíceis (*hard cases*), autorizam o juiz a buscar a regra jurídica para além do texto, fomentando o exercício da sua dimensão criativa.

---

<sup>47</sup> Ramos ressalta que “o neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional” (RAMOS, p. 294, nota de rodapé).

<sup>48</sup> A denominada “força normativa da Constituição”, conforme a visão filosófica de Konrad Hesse (1991), refere-se à valorização da efetividade das normas constitucionais, que deixam de ser apenas expressões simbólicas do pacto político e passam a ter força vinculante sobre o Estado e os indivíduos.

<sup>49</sup> O positivismo, ao se contrapor ao jusnaturalismo no século XIX, afirmara-se como verdadeira ciência, sustentando uma racionalidade objetiva, fundada na separação entre *ser* e *dever ser*, entre Direito e moral, bem como a aplicação de métodos próprios das ciências exatas à ciência jurídica.

<sup>50</sup> A respeito das falhas ou omissões do Poder Legislativo, vale colacionar o que salienta Silva: “A Constituição oferece as bases, os pressupostos e os instrumentos de modernização, a prática política é que tem que coordenar os meios oferecidos para a consecução dos fins apontados na obra do constituinte” (SILVA, 2018, p. 16).

A invocação de princípios para a tomada de decisões jurídicas em casos concretos difíceis ou não é inevitável, já que diversos deles se encontram positivados na CRFB/88 e fazem parte da normatividade constitucional. O problema ocorre quando os princípios são fartamente utilizados de forma inadequada, ao ponto de aumentar a subjetividade da interpretação, intensificando o papel criativo do juiz.<sup>51</sup> A principal questão nesse aspecto diz respeito ao fato de que os princípios são deontológicos, possuem vínculos históricos com as práticas jurídicas no espaço democrático, apresentam imperatividade e, portanto, não podem ser simplesmente inventados pelos legisladores, doutrinadores ou julgadores.

Há fortes evidências para afirmar que no campo da saúde os juízes tomam decisões baseadas em suas convicções morais e sentimentos pessoais de cunho neoconstitucionalista. Por exemplo, em dois estudos sobre a jurisprudência de quatro Tribunais de Justiça e cinco Tribunais Federais, na qual prevaleceu o deferimento dos medicamentos requeridos, Zebulum (2019, p. 26-31; 2018, p. 162) constatou que os juízes se abstiveram de enfrentar as questões de forma técnica, optando por formulações genéricas, como a utilização de princípios gerais do direito de forma vaga e imprecisa, fontes doutrinárias filosóficas, de critérios que expressam sentimentos humanitários de justiça e solidariedade, assim como de expressões de menor densidade jurídica ou subjetivas (“é razoável”, “é justo”, “não é proporcional”) na fundamentação de suas decisões. Daí se constatar em grande parte da jurisprudência elevado número de deferimentos de medidas cautelares e mandados de segurança, fundamentados somente no art. 196 da CRFB/1988 e em argumentos principiológicos, sem a análise mais aprofundada do sistema legal do SUS e a justificação do convencimento do magistrado.

Divergências teóricas à parte, mostra-se pertinente a crítica de Streck (2017, p. 150; 2014, p. 60) no sentido de que no Brasil a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a ser forma de justificar o voluntarismo judicial, de modo que a mera atribuição do nome “princípio” a alguma fundamentação acaba servindo para garantir a aparência de juridicidade – verdadeiro álibi retórico – na justificação de decisões discricionárias. Com o aparecimento de diversidade de princípios<sup>52</sup> no universo da interpretação e aplicação do Direito, fenômeno denominado pelo citado jurista de “pamprincipiologismo” - um subproduto do

---

<sup>51</sup> Sobre a necessidade de se retomar a deferência às regras jurídicas frente à utilização desenfreada de princípios, ver *in*: CRISTÓVAM, 2019.

<sup>52</sup> Esse pamprincipiologismo revela que, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais, há uma proliferação incontrolada de enunciados para solucionar problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Nessa fábrica de princípios podem ser citados os princípios da cooperação processual, da colegialidade, da simetria, da simplicidade, da conexão, da confiança, da afetividade, do fato consumado, da instrumentalidade processual, da confiança no juiz da causa, do deduzido e do dedutível, entre outros.

neoconstitucionalismo à brasileira -, houve fragilização do grau de autonomia do Direito e da própria força normativa da Constituição, na medida em que, a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais, ocorre a “proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional”.

Na mesma linha argumentativa, Ramos (2015, p. 298-299) adverte que uma das características do neoconstitucionalismo no campo da Teoria da Interpretação se traduz no exagero na valoração dos princípios constitucionais, considerando que não se trata da afirmação do caráter vinculante das normas-princípio, mas de “autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar”. Vale lembrar de que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992, art. 11) estabelece como terceira categoria de atos de improbidade as condutas de gestores que violam dolosamente princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, CRFB/88) com o propósito de atender interesses próprios ou de terceiros, em detrimento do interesse público.

### **1.5.3 A discricionariedade judicial como pretexto para a construção argumentativa**

O fundamento anterior guarda relação com outro, o da discricionariedade judicial. Considera-se que, em determinadas situações, não será possível encontrar a solução pré-pronta no sistema jurídico, ocasião em que deverá “ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento”. A essa participação subjetiva do julgador tem sido atribuído o termo “discricionariedade judicial”, como contraponto ao pensamento jurídico clássico que acreditava que o juiz se limitaria apenas a realizar a subsunção mecânica dos fatos às normas (BARROSO, 2018, p. 101-102), ou seja, a operação dedutiva na qual o “aplicador oficial do direito se limitaria a um mecânico enquadramento dos fatos comprovados (premissa menor) na hipótese normativa correspondente (premissa maior), com a imposição da sanção legalmente prevista” (RAMOS, 2015, p. 67).

A linguagem jurídica é representada por signos (expressão textual) que necessitam ser interpretados, ou seja, precisa-se compreender o significado (norma extraída do texto) de cada qual. Em dadas situações, há cláusulas que não demandam interpretações divergentes, por serem claras e unívocas (ex.: município, orçamento). No entanto, existem outras que incluem linguagem aberta e elástica, conceitos jurídicos indeterminados, exigindo valorações do intérprete e algum grau de subjetividade, especialmente quando se trata de princípios

constitucionais, dada a sua intensa carga axiológica (ex.: dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa). Além da ambiguidade da linguagem, relacionada à determinação semântica de sentido da norma, existem os desacordos morais razoáveis, decorrentes da sociedade pluralista e diversificada, na qual as pessoas apresentam pré-compreensões distintas acerca de determinadas matérias, influenciadas por suas próprias convicções filosóficas ou religiosas (BARROSO, 2018, p. 63-64). Nesse sentido, a ambiguidade da linguagem e os desacordos morais, quando presentes na interpretação da norma diante de certo caso concreto, compõem os chamados casos difíceis (*hard cases*), criando a zona de penumbra na qual os valores pessoais dos juízes ganham força e influenciam inegavelmente a tomada de decisão.<sup>53</sup>

A temática da discricionariedade tem sido mais trabalhada no âmbito do Direito Administrativo. De qualquer forma, a ideia central adotada na seara administrativa, de maior liberdade de ação nos limites do Direito, também pode ser aplicada à esfera judicial, ainda que resguardadas as particularidades de cada área. Cabe, também, o registro da discricionariedade legislativa. Nesse particular aspecto, anota-se a precisa observação de Ramos (2015, p. 126) ao identificar que a discricionariedade legislativa possui maior liberdade do que a judicial, já que “na tarefa de compor o nível primário do ordenamento jurídico, o legislador está limitado apenas às normas constitucionais”, enquanto que “o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera”. Percebe-se, desse modo, que em qualquer de suas vertentes, a discricionariedade está relacionada à separação dos Poderes.<sup>54</sup>

Assim, no âmbito judicial, o termo discricionariedade tem sido utilizado para designar a situação na qual “a decisão última sobre o justo no caso concreto é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir” (VERBICARO, 2017, p. 259). A discussão sobre o conteúdo do Direito está relacionada ao significado e alcance de formulações linguísticas, cujo desacordo na determinação do significado dos textos normativos acena à presença do caso considerado difícil. Portanto, partindo da premissa de que a linguagem delimita a compreensão do Direito, o seu conhecimento constitui tarefa semântica. Como atesta

---

<sup>53</sup> Barroso cita, como exemplo, o caso da apreciação da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, em que o posicionamento contrário à autorização foi liderada pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, historicamente ligado ao pensamento e à militância católica, sendo notório que a Igreja se opõe a pesquisas dessa natureza (BARROSO, 2018, p. 71).

<sup>54</sup> Na síntese de Ramos: “A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta” (RAMOS, 2015, p. 130).



Verbicaro (2017, p. 287), “é a indeterminação linguística que produz a indeterminação normativa e, como corolário, a atuação discricionária do intérprete”. Devido à textura aberta da linguagem, podem existir situações para as quais as proposições jurídicas não permitam o mero exercício da subsunção, por carecerem do valor de verdade, ou seja, “não são verdadeiras nem falsas, são indecidíveis”. Esses são os casos difíceis, que exigem do intérprete extrair o devido significado das regras jurídicas semanticamente indeterminadas para chegar à tomada de decisão.

O emprego de expressões vagas ou indeterminadas pelo legislador não caracteriza, na percepção Ramos (2015, p. 127-128), “uma falha na formulação de textos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas”. Logo, ao contrário do que ocorre nas vertentes legislativa e administrativa, a discricionariedade judicial não se guia pelos critérios da conveniência e da oportunidade política.

O estudo da discricionariedade judicial, da indeterminação do Direito, da liberdade interpretativa dos juízes e de seus poderes políticos tem sido objeto de intensas discussões no âmbito da Teoria do Direito, especialmente a partir do conhecido debate entre as perspectivas teóricas de Dworkin e Hart, renovado com o pós-escrito à sua obra “O Conceito de Direito” (HART, 2009, p. 307-356). Em meio às críticas ao pragmatismo jurídico, Dworkin também travou intenso debate com Posner acerca da tensão entre justiça e eficiência ou valor e riqueza, ao chamar a atenção para o fato de que a riqueza não pode ser considerada um valor intrínseco, já que a justiça é construída a partir de uma leitura moral do Direito e a eficiência a partir de premissas utilitárias. De outra parte, Posner sustenta que existe um valor na riqueza, pois a justiça no Direito e nas decisões judiciais se encontra na maximização dos resultados, utilidade que levaria à eficiência (DWORKIN, 1980, p. 191-226; POSNER, 1980, p. 243-252; DWORKIN, 2005; DWORKIN, 2014).

Não se pode negar que os princípios constitucionais acrescem flexibilidade ao sistema jurídico, permitindo auxiliar nas respostas aos casos difíceis, em respeito ao império da lei, à separação dos Poderes e à vontade popular. No entanto, sendo o Direito linguagem, a discricionariedade judicial que exercem os juízes quando decidem utilizando princípios pode se tornar uma argumentação estratégica para a solução de conflitos jurídicos a partir das suas convicções pessoais.

#### 1.5.4 O mínimo existencial como condição básica da existência humana

Por fim, outro fundamento apontado em favor do controle judicial se refere ao mínimo existencial. Sabidamente, o Brasil é considerado um País com enormes desigualdades sociais<sup>55</sup>, diversidades culturais, desenvolvimentos regionais distintos, além de diferenças sociodemográficas e epidemiológicas significativas, o que compõe o caldo de uma sociedade bastante complexa, plural e difusa em sua distribuição e suas necessidades. Partindo-se do pressuposto de que as necessidades são fartas e os recursos escassos, ganha importância a realização de políticas públicas por parte do Poder Executivo, que procuram promover o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades. Vale lembrar de que as políticas públicas que veiculam direitos sociais exigem do Estado prestações de cunho material e, conseqüentemente, dispêndio de recursos.

Nesse cenário, decidir quais as prioridades e os beneficiários não é tarefa das mais fáceis, impondo ao gestor público a realização de escolhas, muitas vezes trágicas, na medida em que, geralmente, não é possível atender a todos a um só tempo e na mesma medida. A tomada de decisão, portanto, envolve beneficiar uns em detrimento de outros, ainda que o foco das políticas públicas seja toda a coletividade. Sarlet e Figueiredo (2013, p. 19, 25 e 30) salientam que os direitos fundamentais sociais estão vinculados à garantia do mínimo existencial, compreendido como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”.

Com origem na Alemanha, o chamado mínimo existencial foi lastreado pelo Tribunal Constitucional alemão no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no direito à vida, quando na década de 1970 assentou que um dos deveres inquestionáveis do Estado deveria ser a assistência aos necessitados, garantindo-lhes “o mínimo” ou condições básicas para a existência humana digna. No entanto, há que se atentar para o fato de que esse mínimo existencial pode variar conforme o ordenamento jurídico de cada lugar, o desenvolvimento econômico, a realidade local da região, a cultura, o tempo, entre outros fatores. Além disso, há que se diferenciar mínimo existencial de mínimo vital.

O conceito jurídico de mínimo existencial guarda distinção do conceito biológico do mínimo vital. Enquanto o mínimo vital pode ser entendido como o patamar mínimo necessário para que o indivíduo possa sobreviver (quantia de nutrientes para mantê-lo vivo), o mínimo

---

<sup>55</sup> De acordo com o Coeficiente de Gini, indicador de desigualdade de renda mais utilizado internacionalmente e que apresenta a escala de 0 a 1, considerando a desigualdade social menor quanto menor for o índice, o Brasil obteve o índice de 0,53 em 2018. Disponível em: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=BR>. Acesso em: 19 jul. 2020.

existencial é mais abrangente, pois inclui a quantidade de bens e serviços públicos que permita ao indivíduo a sua existência digna, o que remete ao conceito de dignidade da pessoa humana (SCAFF, 2018, p. 316).

Mas, então, como concretizar direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, atendendo ao mínimo existencial de uma vida digna, se os recursos são escassos? Tendo em vista a linha tênue entre necessidade e escassez, como alerta Menezes (2015, p. 223), deve o mínimo existencial ser demonstrado com base em elementos probatórios, considerando as necessidades de cada indivíduo em determinada situação, assim como as alternativas indispensáveis e eficientes à implementação do direito. Se é difícil estabelecer o parâmetro conceitual definitivo para o mínimo existencial, também vale dizer que os recursos são escassos somente diante de demandas ilimitadas.

Portanto, ainda que legítimos os fundamentos utilizados a favor do amplo controle judicial, como a legitimidade contramajoritária, a busca pela máxima efetividade das normas constitucionais, a discricionariedade judicial e o mínimo existencial, há que se ponderá-los no caso concreto.

## **1.6 Abordagem jurídica dos principais fundamentos contra o controle judicial ou que impõem limites ao Poder Judiciário**

Diversos são os fundamentos contrários ao controle judicial, todos ligados não só à interpretação do Direito, mas, principalmente, ao contexto da jurisdição constitucional e do conteúdo que deve legitimamente comportar a decisão judicial. Nesse ponto, sobressai a permanente tensão entre a efetividade dos direitos sociais e a escassez dos recursos. Entre os fundamentos contrários ao amplo controle judicial podem ser citados a ilegitimidade contramajoritária do Poder Judiciário, o ativismo judicial, a judicialização da política, os custos dos direitos e a reserva do possível.

### **1.6.1 A ilegitimidade contramajoritária do Poder Judiciário em face da separação dos Poderes**

O primeiro fundamento a ser destacado é a ilegitimidade contramajoritária do Poder Judiciário em face da separação dos Poderes. A questão está diretamente ligada à denominada “dificuldade contramajoritária”<sup>56</sup>, que se relaciona com a ilegitimidade dos juízes, por não serem eleitos pelo voto popular para invalidarem as decisões tomadas pelos agentes políticos

---

<sup>56</sup> Segundo a Teoria Constitucional, a expressão se tornou clássica a partir da obra de Bickel (1962) denominada “*The least dangerous branch*”.

eleitos pelo povo. Ao declarar inconstitucional ato do Legislativo ou do Executivo, a Suprema Corte se opõe à vontade dos representantes do povo. Desse modo, o controle de constitucionalidade (*judicial review*) não seria exercido em nome da maioria, mas contra esta, ou seja, como uma força contramajoritária.

Embora haja argumentos no sentido de que a expansão do Poder Judiciário e o fenômeno da judicialização não representam algo novo no Brasil e, portanto, não decorrem apenas do processo de redemocratização, deitando raízes nas relações históricas entre o Direito e o poder (ALMEIDA, 2016, p. 19-20), fato é que atualmente no País tem predominado a concepção de que a legitimidade da democracia está mais atrelada ao Tribunal Constitucional do que à Instituição Política como poder do povo exercido por meio de seus representantes. Nesse sentido, há uma tensão entre Política e Direito que desemboca na despolitização da democracia, conforme assevera Tonelli (2016, p. 26), “quando setores conservadores da sociedade e da política defendem a supremacia judicial em detrimento do poder político”, já que a legitimidade da democracia decorre da Política, não dos Tribunais.

Por isso, a ascensão do Poder Judiciário tem sido um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo, ao lado da descrença nas instituições políticas representativas, especialmente devido aos sucessivos escândalos de corrupção. Anota-se que a expansão da jurisdição constitucional nos Estados democráticos apresenta diversas causas. Entre elas está a importância dada ao Judiciário após a Segunda Guerra Mundial no tocante à proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. Outra causa está ligada à desilusão com a política majoritária em face da crise de representatividade dos Parlamentos. E ainda pode ser citado como causa o fato de, muitas vezes, os atores políticos preferirem que o Judiciário decida certas questões polêmicas, sobre as quais haja desacordo moral razoável na sociedade (uniões homoafetivas, aborto e outras), evitando o desgaste político (BARROSO, 2018, p. 134).

O tema da separação dos Poderes, corolário do Estado Liberal, já ocupava a atenção de pensadores, como Aristóteles, Locke e Montesquieu, ainda que se tenha desenvolvido o senso comum de que este último sistematizara a Teoria da Tripartição dos Poderes (ARISTÓTELES, 2000; LOCKE, 1998; MONTESQUIEU, 2000). A discussão acerca da separação dos Poderes possui como registro histórico as ideias de Aristóteles, distinguindo na estrutura de governo da Antiguidade Clássica Grega o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. No entanto, foi no Século XVIII que Montesquieu desenvolveu a Teoria da Tripartição dos Poderes com a separação orgânico-funcional das atividades do Estado, na qual propôs uma divisão do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de evitar a concentração de poderes nas mãos de apenas um órgão e o seu exercício ilimitado. Assim, o

sistema de separação dos Poderes correspondia a um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).<sup>57</sup>

Sem se distanciar dessas premissas, Ramos (2015, p. 69-156) aponta que a organização dos Poderes estatais “refletia o predomínio político do Poder Legislativo”, restando ao Poder Judiciário, enquanto poder autônomo, a aplicação cega da lei aos casos concretos, de modo que os juízes deveriam ser neutros em relação às opções políticas do legislador e, portanto, apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Havia empenho na contenção do poder e na eliminação dos privilégios feudais devido aos abusos do absolutismo monárquico, razão pela qual a lei constituía a solução para abolir o arbítrio governamental e garantir a todos a igualdade de direitos. Daí o primado da lei e da segurança jurídica. Ainda de acordo com o autor, a transformação do Estado Liberal-democrático em Estado Social-democrático alterou profundamente o modo de expressão institucional do princípio da separação dos Poderes, no que se refere ao elenco de funções estatais, à configuração dos órgãos que as desempenham, à distribuição das funções entre os órgãos e ao modo de seu exercício.

Tem sido caro ao Estado Democrático de Direito o debate acerca da jurisdição constitucional e da separação dos Poderes. Com o lugar de destaque assumido pela jurisdição no Estado Constitucional de Direito, o Poder Judiciário foi guindado, na expressão de Trindade (2017, p. 103-104), “à condição de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático”, cuja expansão tem conduzido ao protagonismo judicial, fenômenos conhecidos como ativismo judicial e judicialização da política, até mesmo em razão da complexidade das relações e dos conflitos sociais na sociedade contemporânea.

De fato, há que se ponderar a visão rígida da Teoria da Separação dos Poderes concebida à época de Montesquieu, inaplicável nos dias de hoje, diante de uma sociedade que se tornou mais complexa e dinâmica, especialmente no caso brasileiro sob o regime presidencialista, tal como propôs Silva (2008, p. 589), e do constitucionalismo contemporâneo. No entanto, isso não afasta a possibilidade de tal abordagem no campo da judicialização da saúde, inclusive quando se está diante de posturas ativistas de alguns juízes. Por outro lado, não se deve sustentar a redução da importância do papel do Judiciário, primeiramente porque há previsão constitucional de que o Poder Judiciário deve zelar pela guarda da Constituição e exercer o controle jurisdicional das políticas públicas, inclusive da saúde. Segundo, porque abdicar do controle jurisdicional implicaria defender um modelo de Poder Executivo forte, controlador e absoluto, tal qual proposto por Schmitt (2007). Obviamente, não se está a falar de

---

<sup>57</sup> O Brasil adotou a teoria do filósofo francês, consagrando-a no art. 2º da CRFB/88, ao prever que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

hierarquia entre os Poderes quanto ao controle das políticas públicas de saúde, mas sim de harmonia, em consonância com o disposto na CRFB/88, até porque as políticas públicas envolvem ações e tomadas de decisões complexas e executadas em redes.

### **1.6.2 O ativismo judicial como postura proativa de juízes**

Outro fundamento desfavorável ao controle judicial relacionado à judicialização e que merece destaque é o ativismo judicial. Em sentido amplo, a judicialização pode ser entendida como a busca de solução de conflitos sociais no Poder Judiciário ou, ainda, como descreve Barroso (2010b, p. 8-10), “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. No Brasil, aponta o autor que a judicialização decorre, fundamentalmente, do “modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado” e do “sistema de controle de constitucionalidade”, que mescla a matriz norte-americana, em que todo juiz ou Tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto (controle difuso), e a matriz europeia, especificamente austríaco-germânica, que admite ações diretas perante a Corte Constitucional (controle concentrado por ações abstratas), aliado à variedade de ações diretas e ao direito de propositura.

Barroso (2018, p. 22-24) diferencia duas situações no emprego da expressão “judicialização”. A primeira é a judicialização quantitativa, relacionada à explosão de litigiosidade ou de ações judiciais em curso no País, a que o autor denomina de “judicialização da vida”. Os aspectos positivos desse modelo revelam, por um lado, maior consciência da sociedade civil de seus direitos e de sua cidadania, assim como maior confiança nas instituições judiciais. Por outro, há aspectos negativos, representados pelo descumprimento reiterado de deveres e obrigações, bem como pelo espírito de emulação por parte de diversas pessoas. A segunda situação é a judicialização qualitativa, relacionada ao fato de que as grandes questões políticas, econômicas, sociais e éticas passaram a ser decididas pelos Tribunais. Entre os aspectos positivos, destaca-se a possibilidade de o Judiciário atender a demandas não satisfeitas pelos outros Poderes. Entre os negativos está o fato de evidenciar a deficiência grave no funcionamento da política majoritária, conduzida pelos órgãos eletivos (Legislativo e Executivo).

Tais premissas são importantes para fins de diferenciação entre judicialização, judicialização da política, ativismo judicial e, o seu oposto, autocontenção judicial ou deferência jurídica, postura institucional de respeito aos demais Poderes. Enquanto a judicialização decorre do próprio desenho institucional previsto na CRFB/88, que inclui acesso à Justiça, definição constitucional de direitos fundamentais e papel dos Tribunais

Constitucionais de dar-lhes cumprimento, a judicialização da política é espécie do gênero judicialização, basicamente ligada ao tratamento judicial de questões políticas. Já o ativismo está ligado à postura proativa de juízes e Tribunais na interpretação e concretização dos preceitos plasmados na Carta Política, sobretudo na expansão de sentido e alcance na proteção de direitos fundamentais. A autocontenção judicial, por sua vez, refere-se à postura mais conservadora de juízes e tribunais, com a menor interferência possível na seara dos Poderes Legislativo e Executivo. Na autocontenção, os juízes evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e se abstêm de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2010b, p. 11; BARROSO, 2018, p. 49-50).

Também é possível vislumbrar o ativismo como um fenômeno interno ao Poder Judiciário, a partir da atuação dos juízes, enquanto a judicialização seria um fenômeno externo, decorrente da opção dos indivíduos pela busca do Judiciário para solucionar questões políticas, econômicas e sociais (ROSALEN, 2018, p. 131). Ao remontar a construção histórica da expressão “ativismo judicial”, Barroso (2010a) narra que foi empregada para qualificar a atuação da Suprema Corte dos EUA, no período em que era presidida por Earl Warren, entre 1953 e 1969, consistente na ideia de que uma Corte de Justiça progressista poderia promover a revolução humanista que o processo político majoritário não era capaz de fazer. Tratava-se de momento conduzido por jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Passado esse período, a Suprema Corte foi envolvida por “onda” conservadora, em que os juízes nomeados possuíam visão crítica do ativismo judicial. Essa intensa reação conservadora deu ao ativismo judicial conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

Prosseguindo na tentativa de discernir o tema e com certa similitude de pensamento, Ramos (2015, p. 131 e 142-143) destaca que o ativismo judicial deve ser entendido como o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”. Em matéria constitucional, o ativismo está relacionado às atividades de interpretação e de aplicação da Lei Maior, que compreendem questões como supremacia hierárquica das normas constitucionais, preceitos constitucionais concretizados em normas-princípio, imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional e

supremacia funcional dos órgãos judiciários quanto à interpretação e aplicação da Constituição.<sup>58</sup>

Na percepção de Oliveira (2015, p. 192-193), mais do que significar a atuação dos juízes no sentido de “fazer cumprir a lei”, o ativismo exige que eles assumam “uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como ‘dignidade da pessoa humana’, ‘igualdade’, ‘liberdade de expressão’ etc.”. E a audácia ocorre porque “reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios”.

Dada a multiplicidade de sentidos que cercam a expressão ativismo judicial, Leal e Alves (2015, p. 109 e 119) sistematizam o tema sob dois prismas: como interpretação constitucional e como intervenção nos demais Poderes. O primeiro está relacionado ao modo proativo de interpretação das normas da Constituição, mesmo que acabe inovando no mundo jurídico criando normas não previstas no ordenamento ou alterando o sentido original pretendido pelo legislador. O segundo, por sua vez, está ligado à intervenção na esfera de atuação dos outros Poderes, caso em que, muitas vezes, em nome da proteção de direitos fundamentais, acaba invadindo a competência outorgada aos demais Poderes, especialmente no âmbito do controle judicial das políticas públicas, violando a divisão dos Poderes.<sup>59</sup>

Pode-se, até mesmo, considerar que o fato de a CRFB/88 ter dado ao Judiciário a possibilidade de preencher as lacunas ou omissões na legislação e nas políticas públicas, isso caracterizaria um natural ativismo judicial, mas sem interferência sobre o Legislativo e o Executivo, respectivamente. No caso, tratar-se-ia de comportamento criativo jurisprudencial do Direito. Nesse sentido, Sarmiento (2010a, p. 261) sustenta que o Poder Judiciário possui um papel importante na concretização da CRFB/88 e o ativismo judicial se justificaria em algumas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da democracia, “em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo”.

---

<sup>58</sup> O autor aponta alguns parâmetros dogmáticos para identificação do ativismo judicial, como: exigência de que toda interpretação constitucional deve ser compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto jurídico (limite da textualidade); exigência da percepção do Direito como um sistema axiologicamente orientado; exigência de o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena ou de eficácia limitada; e exigência de modulação dos efeitos temporais das decisões de controle.

<sup>59</sup> Cabe o registro de que os autores consideram equivocada a utilização do termo “princípio da separação dos Poderes”, como tratado pela doutrina majoritária, por representar a ideia de cisão, de separação. Por entenderem que o poder do Estado é uno, preferem o termo “divisão dos Poderes”.



Para Koerner (2013, p. 69-76), o próprio termo “ativismo judicial”, utilizado de forma crescente desde sua emergência nos EUA após a Segunda Guerra Mundial, possui designações distintas, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões em conjunto. Esse termo foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e, mais recentemente, nas discussões jurídicas sobre o papel do STF. Em essência, a discussão versa sobre o papel do Poder Judiciário, o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes.

Não obstante a dificuldade de sua caracterização, há que se reconhecer, ao menos em terras brasileiras, que as práticas ativistas apresentam conotação negativa, na medida em que se está diante de função judicante que extrapola os limites impostos pelo legislador e pela Constituição, afetando irregularmente as atividades legiferante e executiva e, de modo geral, o Estado de Direito, a separação dos Poderes, a segurança jurídica e a própria democracia.

O Poder Judiciário não se considera ativista ao controlar políticas públicas, por entender estar suprindo omissões inconstitucionais dos demais Poderes. Em pesquisa realizada sobre o ativismo judicial nas decisões do STF, Leal e Alves (2015, p. 168) apontam que o Órgão não reconhece em sua atuação a prática interpretativa como ativismo judicial, mesmo nos casos em que “tenha ocorrido um distanciamento dos cânones metodológicos interpretativos”. Citam que, nos julgamentos de casos como Maria da Penha (alteração na lei), nepotismo (criação normativa), Raposa Serra do Sol (criação normativa) e aborto de fetos anencéfalos (criação normativa), “o Tribunal legislou em nome de uma interpretação conforme ‘à inteireza da Constituição’”.

Do mesmo modo, o STF também não reconhece sua atuação no controle judicial de políticas públicas como ativismo judicial, sob o argumento de ser postura de efetivação de direitos fundamentais sociais e, portanto, não havendo invasão da esfera de competência dos demais Poderes (LEAL; ALVES, 2015, p. 181). Ocorre que, sob o pretexto de legitimar suas decisões diante da inércia legislativa e administrativa, a interferência acaba se dando na estrutura orçamentária e administrativa dos Entes Federativos, comprometendo as políticas públicas destinadas à coletividade e a própria efetivação da Constituição.

No julgamento unânime do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, em 2010, envolvendo o fornecimento de medicamentos, por exemplo, reconhece-se não haver violação ao princípio da separação dos Poderes, sob o argumento de que o Judiciário está efetivando direitos fundamentais previstos na Constituição. Isso vale, inclusive, para as políticas públicas nos casos em que os órgãos estatais não a implementam ou comprometam a

efetivação de direitos fundamentais. Assim, justificaria a legítima intervenção judicial a “ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significado real ao direito à saúde” (STF, ARegSTA/CE 175, 2010).

### **1.6.3 A interferência dos Tribunais sobre os outros Poderes: a judicialização da política**

Outro ponto relevante de fundamentação desfavorável está relacionado à denominada “judicialização da política”. Sarmiento (2010a, p. 246-247) identifica que a sistemática de jurisdição constitucional adotada favoreceu o processo de judicialização da política, porquanto conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada, entre outras entidades, o poder de provocar o Poder Judiciário, sendo praticamente impossível que alguma questão relevante seja solucionada no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram ao STF para que dê a palavra final. Aliado a isso, a CRFB/88 regulou uma grande quantidade de assuntos e elencou diversos princípios vagos, dotados de forte carga axiológica.

A discussão remete à separação entre Direito e Política (ou sistema jurídico *versus* sistema político). No Estado Democrático de Direito, a separação entre Direito e Política é fundamental. Enquanto o traço distintivo daquele repousa na soberania da lei (*rule of law*), o desta repousa na soberania popular. Mas essa linha divisória nem sempre é perceptível. Enquanto no Direito vigora o domínio da razão, representado pela primazia da lei e pelo respeito aos direitos fundamentais, na Política prevalece o domínio da vontade, representado pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Apesar da distinção, no plano da criação o Direito não pode ser separado da Política, por ser produto do processo legislativo (vontade da maioria) e, portanto, da Política. Diferentemente ocorre no plano de aplicação do Direito, em que a separação se faz necessária a fim de evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial (BARROSO, 2018, p. 55-56).

A criação e a interpretação do Direito dependem da atuação do legislador e do intérprete. Daí se diferenciar a função legislativa da função jurisdicional, pois, enquanto naquela o legislador, em regra, age regulando fatos futuros por meio de normas gerais e abstratas, nesta o julgador juiz age aplicando a regra jurídica a fatos presentes ou passados. A legislação, enquanto ato de vontade, expressa os interesses dominantes ou o interesse público. A interpretação do Direito aplicável, por sua vez, expressa a compreensão particular do juiz

sobre o sentido das normas.<sup>60</sup> O choque entre Direito e Política pode produzir vítimas nos dois lados, como “a justiça e a segurança jurídica, que movem o direito; ou a soberania popular e a legitimidade democrática, que devem conduzir a política” (BARROSO, 2018, p. 63).

Não há como cindir radicalmente o caráter jurídico do caráter político da decisão, já que um não exclui o outro. Como bem explica Verbicaro (2017, p. 407), “a política produz o direito, o direito controla a política, a política é conduzida pelas diretrizes do direito”. Na mesma linha, como alerta Barroso (2010b, p. 15-16), no plano da criação do Direito não há como separá-lo da Política, por ser produto do processo constituinte e do processo legislativo. Logo, o Direito é produto da Política. Já no plano da aplicação do Direito, a sua separação da Política é desejável, considerando a necessidade de se evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Na interface entre Política e Direito está a Constituição, que institui os Poderes do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário -, reservando aos dois primeiros atribuições essencialmente políticas, espaço por excelência do processo majoritário, e, ao terceiro, atribuições essencialmente técnicas, de solução de litígios mediante a aplicação da Constituição e das leis.

Decisões judiciais e políticas constituem formas distintas de tomadas de decisão. A primeira ocorre nos juízos de primeira e segunda instâncias, conforme sejam prolatadas monocrática ou colegiadamente e possuem relação com o Estado de Direito. As decisões políticas, por sua vez, ocorrem no âmbito do Parlamento, fornecendo os contornos do Direito e guardam relação com a democracia.<sup>61</sup> A legitimidade do poder político decorre do voto popular, sendo a soberania popular a base da democracia. Enquanto nas assembleias populares os representantes políticos são eleitos pelo povo e tomam decisões em nome deste, nas instâncias judiciais os magistrados são concursados ou indicados politicamente (segunda instância), não sendo eleitos pelo povo e tomam decisões em nome Estado. A judicialização da política, portanto, significa dar um tratamento judicial a questões que devem ser tratadas no âmbito do Parlamento<sup>62</sup>. Como diria Dworkin (2005, p. 80), na democracia “a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes não eleitos”.

---

<sup>60</sup> Ramos explica que a atividade exegética “postula uma relação dialética entre dois polos, por meio da qual um sujeito cognoscente (intérprete-aplicador) procura compreender o sentido de um objeto cognoscível (texto normativo)” (RAMOS, 2015, p. 79-80).

<sup>61</sup> A democracia envolve interesses e valores conflitantes, de maneira que as instituições democráticas não são geradoras de consenso, mas processadoras de conflitos. Além disso, a autorização para governar é decorrência das realizações de eleições, que designam vencedores e perdedores (OLIVEIRA, 2015, p. 188-189).

<sup>62</sup> Vale lembrar, por exemplo, como protagonismo do Judiciário sobre questões políticas tanto aquelas relacionadas a políticas públicas (saúde, educação etc.) quanto aquelas referentes à política em sentido estrito (Lei da Ficha Limpa, cláusula de barreira, financiamento de campanhas, mandato parlamentar etc.).

A judicialização da política, porém, não se apresenta uniformemente em diversos países, dadas as particularidades de cada Estado e o contexto histórico sociopolítico. No contexto brasileiro, tem-se atribuído o marco da consolidação desse fenômeno de protagonismo judicial à promulgação da CRFB/1988 e ao processo de redemocratização. Nesse ponto, acompanha-se Verbicaro (2017, p. 339-363) quanto às condições facilitadoras da judicialização da política, que giram em torno das mudanças valorativas do Direito promovidas pela promulgação da CRFB/1988, do reconhecimento do acesso à Justiça como direito fundamental, da estrutura tripartite de organização dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), da textura aberta das normas constitucionais, da superação do modelo formalista de interpretação, da ampliação do espaço reservado ao STF, da ampliação do rol de legitimados ativos a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e a agir em defesa de direitos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito), da existência de novas forças sociais (movimentos, organizações e grupos sociais), da hipertrofia legislativa, entre outros.

Tonelli (2016, p. 26) explica a judicialização da política a partir do caráter invasivo do Direito na Política, destacando que essa prática ocorre quando “decisões que deveriam ser tomadas no parlamento são levadas pelos políticos aos tribunais”. Igualmente aqui há de se diferenciar judicialização da política de politização do Poder Judiciário. Enquanto aquela resulta da possibilidade de os indivíduos exigirem judicialmente as prestações estatais juridificadas, esta resulta da utilização de argumentos políticos no discurso jurídico para a tomada de decisão.

Por outro lado, a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial não é algo simples e unívoco. A visualização concreta da judicialização da política é mais facilmente percebida na interferência de Tribunais sobre a elaboração e os resultados de políticas públicas. Por outro lado, quanto às causas, Ferejohn (2012, p. 80-81) distingue duas causas gerais da judicialização: hipótese da fragmentação e hipótese dos direitos. A primeira está ligada à crescente fragmentação do poder dentro dos Poderes Políticos, limitando a capacidade de legislar ou de ser o lugar no qual a política é formulada. Assim, diante da inércia dos Poderes Políticos, a pessoas tendem a buscar a solução dos conflitos nos tribunais. É aí que o Legislativo dividido não consegue facilmente impedir os Tribunais de fazerem política. A segunda se refere à percepção de que se pode confiar nos Tribunais. Nessa situação, à medida que os Tribunais começaram a proteger direitos e liberdades, a oposição à expansiva atividade judicial diminuiu. Interessante anotar também a posição de Hirschl (2012, p. 30-34), para quem, em análise global, alega não se ter levado a sério a noção de Tribunais como Instituições

Políticas, uma vez que “autoridades eleitas podem ter razões políticas para dar poderes a tribunais constitucionais”, como uma deferência política estratégica ao Judiciário. Daí conceber que os principais catalisadores da judicialização da megapolítica<sup>63</sup> são as lutas concretas por poder político.

A expansão da judicialização da política<sup>64</sup>, concebida como a participação cada vez maior do Poder Judiciário na tomada de decisões que deveriam ser eminentemente tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tem sido impulsionada pela intensa exposição midiática das decisões do STF em casos paradigmáticos, de grande repercussão na opinião pública, no campo das questões morais que giram em torno dos direitos fundamentais e dos processos político-eleitorais. São diversas as situações, bastando como exemplos a que reconheceu as uniões estáveis homoafetivas (STF, ADI 4277; ADPF 132, 2011), a que regulamentou o direito de greve dos servidores públicos (STF, MI 670; MI 708; MI 712, 2007), a que decidiu sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias (STF, ADI 3510, 2008), a que afirmou a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos (STF, ADPF 54, 2012), a que dispôs sobre questões relacionadas ao uso de algemas (STF, HC 91.952, 2008), a que estabeleceu o dever de fidelidade partidária (STF, MS 26.602; MS 26.603; MS 26.604, 2007), entre outras, especialmente resultantes de desdobramentos da Operação Lava-Jato, como a que permitiu a execução da pena após condenação em segunda instância, num primeiro momento (STF, HC 126.292, 2016), e depois a proibiu ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal<sup>65</sup>. Acrescente-se, ainda, as ações judiciais relacionadas à pandemia da Covid-19, mais recentemente.

Todas essas questões, de alguma forma, envolvem o papel do controle de constitucionalidade, que remete à discussão acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário, lembrando o famoso e fecundo debate no final da década de 1920 entre Schmitt e Kelsen sobre quem deveria ser o guardião da Constituição. As consequências desses debates

---

<sup>63</sup> A expressão “megapolítica”, segundo Hirschl (2012, p. 27-28), está relacionada a assuntos de grande significância política, que muitas vezes definem e dividem Estados inteiros, como resultados eleitorais, mudanças de regime, questões de guerra e paz, de identidade coletiva fundamental ou de processos de construção de uma nação.

<sup>64</sup> Apesar do fascínio que desperta o tema da judicialização da política, escapa aos limites da presente pesquisa aprofundar sua análise revelando todas as causas e consequências, pois exigiria longo desvio por caminho repleto de especificidades que não seria possível percorrer nesse momento. No entanto, maiores detalhes podem ser buscados em outros autores, como: WALDRON, 2005; TATE; VALLINDER, 1995; VIANNA *et al.*, 1999; VALLINDER, 2012; VIANNA, 2002; HIRSCHL, 2004.

<sup>65</sup> Em 2019, no julgamento em conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ADCs 43, 44 e 54, o Plenário do STF, por maioria, julgou procedente as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403/11, que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

repercutem de maneira bastante atual no Brasil, quando se confrontam os papéis do Executivo e do Judiciário, notadamente pela interpretação que o Poder Judiciário tem feito da Constituição nos últimos anos.<sup>66</sup>

Em sede de judicialização da política, a discussão está longe de seu fim, porquanto se encontra circunscrita ao candente debate envolvendo o postulado da separação dos Poderes, um dos pilares do constitucionalismo. A separação dos Poderes é vista como a forma de impedir interferências de um Poder em outro, o que de certo modo não deixa de ser uma visão simplista, como alerta Holmes (1999, p. 19-20), de que a autoridade é dividida para evitar excessivas concentrações de poder, em que dado ramo do Governo pode “frear” o outro, inibindo o despotismo ou revelando a corrupção. No entanto, como salienta o autor, é preciso ter em mente que a separação de Poderes também possui a função de aumentar o poder.

Seguindo a mesma linha, Waldron (2016, p. 35-36) afirma que a concepção de separação formal dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como maneira de diluir o poder tornando mais difícil o seu exercício, não deve ser vista apenas pela lente da restrição e da limitação, mas como forma de levar a sério a integridade de verdadeiro exercício legislativo, a fim de compreender a importância de específica Constituição a partir da possibilidade de alojamento para a atividade política de dada sociedade.

Certamente, a compreensão mais ampla acerca da judicialização da política deve envolver a análise de outros fatores, entre os quais a origem social dos juízes, a forma de investidura no cargo, seus comportamentos no ambiente institucional<sup>67</sup> e as próprias carreiras jurídicas como elites do passado, paralelamente ao modelo de democracia verdadeiramente representativa e participativa. De um lado, não há dúvidas de que deve ser incentivada a jurisdição valorizadora da irradiação das normas constitucionais pelo ordenamento jurídico e a atuação construtiva do Poder Judiciário para a proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais e dos pressupostos da democracia. De outro, é sabido que os juízes não vivem em

---

<sup>66</sup> Para Kelsen, a Constituição é o documento que expressa o Direito, de modo que o governado deve respeitar a norma elaborada pelo Legislativo, enquanto para Schmitt a Constituição expressa a vontade do povo, não podendo estar sob o controle do Judiciário, mas sim do Executivo (*Führer do Reich*), o qual representa a vontade soberana do povo. Com isso, o mestre da Escola de Viena defendeu que o papel de salvaguardar a Constituição deveria ser de um Tribunal de Justiça Constitucional, enquanto Schmitt sustentou que caberia ao Executivo. Não obstante o esmero argumentativo e crítico de Schmitt em relação ao Parlamento de sua época, o vencedor do debate foi Kelsen, considerando a projeção histórica de seu pensamento, que culminou com a preponderância do sistema de Tribunais Constitucionais ao longo da segunda metade do Século XX nos países democráticos. Também merece destaque, em acréscimo a esse debate, a contribuição de Waldron, para quem a atribuição da última palavra aos juízes representaria a “aristocracia judicial”, defendendo que o Parlamento deveria ser o guardião, por conter a legítima representação da sociedade democrática (SCHMITT, 2007, p. 19-71 e 193-234; KELSEN, 2004; KELSEN, 2003, p. 239-298; WALDRON, 2003; WALDRON, 2005).

<sup>67</sup> Os juízes possuem preferências, buscam maximizar os seus interesses e valores, agem orientados por metas e reagem a oportunidades e a limitações impostas pelo ambiente político e econômico (OLIVEIRA, 2015, p. 196).

completo isolamento da política e, por isso, o debate acerca da judicialização da política é, em grande medida, sobre os limites decisórios do Poder Judiciário sob o aspecto da legitimidade democrática.

Sabe-se que a inércia é uma das características da função jurisdicional, o que significa que o Judiciário age somente por provocação dos interessados que buscam solução para os seus conflitos. Ainda que considerado inerte, por não ter iniciativa em matéria judicial, salvo no exercício de sua competência administrativa, o Poder Judiciário tem seu protagonismo revelado pela judicialização da política e das relações sociais, assim como pelo ativismo judicial. Assume-se que não há conceitos prontos e acabados acerca desses institutos, dadas as dificuldades pragmáticas e hermenêuticas que se apresentam na análise de casos concretos no tempo e no espaço, embora os seus contornos possam ser delineados a partir de alguns aportes teóricos. Também se reconhece ser tormentosa a conceituação da judicialização da política e do ativismo judicial, temas que guardam íntima relação e que se exacerbam quando o Poder Judiciário se obriga a dar respostas à multiplicação das demandas no campo de direitos fundamentais sociais ou, ainda, da Política. No entanto, parece não haver dúvidas sobre o controle (filtros, barreiras) que o Poder Judiciário pode exercer sobre a agenda de demandas que lhe são submetidas para sentença.

#### **1.6.4 Concretizar direitos é oneroso: os custos dos direitos**

Fundamento também bastante utilizado diz respeito aos custos dos direitos. Holmes e Sunstein (1999, p. 13) levantaram a discussão sobre o custo dos direitos arguindo a tese de que a eficácia dos direitos depende dos impostos. Os autores partem de caso concreto, ocorrido em 1995, em que o incêndio numa propriedade privada na região de Westhampton, no Estado de Nova York, produziu poucos danos materiais e nenhuma morte porque houve ação eficiente do corpo de bombeiros e de outros funcionários do Estado. Justificam que só foi possível fazer frente ao incêndio e defender a propriedade privada porque foram utilizados recursos públicos, aportados por todos os cidadãos, o que leva à conclusão de que os direitos não são independentes dos custos.

Os argumentos dos citados autores são provocativos, já que a tese fundamental é de que o direito custa dinheiro (*rights cost money*), na medida em que não pode ser protegido ou obrigado sem suporte econômico ou financiamento público. Ao refletirem sobre a natureza dos direitos, rechaçam a distinção entre direitos positivos (prestação) e negativos (defesa), argumentando se tratar de uma falsa distinção, no sentido de que os primeiros demandariam recursos do Estado, enquanto os segundos só lhe impõem o dever de não interferir. Do mesmo

modo em relação aos direitos civis e sociais, afastando a afirmação de que somente os sociais implicariam custos estatais. Portanto, não fazem distinção entre direitos positivos e negativos, assim como entre direitos civis e sociais.

A ideia central é de que todos os direitos, em sentido legal (e não moral), quando são ofendidos, requerem um remédio, uma reparação, o que evidencia a inadequada distinção entre os direitos positivos e negativos. E se todos os direitos têm custos, alguém tem que pagar por eles, que é o Estado, por meio de fundos públicos, que decorrem do pagamento de impostos. Por isso, Holmes e Sunstein (1999, p. 35 e 44) argumentam que todos os direitos são caros porque todos pressupõem “máquina estatal” eficaz de supervisão, financiada pelos contribuintes, para monitorar e fiscalizar. Logo, o Estado possui o papel de manter a ordem por meio de aparato burocrático (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, instituições públicas, policiais, promotores, juízes, servidores públicos etc.) que se sustenta pelo pagamento de tributos pelos contribuintes. Sendo assim, o bem-estar coletivo e individual é promovido de maneira distributiva a partir dos recursos provenientes da tributação, considerando que o Estado não possui como finalidade a acumulação de riqueza.

Posner (1996, p. 2) também segue a linha argumentativa de que os direitos jurídicos não são bens gratuitos, pois consomem recursos reais, incluindo o tempo precioso de profissionais altamente qualificados, que podem ser particularmente escassos nos países pobres. Além dos custos diretos, existem custos indiretos para que sejam executáveis os direitos. O autor chama a atenção para o fato de que a reflexão sobre os custos pode até auxiliar no projeto e no redesenho das instituições. O reconhecimento de que os direitos possuem custos não significa comprometimento de sua efetiva proteção, mas compreensão acerca da necessidade de otimização dos recursos públicos disponíveis e limitados, o que envolve escolhas trágicas sobre onde investir prioritariamente.

No caso do sistema público de saúde, os recursos arrecadados pelo Estado se destinam, em grande parte, para prevenção, tratamentos, medicamentos e procedimentos médicos oferecidos gratuitamente à população. Como esses recursos são insuficientes para atender a todas as doenças, são canalizados para controlar as principais enfermidades que afetam a população de maneira geral, sendo custeadas por meio de políticas públicas. Por isso a importância de se levar a sério o fato de que os direitos têm custos e que a concretização de políticas públicas exige recursos disponíveis.



### 1.6.5 A reserva do possível e seus limites fáticos e jurídicos

Merece ser salientado outro fundamento desfavorável importante, qual seja, a reserva do possível. Considerando que a ideia de escassez guarda correlação com a reserva do possível, enquanto limite fático (pessoas, tecnologia etc.) e financeiro, é racional pensar que o cumprimento do direito fundamental à saúde demanda a existência de recursos suficientes para o seu atendimento, de maneira que esse direito só poderá ser efetivado na medida em que exista dinheiro disponível para tanto. Conforme salienta Barcellos (2002, p. 236-237), “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”.

É sabido que o custeio das prestações de serviços públicos está na dependência do aporte de recursos disponíveis do Estado obtidos por meio dos tributos. No entanto, em relação às políticas públicas, a ideia de limitação da concretização de direitos fundamentais sociais à existência de recursos públicos disponíveis, concebida como reserva do possível, tem sido alvo de muitas críticas. Surgida na Alemanha, o marco referencial da Teoria da Reserva do Possível remonta à decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) relacionada ao direito à educação, cujo caso cuidava de candidatos ao curso de medicina que não conseguiram ingressar nas faculdades públicas devido à limitação do número de vagas (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29). As Universidades da Baviera e de Hamburgo estabeleceram certa quantidade de vagas, contrariando o acesso universal ao ensino superior, conforme previa a legislação daquele País. Nesse sistema, quem concluísse o ensino médio possuiria o direito de cursar o ensino superior, de modo que as vagas necessárias deveriam ser disponibilizadas para atender à demanda discente (SCAFF, 2018, p. 295). Assim, os estudantes pleitearam o ingresso com base em dispositivo constitucional que estabelecia a todos os alemães o direito de escolher livremente profissão, local de trabalho e ensino superior.

No fim da década de 1960, na Alemanha, houve aumento significativo no número de candidatos a uma vaga no ensino superior, porém, a ampliação da oferta de quantidade de vagas nas universidades não acompanhou o crescimento dessa demanda. Um dos cursos especialmente afetados foi o de medicina. O Tribunal Alemão decidiu pela manutenção do sistema *numerus clausus*, já que não havia quantidade suficiente de laboratórios naquelas universidades para atender a toda a demanda. Tratava-se de uma limitação fática. Com isso, foi determinado às universidades que, na medida do possível, promovessem a ampliação paulatina do número de vagas disponíveis (SCAFF, 2018, p. 295).

Diante disso, “o governo introduziu uma limitação ao acesso, com base na meritocracia, os chamados *numerus clausus*, nos moldes do vestibular no Brasil, em que lá seria pelas notas obtidas no curso médio, denominado de *habitur*” (MENEZES, 2015, p. 202). Na apreciação do caso concreto, em 1972, o Tribunal entendeu que a pretensão se referia à prestação estatal e que o Estado não possuía recursos suficientes para proporcionar a todos os interessados educação satisfatória, assim como a prestação pretendida deveria corresponder ao que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da sociedade. A pretensão faria sentido somente se as limitações impostas impedissem o candidato, individualmente, de ingressar no curso pretendido. Para Noronha (2019, p. 476-477), o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou haver direito da população ao ensino básico gratuito e que, ao menos naquele momento, o ensino superior não era obrigatório, porque não fazia parte do núcleo dos direitos fundamentais. De acordo com Menezes (2015, p. 203), a decisão originária impediu que fossem requeridas providências do Estado acima de patamar razoável de exigências sociais, afastando a noção de que o Poder Público seria obrigado a disponibilizar número ilimitado de vagas nas universidades públicas para acolher todos os interessados. Assim, a Corte rejeitou a possibilidade da pretensão individual ajuizada para criação de vagas, consagrando a denominada Teoria da Reserva do Possível.

A teoria se apresenta sob os aspectos fáticos e jurídicos. Os primeiros se referem aos limites materiais aos recursos do Estado, como falta de dinheiro, número insuficiente de profissionais ou servidores, equipamentos, entre outros. Já os aspectos jurídicos dizem respeito aos limites dos gastos públicos perante prévia disposição legal orçamentária, tendo em vista que o orçamento público deve estar previsto em leis (PIRES, 2017, p. 309). A CRFB/88 (arts. 165 a 169) estabelece a forma de elaboração do orçamento público no Brasil, de iniciativa do Poder Executivo, enfatizando o planejamento estatal e o equilíbrio orçamentário a fim de que seja alcançado o interesse público, por meio de três instrumentos que compõem o chamado ciclo orçamentário: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). O PPA é a lei, revisada anualmente, que estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas do Governo pelo período de 4 anos. Já a LDO corresponde à lei que define as prioridades e as metas da Administração Pública para o exercício financeiro seguinte e, por ser anterior, orienta a elaboração da LOA, que por sua vez representa a lei que estima as receitas e autoriza as despesas do governo para o exercício financeiro seguinte, conforme a previsão de arrecadação. São normas orçamentárias que condicionam o funcionamento do Estado.

A expressão “reserva do possível” se desdobra em diferentes possibilidades, como acentua Scaff (2018, p. 296-297). Existe a reserva do “tecnicamente” possível, caracterizada pela impossibilidade concreta de sua realização, não em decorrência da falta de dinheiro, mas devido à falta de tecnologia de escala. Também existe a reserva do “financeiramente” possível, que parte da mesma ideia de escassez, porém relacionada ao dinheiro, podendo ocorrer tanto no âmbito público quanto no privado. É o conhecido “cobertor curto”, insuficiente para cobrir todo o corpo. No caso do setor público, a reserva do financeiramente possível tem sua limitação nas disponibilidades orçamentárias, de arrecadação e direcionamento da despesa pública.

A reserva do possível foi sedimentada na jurisprudência da Alemanha, especialmente nas situações envolvendo prestações sociais do Estado, fixando a tese do que poderia o indivíduo exigir da coletividade. Acompanhando Menezes (2015, p. 209), verifica-se que a tese firmada “não se refere diretamente à limitação de recursos orçamentários para atendimento dos direitos sociais, mas das obrigações que a coletividade pode atender em relação ao indivíduo, de uma maneira racional”, ou seja, refere-se àquilo que pode proporcional ou razoavelmente ser exigido.

A partir daí, a doutrina alemã foi incorporada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, porém, não interpretada da mesma forma como originariamente desenvolvida na Alemanha, com particularidades políticas, econômicas e sociais bastante distintas. Isso porque, no Brasil, a teoria foi interpretada como a teoria da reserva do “financeiramente” possível, na medida em que procura limitar a realização dos direitos sociais por parte do Estado à disponibilidade de recursos financeiros, prevista no campo do orçamento público.<sup>68</sup> Essa tem sido uma das principais linhas de defesa do Estado contra demandas por efetividade de direitos sociais a prestações. Na prática, tem prevalecido que a aplicação do Princípio da Reserva do Possível não pode ser obstáculo à efetivação dos direitos sociais, como no caso da saúde, especialmente considerando a desigualdade social no País. A problemática nasce do impasse entre a demanda crescente da população por prestação de serviços públicos (saúde, por exemplo), de um lado, e a possibilidade orçamentária do Estado, de outro, o que implica a necessidade de estabelecer prioridades, fazer escolhas e alocar recursos para a coletividade. Se nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto, a mesma afirmação deve ser aplicada ao princípio da reserva do possível, não podendo ser utilizado como mero fundamento para o Estado deixar de cumprir sua obrigação de investir em políticas públicas.

---

<sup>68</sup> No Brasil, podem ser citadas as obras clássicas de Galdino e Amaral sobre a escassez e os custos dos direitos (AMARAL, 2001; GALDINO, 2004).

Noronha (2019, p. 492-493) é categórico ao afirmar que para a observância do princípio da reserva do possível é necessário “sopesar o binômio entre a razoabilidade da pretensão e a disponibilidade financeira do Estado, buscando-se equilíbrio entre o dever do Estado de promover e proteger tais direitos e o não comprometimento das finanças públicas”. Sendo assim, não seria coerente negar que a efetivação de direitos sociais dependa da dimensão econômica, até porque os direitos têm custos e são suportados pela arrecadação, que, por sua vez, precisa ser bem gerida, com alocação de recursos naquilo que é mais necessário para a coletividade.<sup>69</sup> Não é demais acentuar que no âmbito orçamentário há uma decisão política que prioriza a realização dos gastos públicos.

Ao rebater alguns críticos da teoria da reserva do financeiramente possível<sup>70</sup>, Scaff (2018, p. 297-299 e 308) afirma que, na realidade, eles vociferam contra outro instituto, que é o das “escolhas públicas” ou das “escolhas trágicas”, em referência ao termo consagrado na obra *Tragic Choices* de Calabresi e Bobbitt (1978). Aponta que o Poder Público deve identificar quais são as prioridades de gasto e escolher aquelas que farão frente às necessidades da população, que sob o aspecto orçamentário se desenvolve nos âmbitos da receita, da despesa e do endividamento. Acrescenta que a redução das desigualdades não constitui o único compromisso político decidido pelas escolhas públicas orçamentárias, já que também deve decidir sobre o pagamento do funcionalismo público, pagamento da dívida financeira, manter todos os serviços públicos em atividade, organizar o transporte público, a segurança, a saúde, o ensino, o saneamento, entre outras atividades que envolvem o gasto público. Daí o embate, muitas vezes desconsiderado, entre a reserva do financeiramente possível por não haver dinheiro para tudo, de um lado, e as escolhas públicas por se ter que priorizar politicamente o gasto público, obedecidos os parâmetros constitucionais, de outro. Scaff também chama a atenção para um ponto relevante: “São as *escolhas públicas* que determinam politicamente a *reserva do possível* de dinheiro que deverá ser utilizada para a implementação do direitos sociais e o ritmo em que isso ocorrerá”.

No campo do direito à saúde, o confronto entre as teses do mínimo existencial e da reserva do possível deve ir além dos aspectos legalistas, procurando-se definir em que condições pode ser exigido esse direito no âmbito da judicialização, já que se partindo da premissa de que os recursos na sociedade são finitos e os desejos humanos considerados

---

<sup>69</sup> Em estudo sobre a análise econômica da tributação, com ênfase na arrecadação de ICMS em Santa Catarina, Azevedo (2017) constata que o descumprimento dos repasses mínimos em saúde e educação inviabiliza a realocação dos recursos nessas áreas, refletindo na precária prestação desses serviços no Estado.

<sup>70</sup> No caso, Scaff se refere aos pontos de vista de José Afonso da Silva e de Andreas Krell.

infinitos, emerge a necessidade de o gestor realizar escolhas diante das alternativas possíveis e de se sujeitar a sacrifícios (custo de oportunidade) para a melhor alocação dos recursos na execução das políticas públicas. Logo, perquirir acerca da ponderação entre o direito fundamental à saúde de alguns indivíduos e a reserva do possível (ou escassez) não é de todo correto. Na verdade, o que se deve ponderar é o direito fundamental à saúde individual e o direito fundamental à saúde coletiva.

A questão não passou despercebida por Scaff (2018, p. 136), ao ressaltar que há conflito entre o direito individual à saúde e a busca do bem comum, traduzido pelas normas que obrigam o Estado custear tratamentos constantes das políticas públicas de saúde. Isso porque “o poder público não é um *segurador universal* que garanta a saúde *individual* de cada cidadão, mas que busca garantir a saúde *da coletividade*, na medida dos recursos legalmente alocados para tanto”.

Ainda que discutível a “incompetência institucional dos juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 86-87) pela ausência de mandato popular, não se deve ignorar que quando o Poder Judiciário se torna protagonista na implementação de políticas públicas tende a privilegiar aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça (identificado como acesso ao Poder Judiciário), seja por conhecerem melhor os seus direitos, seja por disporem de recursos suficientes para arcar com o processo judicial. Por essa razão, Barroso (2009, p. 22-28) sustenta que a entrega gratuita de medicamentos por determinação judicial serve mais à classe média do que aos pobres, cuja exclusão se aprofunda “pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”. É nesse contexto de crítica que Schulze (2018, p. 16-23) chama a atenção para o fato de que, “enquanto alguns ganham com decisões favoráveis, outros ficam sem a cobertura prometida pelo SUS porque os recursos já foram utilizados por quem chegou na frente”.

Portanto, mesmo que legítimos os fundamentos contrários ao amplo controle judicial, como a ilegitimidade contramajoritária do Poder Judiciário em face da separação dos Poderes, o ativismo judicial, a judicialização da política, os custos dos direitos e a reserva do possível, deve-se manejá-los com parcimônia sempre de acordo com o caso concreto, e não como simples retórica.

## **2 DIREITO, CIÊNCIA ECONÔMICA E TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O presente Capítulo trata do marco teórico principal da pesquisa e busca estabelecer os parâmetros metodológicos da AED e da TEP, os quais servirão para aferir ao final do trabalho sua aplicabilidade à judicialização da assistência farmacêutica no Estado Catarinense. Inicia-se com a abordagem da metodologia da AED, que busca explicar o comportamento humano nas tomadas de decisões adicionando à interpretação das normas jurídicas elementos como preferência, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos, eficiência, externalidades, custos de transação, assimetria de informações, consequencialismo, entre outros. As noções desses elementos são fundamentais para compreender as decisões judiciais e administrativas, especialmente naqueles casos difíceis em que ocorrem conflitos entre princípios ou valores.

Na sequência, examina-se o papel da eficiência na AED e suas principais definições. A partir dessas premissas, analisa-se como se comportam as partes, os advogados e os juízes, campo de estudo da análise econômica da litigância. Em seguida, explora-se a Escola de pensamento econômico-jurídico da TEP. Após examinar os aspectos relevantes da metodologia em questão, identificam-se as suas principais categorias, relacionadas às falhas de Governo, à busca de privilégios especiais (*rent seeking*), à troca de votos (*logrolling*), aos grupos de interesse, à burocracia e ao consentimento unânime.

### **2.1 Análise Econômica do Direito (AED) e sua metodologia: uma teoria do comportamento para a tomada de decisão**

A concepção de que o papel do Direito é distribuir a justiça e o da Ciência Econômica é promover a eficiência pode levar à conclusão equivocada de que se está diante de disciplinas incompatíveis ou insuscetíveis de aproximação. Ainda é comum associar a análise econômica ao mercado apenas no sentido financeiro, reduzindo-se as questões políticas e sociais a objetos de comércio, quando, na verdade, tal análise trata basicamente da gestão da escassez (POSNER, 1996, p. 1-2) e do estudo do comportamento dos indivíduos diante de escolhas.

Portanto, o que diferencia as disciplinas é o método utilizado por cada uma. Salama (2012, p. 285) sintetiza com precisão essas diferenças metodológicas. Afirma que, enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é verbal e matemática; enquanto o procedimento da análise jurídica é hermenêutico, o procedimento da análise econômica é empírico; enquanto a aspiração do Direito é a justiça, a aspiração da Economia é a eficiência; enquanto a crítica jurídica se dá a partir da legalidade, a crítica econômica se dá a partir do custo. Nesse contexto, salienta que o jurista busca identificar o que está obrigado, permitido ou proibido, ou ainda o

que é legal e ilegal, enquanto o economista busca identificar o que é eficiente e ineficiente, a partir da análise do comportamento dos indivíduos em um ambiente de mercado ou de trocas.

A diferença entre o método jurídico tradicional e o método econômico também pode ser visualizado sob os pontos de vista retrospectivo e prospectivo, conforme leciona Mathis (2012, p. 6). No Direito, tende-se a avaliar um caso concreto que já ocorreu (visão retrospectiva), enquanto na Economia tende-se a avaliar o efeito ou a consequência da medida adotada no caso concreto (visão prospectiva). É a situação, por exemplo, da análise do efeito precedente da decisão jurídica sobre o futuro comportamento de todos os destinatários da decisão ou do efeito da criação da norma sobre os seus destinatários. Outro exemplo citado por Mathis é o da responsabilidade civil, na qual o jurista está preocupado com a solução entre o lesante e o lesado, especialmente sobre a indenização reclamada por este em face de um incidente. Do ponto de vista econômico, a solução é enquadrada no impacto do julgamento sobre o comportamento futuro dos possíveis lesantes e lesados, ou seja, de que a decisão afetará o comportamento das partes envolvidas.

Nesse sentido, os juristas tradicionais compreendem o Direito como normas jurídicas, buscando extrair delas seu conteúdo e alcance por meio do instrumental hermenêutico, enquanto os juseconomistas consideram o Direito como o “conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios” para agentes racionais que pautam seus comportamentos a partir de incentivos. Por isso se afirmar que “a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações, na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento, caso essa regra seja alterada” (GICO JUNIOR, 2020b, p. 14).

O Direito, de modo geral, não possui uma teoria sobre o comportamento humano e a compreensão dos fatos sociais, razão pela qual a abordagem econômica constitui instrumental teórico útil para auxiliar no entendimento de como os agentes sociais respondem a alterações em suas estruturas de incentivos, permitindo o exercício informado de diagnóstico e prognóstico sobre as consequências das decisões e regras jurídicas (GICO JUNIOR, 2020b, p. 8-9). Embora não possua uma teoria sobre o comportamento humano, o Direito constitui campo de estudo de regulação desse próprio comportamento, de modo que a regulação ou sua ausência é elemento-chave para entender o comportamento econômico dos agentes.

No campo da análise econômica é possível identificar, de um lado, a vertente que cuida da aplicação do instrumental metodológico da Teoria Econômica ao estudo do Direito e, de outro, a que trata do estudo da relação entre o Sistema Jurídico e o Sistema Econômico. A primeira tem recebido o nome de Análise Econômica do Direito (AED) e, a segunda, tem sido

denominada de Direito e Economia (*Law and Economics*). Nesse ponto, faz-se necessário recorrer às lições de Araújo (2008), para quem existe uma corrente que entende que a expressão Análise Econômica do Direito seria mais sugestiva de um ascendente teórico da Ciência Econômica, enquanto a expressão *Law and Economics* seria mais uma paridade entre os dois domínios. Contudo, assinala que as expressões são geralmente utilizadas como sinônimas, tendo em vista que a expressão Análise Econômica do Direito envolve naturalmente os campos de conhecimento do Direito e da Economia.

No intuito de evitar confusão entre as expressões, no presente trabalho serão utilizados os termos Direito e Ciência Econômica como referência aos dois campos do conhecimento científico, enquanto Análise Econômica do Direito, *Law and Economics* e Direito e Economia serão utilizados como sinônimos, em referência ao movimento ou à metodologia de aplicação dos pressupostos da Ciência Econômica, especialmente Microeconomia<sup>71</sup>, ao estudo do Direito.

Diversos são os autores que procuraram conceituar a metodologia da AED. Mercurio e Medema (2006, p. 1), por exemplo, a definem como a “aplicação da teoria econômica - principalmente microeconomia e conceitos básicos de Economia do Bem-estar - para o exame da formação, da estrutura, dos processos e do impacto econômico do direito e das instituições jurídicas”.<sup>72</sup> Posner (1975, p. 759), por sua vez, conceitua a AED como a “aplicação de teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.<sup>73</sup> Entre os brasileiros, Gico Junior (2014, p. 1) propõe como conceito “o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”.

O estudo da abordagem econômica do Direito envolve duas análises estruturais, conhecidas como positiva e normativa. São dimensões de um raciocínio consequencialista e, portanto, teorias da decisão em sentido amplo. A abordagem positiva, também denominada descritiva ou explicativa, procura descrever como o Direito é na realidade social, analisando os efeitos ou as consequências das normas no mundo real dos fatos, do ponto de vista econômico. Está ligada à Escola de Chicago, particularmente às contribuições de Ronald Coase e Richard

---

<sup>71</sup> A Microeconomia estuda como produtores e consumidores se comportam e interagem no mercado e determinam a formação de preços a partir da oferta e da demanda.

<sup>72</sup> Tradução livre. No original: “*LAW AND ECONOMICS can be defined as the application of economic theory – primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics – to examine the formation, structure, processes, and economic impact of law and legal institutions*”.

<sup>73</sup> Tradução livre. No original: “*(...) law and economics is the application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system (...)*”.



Posner. Já a abordagem normativa ou prescritiva procura explicar como o Direito deve ser, como os conceitos de justiça, eficiência e maximização de riqueza se comunicam, e está mais diretamente ligada às Escolas de Yale e de Harvard, em especial aos trabalhos de Guido Calabresi e Steven Shavell (POSNER, 1979, p. 284-285).

Desse modo, pode-se dizer que enquanto a abordagem positiva tem por objetivo explicar os fenômenos econômicos a partir de fatos, observações e experiências, prevendo as consequências das normas jurídicas e projetando o comportamento dos agentes perante a lei<sup>74</sup>, a abordagem normativa tem por finalidade prescrever certa visão de mundo, emitindo juízo de valor para escolher os objetivos socialmente desejáveis. Por ser mais abrangente, procura formular sugestões de normas com base nos efeitos econômicos analisados, levando em conta não só noções de justiça, mas também de eficiência, maximização de riqueza e de bem-estar.<sup>75</sup>

A visão fundamental da AED está ligada a alguns elementos básicos de sua metodologia, como a preferência, a escassez, o custo de oportunidade, a maximização racional, o equilíbrio, os incentivos, a eficiência, as externalidades, os custos de transação, a assimetria de informações, o consequencialismo, condições de certeza, risco e incerteza, apenas para citar alguns. Para os fins do presente trabalho, serão abordados a seguir esses elementos essenciais a partir de uma visão simplificada e resumida.

### **2.1.1 Os indivíduos possuem preferências e fazem escolhas diante de recursos escassos: preferência, escassez e custo de oportunidade**

A abordagem econômica assume que os indivíduos possuem preferências, ou seja, que são capazes de ordenar as alternativas que lhes estão disponíveis conforme a utilidade de cada alternativa. Essa utilidade significa qualquer satisfação que o indivíduo possa extrair de uma escolha, não se limitando a questões materiais ou monetárias (GICO JUNIOR, 2020b, p. 15). A ideia de preferência guarda íntima relação com a noção de escassez de recursos, que constitui o principal elemento no estudo da AED. Partindo-se da premissa de que os recursos na sociedade são finitos e os desejos humanos são infinitos, emerge a necessidade de realizar escolhas diante das opções possíveis e de se sujeitar a custos de oportunidade para a melhor

---

<sup>74</sup> Nesse caso, não está em jogo a formulação de qualquer tipo de norma ou política pública. Tomando-se, como exemplo, o fato de como as pessoas reagiriam após a entrada em vigor de uma determinada lei, poder-se-ia analisar como os motoristas reagiriam após a entrada em vigor de penalidade mais severa para o homicídio culposo cometido no trânsito sob o efeito de álcool.

<sup>75</sup> Cita-se, como exemplo, o objetivo de desestimular o uso de veículos particulares nas cidades, em favor do transporte coletivo, de maneira que o aspecto normativo se sobressai com a busca para encontrar a melhor forma de a norma jurídica atingir o resultado pretendido, como redução do congestionamento de trânsito, menos poluição, melhoria na qualidade do meio ambiente, entre outros.

alocação dos recursos, já que a escolha de determinada ação implica o sacrifício de outra. Assim, a ideia de custo de oportunidade é inerente à tomada de decisão racional.

Nesse ponto, Salama (2008, p. 16) explica que os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos, de maneira que se eles fossem infinitos não haveria o problema de equacionar sua alocação, já que todos poderiam ter tudo o que quisessem. Porém, no mundo de escassez de recursos os indivíduos precisam realizar escolhas entre as alternativas possíveis, escolhas estas que demandam um *trade-off*, já que uma escolha exclui outra(s), sendo a possibilidade excluída o custo de oportunidade.<sup>76</sup> A questão central, portanto, cinge-se em afirmar que se os recursos não fossem escassos não haveria problema econômico porque todos os indivíduos poderiam satisfazer suas necessidades. Cite-se, como exemplo emblemático, o meio ambiente. Existe a preocupação com a preservação do meio ambiente saudável justamente porque os recursos naturais são escassos e sua utilização descontrolada pode levar à extinção da própria espécie humana.

O mesmo pode ser aplicado ao Direito, pois, caso não houvesse escassez de recursos, não haveria conflitos e, conseqüentemente, necessidade do Direito ou do Poder Judiciário. Sob a perspectiva processual, o fato de não se poder atribuir o mesmo bem da vida a dois indivíduos ao mesmo tempo é o que gera o conflito (lide, enquanto pretensão resistida) a ser decidido pelo Judiciário. “Se não houvesse escassez, não haveria resistência, sem resistência não haveria lide, sem lide não haveria Judiciário, sem Judiciário não haveria necessidade de processo” (GICO JUNIOR, 2020b, p. 17). Partindo do pressuposto de que existe escassez e de que a satisfação de dada necessidade humana exclui outra (*trade-off*), tal situação levará, inevitavelmente, a uma escolha.

### **2.1.2 O comportamento humano como resultado da tomada de decisão: a maximização racional de seus interesses**

A racionalidade econômica do comportamento humano é outro elemento importante. Para a Economia *Mainstream*<sup>77</sup>, pelo menos do ponto de vista teórico, o ser humano é visto

---

<sup>76</sup> Cite-se o seguinte exemplo. João tem a alternativa de estudar no exterior ou continuar trabalhando no seu emprego. Ao optar por estudar, o seu custo de oportunidade será o salário que deixará de ganhar por não mais estar trabalhando. A escolha realizada por João está baseada em preferências pessoais, elencadas a partir de seus valores. Se João opta por estudar no exterior é porque essa opção lhe traz mais utilidade. Vale dizer, ele valora mais a sua formação pessoal do que o emprego presente. No campo do Direito o exemplo pode ser o do juiz que, ao decidir o caso concreto a partir de princípios que estejam em conflito, opta por um deles (CARVALHO, 2020, p. 131).

<sup>77</sup> A Economia *Mainstream* é uma expressão utilizada para se referir a um conjunto de escolas de pensamento econômico tradicionalmente mais aceitas (liberalismo de Adam Smith, keynesianismo, economia neoclássica, entre outras).

como agente racional que age maximizando seus interesses, surgindo daí a figura abstrata do *homo oeconomicus* (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 132-133). Concebe-se que o comportamento é fruto de um processo de tomada de decisão. Trata-se de uma construção ideal de agente racional, que possui amplo acesso às informações, conhece suficientemente todas as alternativas para tomar a melhor decisão e maximizar as escolhas e os resultados.<sup>78</sup>

No campo da Ciência Econômica, não se consideram as decisões humanas tomadas de forma aleatória, pois “assume-se que exista um processo coerente – que inclusive diferencia seres humanos de outros animais, indivíduos capazes dos não capazes (capacidade no sentido jurídico) – e que pode ser descrito de uma maneira consistente na maior parte das circunstâncias”. Logo, admite-se uma racionalidade por trás da tomada de decisão humana, que “pode ser descrita como a busca de satisfações ou benefícios em um mundo onde existem restrições ou recursos limitados (escassos)”, como tempo, dinheiro, possibilidades, entre outros (YEUNG, 2019, p. 116). Na prática jurídica, o Direito não se preocupa em conhecer o comportamento do indivíduos, ou seja, como agem e reagem nas situações concretas.

Os economistas destacam que todo agente econômico maximiza alguma coisa, de maneira que os consumidores maximizam a utilidade (felicidade ou satisfação), os políticos maximizam votos, as empresas maximizam lucros, e assim por diante. A ideia de comportamento maximizador está ligada à racionalidade, que significa que um agente racional pode classificar alternativas disponíveis e restritas conforme o grau de satisfação proporcionado. O exemplo de Cooter e Ulen (2016, p. 12-13) ajuda a ilustrar a questão. Imagine-se que o consumidor racional classifica alternativas de bens de consumo no âmbito do que o seu orçamento restringe e escolhe a melhor alternativa. A escolha da melhor alternativa que as restrições permitem pode ser descrita como “maximização”.

O fundamento da maximização racional está na concepção de que a conduta individual se orienta pela ponderação racional entre benefícios e prejuízos, ou seja, diante de alternativas de condutas possíveis, o agente optará por aquela que lhe for mais vantajosa ou útil e que lhe traga maiores recompensas. Nesse contexto, afirma-se que o agir do homem está relacionado à oportunidade de obter algum benefício. Tal concepção serviu de base à Escola Utilitarista, que concebe que o homem sempre procura maximizar seus ganhos (de bem-estar, de felicidade e outros interesses), independentemente de envolver questões monetárias.

---

<sup>78</sup> Não se pode deixar de registrar, respeitadas as devidas proporções, as semelhanças entre os modelos de homem econômico, formulado pelos economistas *mainstream*, e o de Hércules, definido por Dworkin (2014, p. 404-405), enquanto seres humanos idealizados, perfeitos, com amplo acesso às informações, dotados de capacidades intelectuais superiores que lhes permitem tomar as melhores decisões.

A partir do que se convencionou nas Ciências Sociais, a Teoria da Escolha Racional explica que os indivíduos são movidos por seus desejos ou suas preferências, as quais são satisfeitas por meio de escolhas. Nesse sentido, conforme as informações disponíveis, os indivíduos procurarão estimar os resultados de cada ação (retorno esperado) ponderando custos e benefícios de cada alternativa, a fim de escolher a que lhes der maior satisfação ou bem-estar (utilidade).

Yeung (2019, p. 119) sintetiza que a racionalidade econômica se aplica ao processo de decisão tomada no dia a dia das pessoas; não está limitada a pessoas com conhecimentos técnicos, bastando apenas que percebam benefícios; assim como os custos, os benefícios auferidos não se limitam aos econômicos (pode-se desejar férias, fazer caridade etc.), de modo que pode ser aplicada tanto a situações mercantis (decisões tomadas nos mercados de compra e venda de bens e serviços) quanto a não mercantis. A Ciência Econômica, portanto, adota a concepção de que os indivíduos racionais possuem preferências, associadas ao nível de satisfação, que corresponde ao nível de utilidade.<sup>79</sup>

A Teoria da Escolha Racional ganhou novos contornos, especialmente em situações envolvendo risco e incerteza. Ao contrário do que possa parecer, nem sempre a relação entre alternativas decisórias e consequências se dá sob condições de certeza. É possível haver tomada de decisão sob condições incertas. Se a incerteza puder ser mensurada, podendo-se determinar as probabilidades de ocorrência de eventos futuros, o contexto decisório se opera sob condições de risco. Há situações, porém, em que não é possível estimar as incertezas de ocorrência de resultados. Esses contextos decisórios são marcados por incerteza ou ignorância (LEAL, 2019, p. 93-94).

Pode-se afirmar, assim, que o risco se refere a eventos possíveis conhecidos, enquanto a incerteza se refere a eventos desconhecidos ou que não se pode estabelecer probabilidade de ocorrência.<sup>80</sup> Nesse ponto, considerando que a vida humana é permeada por riscos e incertezas, sobressai a ideia de mutualidade, clássica dos seguros, em que se permite a socialização dos riscos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 132-136).

Deve-se levar em conta que a noção de maximização racional é instrumental e serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a

---

<sup>79</sup> Porto e Garoupa (2020, p. 59) exemplificam: “[...] João pode preferir comer peixe no almoço a comer carne, e, portanto, ficar mais satisfeito quando almoça peixe com mais frequência. Dizemos então que ele associa a ‘comer peixe’ um nível de utilidade superior ao associado a ‘comer carne’”.

<sup>80</sup> Gico Junior cita que no cotidiano se costuma utilizar a palavra risco para resultados negativos, como, por exemplo, risco de bater o veículo, enquanto a palavra chance para resultados positivos, como a chance de ganhar na loteria.

conduta humana, tal como proposto por Salama. No entanto, alerta-se que racionalidade não significa que haja, necessariamente, cálculo consciente de custos e benefícios, razão pela qual a pesquisa em Direito e Economia vem se afastando do paradigma da hiper-racionalidade, substituindo-o pela noção mais flexível de racionalidade limitada (*bounded rationality*).<sup>81</sup> Tal noção reconhece que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima, passando a ser vistos como “intencionalmente racionais”, mesmo que limitados por aptidões cognitivas (SALAMA, 2008, p. 18).

A limitação da racionalidade é vista como um fator de atualização da hiper-racionalidade estabelecida pelo paradigma *mainstream*, na medida em que nem sempre os indivíduos possuem a totalidade das informações necessárias para a tomada de decisão. Logo, o modelo da racionalidade limitada não rejeita a Teoria da Escolha Racional, “apenas realoca a sua amplitude de resultado ao reconhecer que os seus pressupostos dificilmente obrariam em situações de alta complexidade” (GOULART, 2019, p. 72). Assim, o ponto principal do conceito de racionalidade limitada não está na negação da racionalidade humana ou da consideração de que as decisões não são feitas a partir de certa atividade reflexiva, mas em dimensionar de maneira mais realista a capacidade humana de processar informações e, com isso, tomar decisões maximizadoras de sua utilidade (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 135).<sup>82</sup>

Convém destacar, ainda, que na AED predomina a concepção de racionalidade limitada, na medida em que os agentes nem sempre possuem informações perfeitas sobre a realidade e conhecem todos os seus interesses (preferências) e consequências das diferentes alternativas decisórias, já que sofrem influências de outros fatores, como ideologia, costume, moral, religião etc. De qualquer forma, a racionalidade se torna importante para compreender processos jurídico-decisórios preocupados com as consequências, assim como o ordenamento jurídico como um sistema de incentivos capaz de influenciar ou induzir o comportamento dos indivíduos. Nesse sentido, compartilha-se do entendimento de Leal (2019, p. 109) quando

---

<sup>81</sup> Na década de 1960, Herbert Alexander Simon foi um dos primeiros a desenvolver a noção de racionalidade limitada, em oposição à de racionalidade perfeita, influenciando as bases da economia comportamental ao admitir na tomada de decisão elementos como valores, desejos, crenças. No entanto, como argumenta Yeung, “apesar de o conceito ser amplamente reconhecido, não há até agora uma nova teoria econômica integralmente baseada no pressuposto de racionalidade limitada, capaz de substituir a teoria microeconômica clássica como vista até aqui. Esta continua sendo a teoria *mainstream*, aquela que oferece as melhores previsões do comportamento humano em sociedade” (YEUNG, 2019, p. 119).

<sup>82</sup> No exemplo de Porto e Garoupa: “De acordo com a transitividade, se você prefere A a B e B a C, portanto preferirá A a C. Agora vamos substituir A, B e C, por coisas mais concretas. Supondo que A seja café, B chá e C chocolate quente, não estranharíamos que alguém ao escolher entre café e chá preferisse café, ao escolher entre chá e chocolate, preferisse chá, mas ao escolher entre café e chocolate quente, resolva beber este último. Essa seria uma clara violação à transitividade, mas dificilmente chamaríamos quem chamou essa decisão de irracional”.

aponta que o conceito de racionalidade limitada é útil para reflexões no âmbito do Direito. Conceber que tomadores de decisão agem sob condições de racionalidade limitada se torna importante para compreender os limites das contribuições da teoria da decisão para a justificação de decisões judiciais e, em uma perspectiva mais ampla, até para fundamentar críticas a juízes idealizados.

A teoria da decisão aqui empregada, seguindo ainda a linha de Leal (2019, p. 90), não se limita a métodos de interpretação, teorias hermenêuticas ou outras recomendações baseadas em concepções sobre a natureza do Direito, democracia ou separação dos Poderes. Envolve o conjunto de saberes mais amplos, sem se limitar exclusivamente ao raciocínio jurídico, que “podem ser apropriados por teorias jurídicas preocupadas em conhecer como os juízes decidem e/ou determinar como deveriam decidir, na medida em que o tema envolve tomada de decisão de agentes pretensa e desejavelmente racionais”. Aliás, a racionalidade também está presente como ideia central no Direito. Basta pensar no conceito de capacidade civil, no âmbito do Direito Civil, e de imputabilidade, no âmbito do Direito Penal. A partir de determinada idade, o Direito pressupõe que as pessoas sejam racionais e capazes de praticar atos da vida civil, assim como responsabilizadas criminalmente. Sendo consideradas irracionais, serão declaradas incapazes ou inimputáveis (GICO JUNIOR, 2020b, p. 21, nota).

Não se despreza o fato de que o estudo da racionalidade humana, premissa fundamental da abordagem econômica *mainstream*, tem sido desafiada por desenvolvimentos nas áreas da Psicologia e da Neurociência. Uma das correntes de pensamento, surgidas na década de 1970 e que tem ganhado relevância nos últimos anos ao criticar a ideia de racionalidade dos agentes econômicos é a Economia Comportamental (*Behavioral Economics*).<sup>83</sup> Enquanto a Economia *Mainstream* parte do individualismo metodológico e da noção de racionalidade dos indivíduos na tomada de decisão, cujas bases se encontram no utilitarismo, a Economia Comportamental considera que os indivíduos não possuem todas as informações necessárias durante a tomada de decisão, de maneira que sua racionalidade é limitada. Vale dizer que outros fatores podem influir na decisão, como neurológicos,

---

<sup>83</sup> A premissa de racionalidade humana foi inicialmente questionada por Simon na década de 1950, ao defender a existência de uma racionalidade limitada (SIMON, 1955). Isso porque, até os anos 1970, inexistiam instrumentos capazes de prever o comportamento humano tendo em vista os desvios e as limitações da racionalidade, o que somente veio a ocorrer com o desenvolvimento da Psicologia. Foi nos anos 2000, especialmente a partir das pesquisas dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky e do economista Richard Thaler, que surgiram novas bases de ampliação do pensamento da AED, conhecidas como Economia Comportamental (*Behavioral Economics*), agregando heurísticas (atalhos simplificadores para a decisão) e vieses (erros de avaliação). Os avanços nas pesquisas da Economia Comportamental revelam as limitações da racionalidade humana, o que para Wolkart (2020, p. 297) permite a “*atualização dos modelos econômicos clássicos com a introdução dos diversos vieses comportamentais decorrentes das limitações da razão (bounded rationality)*”.

psicológicos, sociais, fisiológicos etc.<sup>84</sup> Outra perspectiva também pode ser vista no campo da Teoria da Irracionalidade Racional.<sup>85</sup> Embora se reconheça a importância e a utilidade dessas densas correntes teóricas críticas, o aprofundamento da matéria não poderá ser aqui desenvolvido por escapar aos limites deste trabalho.

Enfatiza-se que não se trata de visão reducionista, ou seja, de reduzir todos os fatos a considerações meramente econômicas, mas sim de utilizar ferramentas das Ciências Econômicas que permitam explicar o comportamento dos agentes, melhor planejar e executar políticas públicas e promover o bem-estar social. Fato é que, para a AED, a decisão racional de um agente econômico para aumentar sua utilidade passa necessariamente pela análise de custo-benefício, na qual os benefícios devem superar os custos.

### **2.1.3 A interação entre agentes maximizadores e os preços implícitos: a ideia de equilíbrio e incentivos**

Os economistas costumam caracterizar todo fenômeno social como equilíbrio na interação de agentes maximizadores. Considerando que na Teoria Microeconômica o comportamento de todo indivíduo ou grupo é maximizador de alguma coisa, tal comportamento tende a impelir indivíduos ou grupos em direção a um ponto de repouso ou equilíbrio. De acordo com as lições de Cooter e Ulen (2016, p. 13), o equilíbrio consiste em um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. De maneira geral, pressupõe-se que as interações tendem ao equilíbrio, independentemente de ocorrerem em mercados, eleições, clubes, jogos, equipes, empresas ou casamentos. O exemplo pode ser a edição de lei, como resultado que surge quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses por meio do processo político e atingem o ponto de equilíbrio.

---

<sup>84</sup> Nas palavras de Gico Junior (2020b, p. 194-195): “A economia comportamental é a subárea da economia que emprega experimentos em laboratório [condições controladas pelo pesquisador] e experimentos naturais [condições não controladas] para estudar empiricamente como os indivíduos respondem a vários tipos de incentivos e como suas preferências são formadas. Enquanto a análise econômica tradicional toma as preferências do indivíduo como dadas e utiliza as escolhas de cada agente como *proxy* dessas preferências (preferências reveladas), a economia comportamental se une à psicologia aplicada e à neurociência para tentar entender como se formam essas preferências”. [...] “Todavia, fato é que, até o momento, a economia comportamental ainda não apresentou uma teoria completa e abrangente que substitua a TER [Teoria da Escolha Racional], mas apenas uma lista de desvios comportamentais chamados de heurísticas e vieses ou limitações cognitivas, que se manifestam principalmente quando o agente está decidindo sob incerteza”.

<sup>85</sup> A Teoria da Irracionalidade Racional sustenta que os agentes podem se desviar das expectativas racionais, a partir de suas preferências e crenças (políticas, religiosas etc.). Isso ocorre quando os custos privados de uma crença errônea são insignificantes ou menores do que os custos sociais. Assim, quanto menor for o custo da irracionalidade, maior será a demanda por ela. Um exemplo seria o de agentes ou eleitores que escolhem políticas prejudiciais. Nesse caso, os indivíduos aceitariam ser influenciados por políticas falaciosas ou ruins quando os custos de ter crenças por tais políticas forem muito baixos. É o caso também quando os benefícios psicológicos de aderir a políticas prejudiciais for maior do que os custos sociais esperados. Como não é o objetivo deste trabalho aprofundar esse tema, mais detalhes da teoria podem ser vistas *in* Caplan, 2001a, 2001b.

Outro elemento importante diz respeito aos incentivos, que por sua vez estão ligados aos modelos de oferta e demanda no mercado. Oferta e demanda são as forças que sustentam o mercado. Em Economia, o termo “mercado” representa um grupo de compradores e vendedores de determinado bem ou serviço, de modo que os compradores determinam a demanda pelo produto, e os vendedores, a oferta do produto. A expressão “mercado competitivo” é empregada para descrever o “mercado onde há tantos compradores e vendedores que cada um deles tem impacto insignificante sobre o preço do mercado”. Desse modo, oferta e demanda determinam a quantidade de bens e serviços produzida e o preço pelo qual serão vendidos, situação que revela como compradores e vendedores se comportam e interagem na alocação dos recursos escassos (MANKIWI, 2015, p. 63-64).

Assim como a diminuição do preço de determinado produto ou serviço incentiva o aumento da procura, o aumento do preço incentiva a diminuição da procura. Os incentivos correspondem a preços implícitos, considerando que num ambiente de mercado os indivíduos procuram maximizar os seus benefícios por meio de escolhas que minimizem os seus custos. A situação se assemelha à conduta dos consumidores, que irão consumir menor quantidade de determinado produto quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já no caso dos produtores o caminho é inverso, de modo que irão produzir maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair.

Para ilustrar, imagine-se o exemplo dado por Salama (2008, p. 22) acerca da multa prevista no Código de Trânsito para quem exceder o limite de velocidade em uma rodovia. Nessa situação, ao dirigir o veículo em alta velocidade, cada motorista irá sopesar, de um lado, o benefício auferido com o aumento da velocidade (maior prazer em dirigir, menor tempo para percorrer a distância) e, de outro, o custo da multa por excesso de velocidade em caso de autuação. Com isso, os incentivos legais resultam do limite de velocidade fixado em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização. A AED também utiliza as ferramentas desenvolvidas na teoria dos preços para prever o efeito das sanções ou as expectativas acerca da atuação dos Tribunais sobre o comportamento individual.<sup>86</sup>

Esse contexto demonstra a importância dos incentivos para a compreensão do comportamento racional de maximização de interesses dos agentes. No campo da judicialização

---

<sup>86</sup> Nesse sentido, esclarecedores os exemplos dados por Salama e Pargendler (2019, p. 16): “quando a expectativa de rápida exigibilidade da obrigação contratual é mais frágil, descumprir o contrato se torna mais atraente. Quando as circunstâncias tornam a coordenação através de contratos mais difícil, torna-se mais atraente organizar a produção dentro de uma empresa. Quando o prazo para ressarcir as perdas e danos de um acidente se alonga, o investimento em precaução tende a cair. Quando a taxa de juros que corrige um débito é inferior à inflação, os atrasos no pagamento tendem a aumentar. E assim por diante”.



da saúde, a busca pela redução de suas consequências negativas passa pela identificação dos incentivos dados aos seus agentes participantes.

#### **2.1.4 As ações produzem efeitos benéficos ou prejudiciais: consequencialismo e externalidades**

A metodologia econômica adota como fundamento teórico a racionalidade individual para evidenciar que, antes de tomarem uma decisão, os agentes avaliam os custos e os benefícios das alternativas possíveis, sejam econômicas ou sociais, a partir das informações que obtiveram. Tal avaliação é de cunho probabilístico ou consequencialista porque considera as consequências (e não as causas) que levaram à tomada da decisão. Daí a noção de que o pressuposto econômico parte da ideia de que os indivíduos são maximizadores racionais e de que a lei constitui o meio para alterar os preços associados a ações individuais alternativas.

O consequencialismo tem sido objeto de grandes debates nos últimos anos, especialmente entre juristas e economistas, dadas as implicações econômicas das decisões judiciais e administrativas, que geram efeitos positivos e negativos não só para as partes envolvidas, mas para toda a sociedade. As ações do indivíduo podem gerar impactos sobre terceiros que delas não participaram, resultando no que se denomina de externalidade. As externalidades correspondem aos custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo durante suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros. Assim, o benefício que uma decisão ou ação trazer para outras pessoas é chamado de externalidade positiva, enquanto o custo sobre outras pessoas é chamado de externalidade negativa.

Citem-se como exemplos de externalidades positivas a vacinação e a conservação da propriedade privada. Quando um indivíduo se vacina contra a gripe, todas as demais pessoas com quem convive também obtêm benefícios, dada a redução da incidência da enfermidade. Em outra situação, a boa conservação da propriedade particular promove o aumento do valor de mercado das casas vizinhas. E, como exemplo de externalidade negativa, tem-se a utilização do carro. Quando um indivíduo decide utilizar seu carro para ir ao trabalho, visando agilidade e conforto, gera também efeitos sobre a vida de terceiros, na medida em que contribui para o aumento do trânsito e da poluição (PORTO, 2019, p. 37-38). Nesse último exemplo, o custo para a sociedade será maior do que para o indivíduo que optou por se deslocar de carro, já que envolve o chamado custo social. No campo da Teoria Econômica, os custos sociais representam a soma dos custos privados com os custos advindos das externalidades.

Importante anotar que a existência de externalidades tem relação com a eficiência. Internalizar uma externalidade significa eliminar a ineficiência na produção ou troca que ela

gera. A despeito dessa concepção, Coleman (1980, p. 231-232) cita três abordagens para o problema de controlar externalidades quando os mercados são inadequados para a tarefa: impostos ou subsídios, regras de propriedade e regras de responsabilidade. Cada abordagem envolve algum tipo de intervenção no mercado por uma autoridade central (pública), diferindo apenas em relação aos instrumentos empregados para proteger o direito.

Sabe-se que regras bem elaboradas podem reduzir os custos de transação ao permitir maior eficiência econômica, na medida em que os indivíduos podem planejar suas atividades e prever, com razoável acerto, as consequências de suas escolhas (CARVALHO, 2020, p. 130). Logo, a interferência do Estado por meio da legislação e de decisões judiciais e administrativas produz consequências tanto para o campo social quanto econômico. O impacto decorrente das ações dos agentes estatais, especialmente dos que decidem no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo comportamentos desejáveis e sanções para o seu descumprimento, tem sido objeto de diversas pesquisas, com vistas a explicar as consequências práticas da tomada de decisão e desenvolver parâmetros que promovam segurança jurídica, estabilidade e distribuição de justiça. Os argumentos consequentialistas e as análises de custo e benefício são também importantes naqueles casos difíceis em que ocorrem conflitos entre princípios ou valores, dando maior qualidade e segurança à tomada de decisão.

Nesse contexto, ganham importância as externalidades decorrentes das decisões judiciais. A insistência em ignorar as externalidades das decisões judiciais faz com que a dogmática jurídica promova o que Yeung (2020, p. 338) denomina de “efeito bumerangue”. Tal efeito ocorre, por exemplo, quando o juiz profere decisão para proteger determinada pessoa, como um hipossuficiente, sem pensar nos seus efeitos. Ao ignorar as consequências, “a decisão acaba voltando e gerando resultados que prejudicam a própria pessoa que se quis inicialmente proteger – tal qual o bumerangue, que após lançado, volta e pode cortar a cabeça do lançador incauto”.

Não parece haver dúvidas de que a utilização de argumentos pragmáticos ou consequentialistas não constitui novidade no ordenamento jurídico, pois são inerentes à atividade interpretativa. Cite-se, como exemplos, as decisões cautelares e a modulação temporal dos efeitos das decisões, que por suas naturezas envolvem a análise de custo-benefício e de consequências. Isso evidencia a aproximação do Direito com a realidade concreta de cada caso. Nesse sentido, vale registrar que em abril de 2018 houve a edição da Lei n. 13.655/2018, que acrescentou novas disposições (arts. 20 a 30) ao Decreto-Lei n. 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com vistas a dar maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. A finalidade foi buscar reduzir o

subjetivismo e a superficialidade das decisões, especialmente fundamentadas de maneira excessiva em princípios e valores de dimensão abstrata, impondo a obrigatoriedade de se examinar as circunstâncias do caso concreto e as consequências da tomada de decisão nas esferas administrativa, controladora e judicial.

As alterações na LINDB procuraram tornar evidente, do ponto de vista legal, que as autoridades públicas também erram quanto ao direito material no momento da tomada de decisão e que o ato decisório gera consequências para o jurisdicionado, o qual, muitas vezes, acaba suportando custos e externalidades com o processo, situação que vai ao encontro dos pressupostos adotados pela AED.

Aqui cabe uma advertência. Deve-se deixar claro, por outro lado, que a dimensão consequencialista ou pragmática acrescida à LINDB não elimina a dimensão valorativa do ordenamento jurídico, tampouco afasta a obediência à legalidade estrita. Isso quer dizer que não se deve incorrer no erro comum de se concluir que as decisões jurídicas devam atender apenas às consequências ou apenas a valores consagrados na CRFB/88. Há que se evitar a visão reducionista que idolatra determinada teoria, seja quantitativa, seja qualitativa, primando-se pela visão interdisciplinar, a qual enriquece a interpretação na busca da melhor solução para os problemas jurídicos. O pluralismo metodológico é algo que se impõe em uma sociedade cada vez mais complexa, sendo necessário criar pontes de diálogos entre áreas de conhecimento.

### **2.1.5 A assimetria de informações como empecilho à negociação eficiente**

Outro elemento importante é a assimetria de informações.<sup>87</sup> A referência nessa matéria é o artigo seminal de Akerlof (1970, p. 488-500), intitulado *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*. Akerlof utiliza como exemplo o mercado de carros nos EUA. Partindo da ideia de existência de carros novos, usados, bons e ruins (conhecidos como “limões”), o autor demonstra que o ambiente de informações assimétricas sobre a qualidade dos veículos afeta o mercado produzindo falhas. Na prática, os vendedores possuem mais informações acerca da qualidade dos veículos que oferecem do que os compradores, de modo que podem omitir informações a fim de vender mais rapidamente o bem de qualidade inferior. Com isso, devido à presença de informações assimétricas quanto à qualidade dos veículos, aqueles de baixa qualidade (*lemons*) acabam expulsando do mercado os de boa qualidade

---

<sup>87</sup> Segundo Nóbrega e Jurubeba (2020, p. 485), “[a] informação é um bem econômico que desempenha uma função relevante para a compreensão de diversos fenômenos e problemas do mundo real”.

(*cherries*). Essa situação ilustra uma falha de mercado<sup>88</sup> que prejudica a realização de negociações mutuamente benéficas entre comprador e vendedor, chamando a atenção para o problema da agência (agente-principal) e da seleção adversa e, portanto, para a ineficiência. A importância do trabalho de Akerlof está na possibilidade de sua generalização para outros mercados (financeiro, do trabalho etc.) que apresentem assimetrias informacionais.

A informação assimétrica está relacionada ao estudo das decisões dos indivíduos em negociações, em que uma das partes dispõe de mais ou melhor informação do que a outra, criando o desequilíbrio de poder nas transações e na alocação de recursos. Nesse contexto, ganha relevo a relação agente-principal. A questão denominada agente-principal ou dilema da agência ocorre quando certo indivíduo (considerado “principal”) contrata outro (considerado “agente”) para a execução de tarefa custosa ao próprio agente e que a fiscalização pelo principal é de difícil realização. Como exemplos desse problema de assimetria de informações, tem-se o risco moral e a seleção adversa. Na visão de Porto (2019, p. 43), “risco moral designa situações nas quais a conduta de um dos agentes envolvidos numa relação econômica não pode ser verificada pela outra parte, e é fundamental para a consecução eficiente do negócio”. Já a “seleção adversa é o termo que designa a situação em que variações de qualidade que têm impacto direto sobre o preço estabelecido podem ser facilmente verificadas por um dos lados do mercado, mas não podem ser verificadas pelo outro”, de modo que “os incentivos dados aos participantes levam à seleção adversa de bens de qualidade inferior”, privilegiando os maus consumidores e aumentando o preço final.

O risco moral e a seleção adversa podem também ser verificados na atividade adjudicatória.<sup>89</sup> Tais situações justificam a regulação, visando a garantir padrões de qualidade para determinados produtos, critérios de responsabilidade civil, entre outros. De acordo com a

---

<sup>88</sup> Na Teoria Econômica, a falha de mercado corresponde às situações em que num sistema de livre mercado são alocados bens e serviços de forma ineficiente. As conhecidas falhas de mercado são “situações em que a interação racional e autointeressada dos agentes econômicos não leva a resultados eficientes sob o ponto de vista de ganho social” (CARVALHO, 2020, p. 118). Geralmente, as falhas de mercado estão associadas a “assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades, ou bens públicos”, sendo justificativas para a intervenção estatal (PORTO, 2019, p. 35-36).

<sup>89</sup> Gico Junior (2020b, p. 34, notas) esclarece a questão da seguinte forma: “[...] **risco moral** surge quando alguém aumenta a sua exposição ao risco pelo fato de estar protegido por um seguro, mas também pode surgir quando alguém assume riscos porque outra pessoa arcará com as consequências, os custos, dos riscos assumidos, caso se manifestem. O problema do risco moral na atividade adjudicatória é extremamente importante, pois o juiz coage, logo, impõe às partes a sua decisão e, portanto, tem o poder de impor a terceiros suas preferências, sem jamais arcar ele próprio com os custos dessa decisão. Nesse sentido, o juiz irresponsável é um risco moral. [...] **seleção adversa** acontece quando alguém (o principal) seleciona um terceiro (o agente) para desempenhar uma função com base em informações disponíveis, mas o agente possui informações privadas que, se disponíveis para o principal, alterariam sua decisão de contratar ou de manter o vínculo de representação. Nesse sentido, o Estado pode contratar um juiz para fazer valer o direito e o juiz, depois de contratado, pode deixar de aplicar as regras jurídicas e impor regras mais adequadas às suas próprias preferências (comportamento divergente), frustrando o objetivo inicial do principal (Estado), que era fazer valer as regras jurídicas”.

abordagem econômica *mainstream*, a assimetria de informações decorrente da incerteza dos fatos ou do direito postulado (interpretação, precedentes vinculantes instáveis e precedentes estáveis não vinculantes), pode também ser causadora de divergências sobre as expectativas das partes quanto à tomada de decisão ou ao resultado de um processo. Por isso, a assimetria de informações tem sido apontada como a principal causa para o insucesso dos acordos, seja antes da instauração do processo ou durante a sua tramitação, que podem estar relacionados, segundo Wolkart (2020, p. 357), a fatores como o “conhecimento privado da existência de uma testemunha ocular, a ciência exclusiva de um fato que pode ser provado por meio de perícia, o domínio de um argumento jurídico de acesso restrito e de forte poder de convencimento” ou, ainda que os fatos sejam conhecidos pelas partes, são valorados de formas distintas por cada uma delas. Anota o citado autor que “essas refrações na apreensão da realidade levam a refrações na formação da expectativa de vitória de cada parte, que acaba seguindo caminho próprio, nem sempre rente à expectativa da outra parte”.

As assimetrias de informações costumam ser maiores antes da instauração do processo, já que as partes desconhecem todos os argumentos contrários. Essas assimetrias, no entanto, tendem a ser reduzidas a partir do início do processo, em razão do compartilhamento das informações privadas.

A questão da assimetria informacional é de grande importância para a compreensão da judicialização da saúde, porquanto a forte presença de grupos de interesses no ajuizamento de ações pode revelar que estes contam com informações que nem sempre são de conhecimento do Poder Público demandado.

### **2.1.6 Os custos de transação na alocação eficiente de recursos**

A relação entre custos de transação e alocação de direitos remete ao conhecido Teorema de Coase, publicado em artigo seminal em 1960 (COASE, 1960; COASE, 2010, p. 59-112), considerado um dos mais importantes no âmbito das pesquisas de AED e que posteriormente lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia. A partir da ideia de custos de transação, o economista inglês Coase jogou “luzes” sobre a importância da negociação como forma de se atingir a alocação eficiente dos recursos. Suas conclusões são no sentido de que, quanto menores os custos de transação, mais eficaz será a alocação de recursos, pois as partes envolvidas racionalmente buscarão negociar de modo a melhor realocar seus recursos, dando-lhes o maior valor possível. Do contrário, sendo altos os custos de transação, a alocação eficiente de recursos se torna mais difícil.

Os custos de transação empregados por Coase se referem aos impedimentos à negociação, ou seja, correspondem aos custos totais associados a dada negociação. Assim, quando os custos de transação forem baixos, os recursos serão utilizados de forma eficiente, não importando a atribuição inicial dos direitos de propriedade. Entre os exemplos fornecidos por Coase (1960) podem ser citados o da fábrica, cuja fumaça gera efeitos prejudiciais à vizinhança. Nesse caso, as alternativas seriam a de que o dono da fábrica fosse responsabilizado pelos prejuízos causados aos ocupantes das propriedades atingidos pela fumaça ou a de estabelecer um tributo a ser pago pelo dono da fábrica e que fosse equivalente financeiramente ao prejuízo causado ou, ainda, remover a fábrica das áreas residenciais, evitando os efeitos nocivos para terceiros.

Outro exemplo é o do gado que, ao se desgarrar, causa prejuízo à plantação cultivada na propriedade vizinha (adjacente). Nesse caso, inexistindo cerca, um aumento no rebanho do pecuarista elevaria o total de prejuízos ao agricultor. As alternativas poderiam ser responsabilizar o criador de gado pelo dano causado ao agricultor ou o criador de gado indenizar o agricultor em troca do não cultivo da terra ou, ainda, o agricultor pagar um valor ao pecuarista para que este reduza a quantidade do seu rebanho. Nos exemplos citados, pressupondo a ausência de custos de transação – ou existindo, que sejam muito baixos – a barganha entre as partes seria a melhor solução para ambas.

Considerando-se o mercado perfeito, isento de fricções, como assimetria de informações, não haveria custos de transação e as partes envolvidas na negociação poderiam, sozinhas, chegar à solução mais equilibrada e promover a alocação eficiente de seus recursos (TIMM, 2018, p. 89). No mundo real, porém, sabe-se que não é bem assim que as coisas acontecem, de modo que os custos de transação são significativos e, de fato, afetam decisivamente a alocação dos recursos e a competitividade no mercado, podendo levar a falhas e a intervenção do Direito para a solução do conflito. Eis a tensão entre as falhas de mercado e as falhas de Governo, que refletirão as soluções de mercado e as soluções de Governo.

Sob essa perspectiva, o Teorema de Coase ajuda a entender a análise comportamental feita pela AED e as relações existentes na judicialização da saúde. Isso porque, quando os juízes decidem, costumam fundamentar suas sentenças em argumentos de justiça, princípios de elevada carga valorativa ou valores pessoais, na maioria das vezes sem a preocupação com as consequências que sua decisão provocará, tampouco com os custos de transação envolvidos para as partes do processo. A decisão pouco eficiente tende a aumentar os custos de transação para a alocação efetiva do direito demandado, reduzindo o bem-estar social resultante do

processo. A sentença ideal deve ser, então, aquela que aloque direitos com a maior efetividade e os menores custos de transação possíveis, a fim de promover maior bem-estar social.

## 2.2 O papel da eficiência na Análise Econômica do Direito (AED)

Tão importante quanto os anteriormente citados é o elemento da eficiência. Podem ser encontradas diversas definições de eficiência na literatura econômica e jurídica, o que revela tratar-se de termo plurissignificativo.

O conceito de eficiência entre os economistas não é uniforme.<sup>90</sup> Segundo Gico Junior (2020b, p. 49-51), costuma ser feita, de modo amplo, a divisão entre eficiência produtiva e eficiência alocativa. A eficiência produtiva está relacionada à produção de determinado bem ou serviço ao menor custo possível. Em outros termos, corresponde à taxa de conversão do insumo em produto. Nesse sentido, o nível eficiente de produção será alcançado quando “não for possível manter o nível de produção diminuindo o custo ou aumentar a produção mantendo o custo”. Essa noção de eficiência produtiva está associada, no âmbito jurídico, a dois elementos conjugados – produtividade e economicidade. Produtividade significa “produzir mais com a mesma quantidade de recursos”, enquanto economicidade seria “produzir o mesmo com menos recursos”.

Por sua vez, a eficiência alocativa se refere ao bem-estar ou à “utilidade extraída do produto resultante do processo produtivo”. Assim, o nível eficiente de alocação será alcançado quando “houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, *i.e.*, quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível”. Não havendo qualquer outra alocação possível que possa gerar bem-estar maior para a sociedade, considera-se a escolha adotada como alocativamente eficiente.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Para Gico Junior (2020b, p. 51, nota), os principais tipos de eficiência são a eficiência produtiva, a eficiência alocativa, a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks, ressaltando que há quem considere nessa divisão que as duas primeiras são tipos e as últimas são critérios de aferição da eficiência.

<sup>91</sup> O autor cita o seguinte exemplo: “Suponha que um tribunal de justiça disponha de verba extra para a criação de uma nova vara, mas apenas uma. Diante da limitação de recursos, que tipo de vara o tribunal deveria criar: uma vara criminal, da fazenda pública, civil ou geral? Veja que, do ponto de vista produtivo, não importa que vara seja criada, ela pode ser criada, organizada e conduzida da forma mais eficiente possível (eficiência produtiva), mas isso não responde à primeira pergunta que se refere a que tipo de vara deve ser criado. A resposta para essa pergunta requer a utilização do conceito de eficiência alocativa, pois, na realidade, a pergunta pode ser assim reformulada do ponto de vista juseconômico: que tipo de vara gerará o maior bem-estar social, ou seja, qual o tipo de vara será mais útil para a sociedade naquele momento? Só respondendo a essa pergunta seremos capazes de alocar eficientemente os recursos sociais disponíveis”. Isso evidencia que a análise econômica não se confunde com a análise financeira. Também alerta o autor sobre a utilização do termo eficiência no campo da Economia: “Em economia, há eficiência alocativa quando o preço (benefício marginal) de um bem é igual ao seu custo marginal, *i.e.*, enquanto alguém ainda aceitar pagar (disponibilidade de pagar) o custo de produção da unidade adicional, essa unidade adicional será produzida”.

De modo específico, Coleman (1980, p. 225) aponta como noções relevantes a eficiência de Coase, a optimalidade de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks e, ainda, a maximização de riqueza de Posner.

A eficiência de Coase pode ser resumida no sentido de que o máximo uso produtivo dos recursos não depende da atribuição inicial dos direitos. A atribuição inicial é apenas o ponto a partir do qual as negociações começam, de maneira que o ponto em que as negociações cessam representa a alocação eficiente de recursos. É dessa forma que, em *The Problem of Social Cost*, Coase afirma que, em condições de racionalidade, conhecimento substancial e custos de transação zero, os resultados das negociações entre as partes serão eficientes. Porém, o Teorema de Coase é válido apenas quando os custos de transação são suficientemente insignificantes para permitir que o mercado funcione como resultado eficiente através do processo de ganho mútuo no comércio. Quando os custos de transação são altos e criam falhas de mercado ou externalidades, a atribuição inicial de direitos faz a diferença do ponto de vista da eficiência. Isso porque os custos de transação exercerão papel importante na fixação dos preços, assim como na oferta e na demanda, razão pela qual estão associados à eficiência da barganha, comparada à imposição de normas jurídicas que definam previamente sobre quem recairá a tutela.

Os custos de transação, como já salientado, estão relacionados aos custos incorridos pelas partes para uma negociação, os quais podem ser de diversos tipos, como o custo de encontrar o que se quer no mercado, de buscar alguém para contratar, de deslocamento, de elaborar e fazer cumprir o contrato, de acesso a informações, entre outros. Vale registrar que a formulação de Coase se contrapõe à que vinha sendo até então sustentada pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou (1920), para quem a intervenção Estatal seria a melhor maneira de enfrentar as externalidades. Isso porque, conforme salienta Carvalho (2020, p. 133-134), até 1960 “a solução econômica considerada mais eficiente era a tributação pigouviana”, cuja finalidade era desincentivar a produção de externalidades negativas ao tributar o agente poluidor, a fim de forçá-lo a corrigir seu comportamento. Com a internalização do custo da poluição pelo poluidor, o tributo criaria incentivos para corrigir a falha de mercado. Ocorre que, em 1960, as ideias de Coase rompem com esses paradigmas no que respeita às externalidades e às formas de solucioná-las, ao sustentar que o mais adequado seria levar em consideração não apenas o produtor da externalidade, mas também aqueles afetados por ela. Assim, “o problema não era propriamente uma ‘falha’ de mercado, mas uma falta de mercado, ou seja, de direitos de propriedade bem definidos e de um ambiente com baixos custos de transação que permitisse às partes negociarem uma solução consensual que atendesse ambos os interesses”.



No exemplo da poluição, “se tanto o poluidor quanto o poluído pudessem barganhar pelos direitos de poluir ou de não ser poluído, tais direitos naturalmente convergiriam para quem lhes desse maior valor, ou seja, os recursos seriam alocados eficientemente”. Nesse caso, o poluidor poderia comprar do poluído o direito de continuar poluindo ou, então, o poluído poderia comprar do poluidor o direito de não ser mais poluído, de maneira que ambos obteriam ganhos e a alocação seria eficiente (CARVALHO, 2020, p. 133-134).

Em relação à optimalidade de Pareto (1906), considera-se que os recursos são alocados de forma Pareto-ótimo se, e somente se, qualquer realocação adicional puder melhorar o bem-estar de dada pessoa sem prejudicar outrem. Portanto, o modelo teórico de Pareto concebe dada situação como eficiente quando não for possível melhorar a posição de uma das partes sem piorar a de outra (COLEMAN, 1980, p. 512-513).<sup>92</sup> Assim, haverá ineficiência quando se melhorar a condição de alguém com prejuízo para outro(s).

Nesse ponto, considerando que a eficiência de Pareto ou ótimo de Pareto corresponde ao estado social em que não seja possível melhorar a situação de, pelo menos, uma pessoa sem prejudicar a situação de outra, Gico Junior (2020b, p. 52-54) acrescenta que o critério compara estados sociais sem incorrer em comparação intersubjetiva de utilidade. O problema é que, na prática, não há como confirmar que o resultado da mudança aumentará o bem-estar social sem que todos os afetados concordem com a mudança. Isso porque não se pode comparar utilidades, ou seja, não se pode aferir a utilidade dos agentes afetados, a fim de permitir a avaliação objetiva do resultado da mudança sobre o bem-estar social. Por essa razão, diz-se que o critério de Pareto revela, implicitamente, a ideia de unanimidade.

A crítica ao critério de Pareto não é sem razão, dado ser inviável em uma sociedade complexa, econômica e socialmente, na qual as tomadas de decisões geralmente implicam consequências negativas para alguém, ainda que beneficiem muitos. Por isso, as limitações de aplicabilidade do critério de Pareto levaram Nicholas Kaldor e John Richard Hicks a desenvolver o critério que ficou denominado de eficiência Kaldor-Hicks (1939). Certa redistribuição de recursos é considerada Kaldor-Hicks eficiente se os vencedores ganham o suficiente para que possam compensar os perdedores. A noção de eficiência de Kaldor-Hicks não exige que os vencedores realmente compensem os perdedores. A falta de exigência de compensação pode ter o efeito de produzir perdedores (COLEMAN, 1980, p. 237-242). Esse

---

<sup>92</sup> Exemplo citado pelo autor: “A” compra de “B” uma coleção de selos por \$950. Se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para “A” da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$950, e que a utilidade de \$950 é maior para “B” do que a coleção de selos. Assim, desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros, a venda é uma melhora no sentido de Pareto.

modelo surgiu com a intenção de melhorar o critério de Pareto, baseando-se na premissa de que uma situação será eficiente quando, ainda que uma das partes envolvidas tenha a sua situação piorada, haja a possibilidade de compensá-la. Portanto, por esse critério o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, ainda que efetivamente não o façam.<sup>93</sup>

A eficiência Kaldor-Hicks reconhece o aumento do bem-estar social, mesmo assumindo que algumas pessoas possam ser prejudicadas com a mudança de estado social. Isso faz desse critério o mais utilizado para analisar políticas públicas (ex.: proprietários de casas desapropriadas prejudicados e comunidade beneficiada com a construção de uma ponte no local) e atividade adjudicatória (ex.: vencedor beneficiado e sucumbente prejudicado). Nesse caso, o aumento do bem-estar social também decorre do resultado da aplicação das regras jurídicas (Direito), que representam as preferências da sociedade. Logo, a política pública ou a decisão judicial contrária ao Direito será não só Pareto ineficiente, mas também Kaldor-Hicks ineficiente, por diminuírem o bem-estar social. Essa flexibilização teórica do critério de Kaldor-Hicks remete à lógica de análise de custo-benefício, dado que determinada tomada de decisão será eficiente quando os benefícios superarem os custos privados e sociais (GICO JUNIOR, 2020b, p. 54-57). Pareto e Kaldor-Hicks são os parâmetros de eficiência mais utilizados na abordagem econômica.

No tocante à ideia de eficiência em Posner, é necessário levar em conta as diversas fases (ascensão, apogeu e queda) por que passou o pensamento do autor acerca do assunto. Apesar de ser considerado controvertido e polêmico, Posner é um dos maiores expoentes do pragmatismo jurídico e, portanto, referência no estudo da AED, com vasta e importante produção intelectual. A leitura sistemática de suas obras, no entanto, não revela linearidade ao longo do tempo, podendo-se depreender que no início adotara postura mais radical, mormente abandonada depois dos anos 1990 por influência de seus debates com Dworkin.

No intuito de explicitar as mencionadas fases, Salama (2012, p. 288-293) destaca a ascensão da eficiência como método analítico, o seu apogeu como critério ético e a sua queda como eficiência subordinada ao pragmatismo. A eficiência como método analítico (fase de ascensão) corresponde à fase que vai desde meados dos anos 1960 até fins da década de 1970.

---

<sup>93</sup> Salama (2012, p. 311) ilustra o sentido do critério de Kaldor-Hicks com exemplo ocorrido na cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores”.

A ideia de eficiência, nesse momento, identifica-se com a eficiência econômica, ou seja, com a maximização da riqueza medida em padrões monetários. Por exemplo, se o preço de determinado produto aumenta, o consumidor tenderá a comprar menos desse mesmo produto ou o substituirá por outro tipo. O mesmo raciocínio analítico valeria para a prática de crimes, o ajuizamento de ações, a realização de acordos etc., de modo que a utilização da racionalidade como premissa instrumental está relacionada ao comportamento previsível.

A eficiência como critério ético (fase de apogeu) surgiu a partir de meados da década de 1970, quando Posner formulou a síntese normativa entre justiça e eficiência.<sup>94</sup> Nessa fase, o autor aplicou suas teorias morais (*moral theory*) a questões jurídicas, definindo que as regras jurídicas e as interpretações do Direito que promovam a maximização de riqueza são consideradas justas.<sup>95</sup> Já a eficiência subordinada ao pragmatismo (fase de queda) é resultado das inúmeras críticas<sup>96</sup> que sofrera em relação à ideia da maximização de riqueza como fundamentação ética do Direito. Na década de 1990, com a publicação da obra *The Problems of Jurisprudence*<sup>97</sup>, Posner revê sua posição e abandona essa ideia, passando a sustentar expressamente o pragmatismo jurídico<sup>98</sup>, que deixa de levar em conta fundamentações filosóficas na formulação e na aplicação do Direito, para sopesar as possíveis consequências das diversas interpretações que o texto permite (SALAMA, 2012, p. 313-319).

Nesse viés, é interessante anotar que o pragmatismo jurídico de Posner (2010b, p. 55) difere do método tradicional da *Common Law*. O que chama a atenção é que no Sistema da *Common Law* há adesão ao precedente (antecedente), enquanto no pragmatismo jurídico há adesão projetada no futuro. Daí a assertiva de Posner no sentido de que o formalismo jurídico olha para o passado, a fim de fundamentar a legitimidade de uma decisão no precedente, e o pragmatismo jurídico olha para o futuro, vislumbrando as consequências, mas sem desconsiderar as decisões passadas, porque valoriza a continuidade como valor social (não porque tenha um dever para com o passado). O ponto comum das concepções pragmatistas, em

---

<sup>94</sup> A obra emblemática é *The Economics of Justice*, a qual já se encontra traduzida para o português. Ver *in* POSNER, 2010a.

<sup>95</sup> Posner não distingue as expressões “maximização de riqueza” e “eficiência” e situa sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano. Do utilitarismo, Posner mantém a concepção consequencialista de moralidade e justiça, bem como a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Por outro lado, rechaça o critério de felicidade, elemento fundamental do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da deontologia kantiana, Posner mantém parte dos conceitos de autonomia e consenso, porém, rechaça o “fanatismo” kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico (SALAMA, 2012, p. 293-313).

<sup>96</sup> Para abordagem crítica, ver *in*: COLEMAN, 1982, p. 1105-1131; DWORKIN, 1980, p. 191-226; KRONMAN, 1980, p. 227-242; e MICHELMAN, 1979, p. 307-315.

<sup>97</sup> Essa obra se encontra traduzida para o português. Ver *in*: POSNER, 2007b.

<sup>98</sup> Para a abordagem pragmática, ver *in*: POSNER, 2010b.

geral, é a experimentação com o fim de identificar as consequências práticas da tomada de decisão, afastando-se dos fundamentos morais.

Entre as principais críticas feitas à AED por usar argumentos pragmáticos está a utilização do critério de eficiência na Teoria do Direito. A ideia de eficiência de Posner é a mais conhecida, também a mais criticada, sobretudo em razão das modificações que seu ponto de vista sofreu ao longo do tempo. No entanto, é preciso estar atento às diversas concepções e Escolas a que se vincula a noção de eficiência, para que se possa compreender melhor que esse critério pode ser bastante útil como instrumental para auxiliar na elaboração de normas e formulação de decisões judiciais ou administrativas eficientes e justas, assim como nas situações envolvendo planejamento e execução de gastos públicos, a exemplo das políticas públicas de saúde. Aliás, o orçamento e as políticas públicas de saúde judicializadas evidenciam bem a necessidade de efetividade com eficiência, pois ignorar os custos dos direitos e a escassez (“cobertor curto”, na linguagem popular) poderá implicar a inviabilização da prestação dos serviços.

Em que pese terem sido demonstrados anteriormente os conceitos clássicos de eficiência<sup>99</sup> aceitos em nível internacional, nada impede que sejam traçados novos parâmetros ou pequenos ajustes a partir da realidade de determinado país. Nesse viés, procurando traçar novo arranjo entre Direito e Ciência Econômica ao tomar por base a realidade brasileira e em busca da necessária convergência entre questões distributivas e sociais, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 261-290) desenvolveram o denominado Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES). Tal princípio conclama a aplicação da eficiência dentro de limites determinados pelo Estado e orientados pelo Mínimo Ético Legal (MEL), pois ponderam que a análise econômica de custos e benefícios, que considera essencialmente critérios não distributivos, tende a promover maiores lucros a determinados grupos de pessoas em detrimento da carência de outros, assim como a desconsideração da eficiência social na tomada de decisão tendendo a produzir injustiças.<sup>100</sup> Ainda que a proposta do PEES possa ser vista como de difícil verificação

---

<sup>99</sup> Não se poderia deixar de mencionar, também, as concepções de Rawls sobre a eficiência. Segundo Rawls (2008, p. 73-80), os indivíduos racionais farão escolhas justas e que beneficiam a todos quando desconhecem suas situações originais, a que chamou hipoteticamente de “véu da ignorância”. Nesse sentido, a atribuição de direitos e deveres resultaria na distribuição equitativa de riqueza e na diminuição das desigualdades sociais. Na prática, a dificuldade está em vislumbrar que as restrições do véu também não possam impossibilitar o próprio discernimento dos indivíduos contratantes quanto ao que seria melhor ou mais vantajoso para ambos.

<sup>100</sup> Importante notar que, sob o aspecto econômico-pragmático, a ideia de justiça deve ser alcançada pela composição ideal das partes. Para tanto, a tomada de decisão sob a orientação do PEES deve levar em conta os seguintes elementos indissociáveis: i) a inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica; ii) a consideração, para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; iii) o primado da distribuição e

empírica, afigura-se relevante instrumento para se pensar a adjudicação socialmente eficiente dos direitos, especialmente em País como o Brasil, de enormes desigualdades sociais, na medida em que procura garantir a racionalidade econômica levando em conta o reflexo social, isto é, os custos sociais resultantes das externalidades.

No plano jurídico pátrio, observa-se que até o ano de 1998 existiam apenas duas referências ao termo “eficiência” na CRFB/88. A primeira constava expressamente do art. 74, II, e fazia menção à eficiência na gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. A segunda estava prevista no art. 144, § 7º, e dizia respeito à garantia da eficiência das atividades de segurança pública. Naquele mesmo ano, por meio da edição da EC n. 19/98, o termo “eficiência” foi acrescido pelo Poder Constituinte Derivado Reformador ao art. 37, *caput*, da CRFB/88, consagrando-o como princípio constitucional a ser observado não apenas pela Administração Pública, como também pelo Poder Judiciário na fundamentação de suas decisões. Não se deve esquecer de que a eficiência prevista no mencionado dispositivo constitucional se encontra ao lado da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, de maneira que uma cláusula não exclui a outra.

Dada a sua previsão no âmbito das disposições sobre a Administração Pública, o conceito de eficiência foi mais difundido no Direito Administrativo, sobressaindo-se definições genéricas relacionadas à adequação entre meios e fins a serem alcançados pela Administração Pública, à realização dos fins segundo o menor custo e à redução de desperdícios mediante a prestação de serviços com presteza, perfeição e maior rendimento funcional.<sup>101</sup> No entanto, o

---

redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado; iv) a apreciação do caso concreto de forma eficiente, segundo expectativas da Análise Econômica do Direito, eliminando-se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras; e v) a avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 274-275).

<sup>101</sup> Nesse sentido, colacionam-se as definições dadas por alguns doutrinadores. Para Marinela (2019, p. 98), “consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo, quem ganha é o bem comum”. Segundo Mello (2016, p. 126), “o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”, que significa “desenvolver a atividade administrativa ‘do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los”. De acordo com Carvalho Filho (2018, p. 31), “o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Para Di Pietro (2019, p. 111), o princípio da eficiência “pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”. Justen Filho (2016, p. 67-68), por sua vez, destaca que “em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos

raciocínio é superficial e circular nos conceitos de eficiência formulados na seara administrativista, pois procura se descolar da visão econômica, o que remete à necessidade de entendimento mais profundo e interdisciplinar com a Ciência Econômica, que possui cardápio variado de significados sobre o termo. A eficiência na Administração Pública não significa maximização da acumulação de riqueza, mas um instrumento que permite concretizar o interesse público e os direitos fundamentais, como é o caso da saúde, da melhor forma possível com os recursos disponíveis, inclusive servindo de parâmetro para formulação e avaliação de políticas públicas, até mesmo para estabelecimento de marcos regulatórios nessa área. Nesse sentido, resta inafastável concluir que a interpretação da eficiência na CRFB/88 deve compreender os aspectos produtivo e alocativo.

Como pondera Cyrino (2018, p. 584), a cláusula de eficiência contida no art. 37, *caput*, da CRFB/88 tornaria obrigatório aceitar o entrelaçamento entre Direito e Economia, já que dotada de significado interdisciplinar e verdadeiro princípio geral. Isso porque nada justifica ignorar a escassez ou que a satisfação de direitos pressupõe gastos públicos que necessitam ser eficientes. Exige-se da Administração Pública resultados com o menor custo e sem desperdícios.<sup>102</sup>

É inconcebível o aparato estatal ineficiente e que desperdiça recursos da sociedade obtidos com o pagamento de tributos. Negar a eficiência corresponde a defender a ineficiência na Administração Pública ou permanecer indiferente a ela, o que seria socialmente indesejável, já que os custos seriam suportados pela sociedade. Portanto, em se tratando de Administração Pública (Poder Executivo), os recursos disponíveis (materiais e humanos) devem ser geridos maximizando-se a concretização de políticas públicas, enquanto no caso do Poder Judiciário os recursos devem ser geridos maximizando-se a resolução dos conflitos pela adjudicação do Direito. Infelizmente, como se percebe, o Princípio Constitucional da Eficiência não tem merecido a devida atenção pelo Poder Público, ao menos quanto à extensão de seu conteúdo.

Ainda que não haja conceito unívoco acerca do que seja justiça ou até mesmo eficiência, fato é que a ineficiência será sempre injustiça, dado que o desperdício em ambiente de recursos escassos e necessidades ilimitadas é injusto. A mesma ideia vale para a inexistência

---

econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. [...] Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. [...] Por isso, parte da doutrina tem preferido a expressão ‘princípio da eficácia administrativa’. [...] a eficácia administrativa determina que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo da obtenção do maior lucro”.

<sup>102</sup> Muito embora se possa inferir que das políticas públicas se deflui a necessidade de incorporação do atributo da eficiência, esse princípio constitucional não ficou imune a críticas. Essa visão não escapou à percepção de Valle (2016, p. 83), para quem a “questão prejudicial, todavia, à compreensão do sentido e dos efeitos da inclusão do princípio da eficiência, diz respeito à sua origem inequivocamente econômica, circunstância que determinou um estranhamento inicial na sua recepção pelo sistema do direito”.

de contradição insuperável entre efetividade e eficiência. É óbvio que o que se busca é a efetividade das relações sociais (direitos fundamentais, políticas públicas) com eficiência, gestão pública adequada e sem desperdício de recursos. No caso da judicialização da saúde, por exemplo, a concessão judicial de caríssimo medicamento ou tratamento não incorporado pelo SUS a determinado indivíduo postulante que possui elevado poder aquisitivo configura, na prática, preservação de sua riqueza pessoal em prejuízo da riqueza coletiva e, portanto, ineficiência e injustiça.

### **2.3 Análise econômica da litigância: como agem partes, advogados e juízes**

Identificados os elementos essenciais da AED e firmada a premissa de que se trata de instrumento metodológico utilizado para compreender o comportamento dos indivíduos, desponta como particular aspecto para os fins desta pesquisa acerca da judicialização das políticas públicas de saúde a identificação de como se comportam os atores no processo judicial. Parte-se do pressuposto de que o litígio é oneroso para as partes envolvidas, já que cada uma suportará custos e benefícios. Considerando-se as partes como agentes racionais, sopesarão os incentivos em suas opções de tomada de decisão.

Assumida a racionalidade dos agentes, verifica-se que a decisão de ajuizar ou não uma ação por parte de um potencial litigante envolve a avaliação prévia de custos e benefícios esperados da referida medida judicial (POSNER, 1973, p. 399-458; ARAKE; GICO JUNIOR, 2014, p. 166-178; CARVALHO, 2018).<sup>103</sup> Nos custos são contabilizados despesas processuais, honorários de advogado, honorários de perito, tempo de preparação da ação, coleta de documentos, identificação de testemunhas, além de despesas sucumbenciais caso a ação não obtenha êxito. Já nos benefícios são contabilizados o bem da vida pleiteado com a demanda, eventuais benefícios extraprocessuais, como um desejo de vingança ou melhor posição negocial. É bem verdade que tal avaliação é feita, muitas vezes, de forma intuitiva e sua sofisticação varia com a quantidade de informações disponíveis. Como explicam Arake e Gico Junior (2014, p. 166-178), “a premissa é que a parte que escolhe litigar sopesa os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito versus outros mecanismos ou mesmo o abandono do litígio”.

---

<sup>103</sup> Conforme Wolkart (2020, p. 326), de modo geral pessoas jurídicas de médio ou grande porte tendem a ter comportamento bastante racional, com avaliações de custos e benefícios. Por outro lado, pessoas físicas tendem a ser mais atingidas por aspectos emocionais, incluindo sentimentos de injustiça e de vingança. Ademais, pessoas jurídicas com departamentos jurídicos próprios apresentam melhor sintonia entre os interesses advogado/cliente, ao passo que pessoas físicas e empresas sem departamento jurídico tendem a deixar mais espaço para o advogado modular os interesses do cliente ou, até mesmo, criar tais interesses. Isso evidencia que a decisão de ajuizamento de ação não é somente da parte interessada, mas também do seu advogado.

Propor ou não a ação judicial constitui decisão com risco, pois o resultado (julgamento) da ação é incerto (procedente ou improcedente), ou seja, pode ou não ocorrer conforme pretendido pelo autor. Nessa perspectiva, a decisão do agente racional será de propor a ação judicial se o benefício (bem da vida) for maior do que o custo ( $B > C$ ), ainda que haja algum grau de incerteza, isto é, de probabilidade de procedência ( $p$ ) e de improcedência ( $1-p$ )<sup>104</sup>. A propositura da ação judicial também impõe custos ( $C_A$ ) ao autor, conforme salientado anteriormente. Se a expectativa de sucesso do autor com a propositura da ação for definida como  $p_A$ , então o autor acredita na existência da probabilidade  $p_A$  de obter o bem da vida em litígio  $B$  a um custo processual  $C_A$ . Com isso, o autor neutro ao risco confia que o valor da ação judicial para si é dado por  $p_A \cdot B - C_A$ . Logo, a condição de ajuizamento da ação é dada por  $p_A \cdot B - C_A > 0$ . Isso significa que o autor racional ajuizará a ação quando o benefício ( $p_A \cdot B$ ) for maior do que o custo ( $C_A$ ), ou seja, a ação ajuizada terá um valor esperado positivo (VEP) quando aquela condição for satisfeita. Do contrário, a ação terá um valor esperado negativo (VEN) (GICO JUNIOR, 2020b, p. 118-121).

Para ilustrar, cite-se como exemplo o indivíduo que pleiteia judicialmente dado medicamento sem registro na ANVISA e não incorporado ao SUS perante o Estado, cujo custo estimado seja de R\$ 300.000,00 ( $B = 300.000$ ). Considerando a jurisprudência favorável, o autor estima o êxito da ação em 90% ( $p_A = 0,9$ ). Imagine-se que o advogado contratado pelo autor para propor a ação seja particular e o representa na causa por R\$ 30.000,00, acrescidos de R\$ 5.000,00, se houver necessidade de perícia ( $C_A = 35.000$ ). Nesse caso, observa-se que o valor da ação para o autor será de R\$ 235.000,00 ( $= 0,9 \cdot 300.000 - 35.000$ ).

Quando o potencial autor exerce sua pretensão por meio da ação judicial, o eventual réu deverá decidir se irá se submeter ou não a essa pretensão. Nesse caso, o réu racionalmente se submeterá apenas quando o benefício associado à resistência for menor do que o seu custo ( $B < C$ ). Do contrário, sendo o custo de resistir menor do que o benefício de resistir, o eventual réu não cederá à pretensão. A mesma ideia vale para as negociações na fase de autocomposição, em que o eventual réu poderá oferecer proposta de acordo ao potencial autor. Se a proposta de acordo ( $A$ ) oferecida envolver valor maior ou igual ao valor esperado da ação, haverá autocomposição ( $A \geq p_A \cdot B - C_A$ ). Vale dizer, não existirá acordo se  $A < p_A \cdot B - C_A$ , restando mais conveniente ao potencial autor ajuizar a ação. Considerando que a opção de autocompor também gera custos ( $N$ ), o acordo será alcançado apenas se a oferta do eventual réu for maior

---

<sup>104</sup> Havendo apenas dois eventos possíveis em uma determinada amostra e um deles possui a probabilidade “p” de ocorrer, necessariamente o outro evento terá a probabilidade “1-p” de ocorrer (100% menos a probabilidade do primeiro evento), já que o somatório das probabilidades deve ser 100%, ou seja, 1.



ou igual ao valor da ação acrescido dos custos de negociação ( $A \geq p_A \cdot B - C_A + N_A$ ). Por outro lado, a lide será instaurada se a oferta for menor do que esse valor ( $A < p_A \cdot B - C_A + N_A$ ). Disso resulta que o potencial autor aceitará para composição, no mínimo, a proposta  $A = p_A \cdot B - C_A + N_A$ , significando que este é o valor de reserva do potencial autor ( $V_A = p_A \cdot B - C_A + N_A$ ) (GICO JUNIOR, 2020b, p. 121-123).

Do ponto de vista do eventual réu, o valor máximo que este estaria disposto a oferecer ao potencial autor para acordo pode ser representado pela inequação  $A \geq p_R \cdot B + C_R - N_R$ . Disso resulta que o eventual réu preferirá a composição se a proposta for, no máximo, de  $V_R = p_R \cdot B + C_R - N_R$ , que representa o valor de reserva do réu. Observa-se, assim, que no valor de reserva do potencial autor os custos de litígio são extraídos ( $- C_A$ ) e o custo de negociação é acrescido ( $+ N_A$ ), enquanto no valor de reserva do eventual réu a situação se inverte (GICO JUNIOR, 2020b, p. 124-125).

Desse modo, se o eventual réu valorizar a não propositura da ação judicial mais do que o potencial autor valoriza a sua propositura, haverá excedente cooperativo a ser distribuído entre as partes e, portanto, possibilidade de acordo. Considerando que a troca voluntária (teoria da barganha) exige a existência de um excedente cooperativo a ser distribuído entre as partes, haverá acordo quando o mínimo que o potencial autor esteja disposto a aceitar ( $V_A$ ) for menor ou igual ao máximo que o eventual réu esteja disposto a pagar ( $V_R$ ), ou seja,  $V_A \leq V_R$ . Logo, a condição de litigância é dada por  $V_A > V_R$ , suficiente para o fracasso da autocomposição (GICO JUNIOR, 2020b, p. 125). É bem verdade que, na realidade, nem sempre é possível às partes conhecer exatamente o tamanho do excedente cooperativo a ser partilhado, embora possa ser coerente com a intuição de cada uma delas.

Quanto maior a diferença de expectativas entre o autor e o réu em relação ao potencial êxito da ação judicial, maior será a probabilidade de ocorrer o litígio (POSNER, 1973, p. 417-419). Esse hiato de expectativas é uma função de duas variáveis: insegurança jurídica e assimetria de informações. A segurança jurídica está relacionada à capacidade do agente em prever como o Poder Judiciário julgará o seu caso antes do ajuizamento da ação, de maneira que quanto mais previsível o resultado do julgamento maior segurança jurídica haverá.<sup>105</sup> Nesse

---

<sup>105</sup> Note-se que, como a segurança jurídica está vinculada apenas à previsibilidade do direito, decisões *contra legem* reiteradas podem se tornar previsíveis. Como descreve Gico Junior: “Se um Judiciário é ativista, *i.e.*, profere decisões *contra legem*, mas o faz de maneira coerente e consistente, portanto, previsível, haverá insegurança jurídica apenas curto prazo (nas primeiras rodadas), enquanto o jurisdicionado ainda acredita na lei. No médio e no longo prazo, depois de o jurisdicionado (ou sua advogada) aprender que o Judiciário ativista não segue a lei, o jurisdicionado será capaz de prever com precisão a posição ativista adotada - desde que o Judiciário siga a própria jurisprudência - assim, haverá algum grau de segurança jurídica”. Esse ponto é fundamental para compreender a razão da quantidade de ações judiciais relacionadas à saúde propostas.

sentido, a dispersão da jurisprudência sobre o mesmo tema afeta a segurança jurídica e o hiato de expectativas. A falta de segurança jurídica tende a aumentar o hiato de expectativas de êxito entre o potencial autor e o eventual réu e, conseqüentemente, a litigância (GICO JUNIOR, 2020b, p. 127-128).

Enquanto autor e réu possuem mais informações sobre os fatos, os advogados possuem mais informações acerca do Direito, dos julgamentos dos Tribunais e da probabilidade de êxito da ação. É a assimetria de informações entre clientes e advogados (COOTER; ULEN, 2010, p. 420). Como todos os demais agentes no jogo processual, inclusive as partes e o juiz, o advogado racional também possui interesses, que podem ou não estar alinhados aos de seu cliente, já que sua conduta de ajuizar a ação, de celebrar o acordo ou seu grau de zelo será pautada pela análise de custo-benefício e conforme a estrutura de incentivos. E essa estrutura de incentivos inclui, até mesmo, a forma de contratação (remuneração) do advogado, que tradicionalmente são honorários por hora, honorários por êxito e honorários de *pro labore* ou fixos.<sup>106</sup> Não é demais lembrar de que a ética integra as preferências do advogado, pois, quanto mais ético for, mais valorizará fazer a coisa certa, ao passo que quanto menos ético menos valorizará. Porém, deve ficar claro que as preferências não se confundem com a estrutura de incentivos. Ademais, assim como para o autor, para o advogado a decisão de litigar ou não também constitui uma função do retorno esperado da ação, o que inclui a sua estrutura de incentivos (GICO JUNIOR, 2020b, p. 182-184).

A decisão de realizar o acordo ou prosseguir com o litígio costuma ser tomada mais pela parte do que pelo advogado, dado que este é apenas seu mandatário, embora o procurador possa influenciar a decisão do cliente. Por isso, torna-se fundamental compreender o comportamento e a estrutura de incentivos de todos os agentes envolvidos, inclusive as relações de agência (relação Estado-juiz e relação cliente-advogado). Embora as partes sejam as verdadeiras demandantes, já que os advogados são contratados para postular em juízo o direito violado, não se pode negar o importante papel do advogado e o seu comportamento antes e durante o processo. Nos termos da CRFB/88 (art. 133), o advogado é indispensável à administração da Justiça. Desse modo, os advogados, sejam públicos ou privados, representam os principais atores do Sistema de Justiça, considerando que apenas em poucas situações as partes possuem capacidade postulatória para demandar em juízo. São os advogados os

---

<sup>106</sup> Investir no processo gera custo para o advogado, na medida em que cada hora trabalhada em determinado processo corresponde a uma hora que poderia estar sendo trabalhada em outro caso com remuneração por hora ou outra atividade (custo de oportunidade).

protagonistas do Poder Judiciário porque podem gerar e administrar as demandas das partes, que pouco conhecem sobre processo.

Adotando-se a premissa de que partes e advogados se submetem a diferentes incentivos para o ajuizamento da ação, tal situação pode gerar um desalinhamento de comportamentos, conhecido como problema de agência (*agency problem*). O problema principal-agente ou dilema de agência ocorre “quando alguém (o principal) contrata um terceiro (o agente) para desempenhar uma atividade em seu nome e, obviamente, no seu interesse, mas, em função da existência de uma assimetria de informação (risco moral e seleção adversa), o agente pode agir de forma diversa da desejada pelo principal (conflito de interesses)” (GICO JUNIOR, 2020b, p. 34-35). Note-se que, ao contrário da parte, o advogado não paga custas ou taxas para o ajuizamento da ação. Aliás, pode até receber por tal ato, dependendo do contrato de honorários firmado com a parte. Ademais, o advogado fará jus aos honorários sucumbenciais em caso de procedência da ação. Ao ajuizar a ação, também o advogado incorrerá em custos administrativos, como estrutura do seu escritório, elaboração de contrato e tempo para atuar no caso. O custo marginal do tempo que o advogado agasta com o processo é igual ao valor do melhor uso alternativo do tempo (custo de oportunidade) (COOTER; ULEN, 2010, p. 419-420; WOLKART, 2020, p. 332).

A fórmula para modelar a decisão do advogado se assemelha à do comportamento da parte. O resultado esperado do processo para o advogado ( $E_{VA}$ ) deve ser maior ou igual aos seus custos totais ( $C_{TA}$ ), ou seja,  $E_{VA} \geq C_{TA}$ . Nesse caso, também a possibilidade mínima de sucesso incentiva o advogado a atuar na causa, dados os baixos custos administrativos do advogado e a existência de honorários contratuais.<sup>107</sup> Se o advogado utilizar os honorários contratuais fixos de forma suficiente para cobrir seus custos administrativos, ele transferirá para a parte todos os riscos de sua atividade e terá incentivos para aconselhar o ajuizamento de ações ainda que a chance de vitória seja muito reduzida, como é o caso da demanda frívola (WOLKART, 2020, p. 332-334). Convém anotar que ações sem quaisquer chances de vitória ingressarão no custoso Poder Judiciário, subsidiado pela sociedade, e em prejuízo ao bem-estar social.

Essa abordagem não se restringe apenas aos advogados particulares, pois também pode ser estendida aos advogados públicos. No tocante aos incentivos à litigância dados pelo sistema judicial aos advogados públicos, tem-se o regime de completa gratuidade da Justiça para o

---

<sup>107</sup> Esse cenário é sintetizado por Wolkart (2020, p. 489) da seguinte forma: “[...] sempre que a soma dos honorários contratuais a serem pagos durante o processo e dos honorários sucumbenciais esperados superar a economia dos custos administrativos de advogar até o final daquele mesmo processo, o advogado racional evitará o acordo de todas as formas”.

Poder Público, a ausência de responsabilidade pessoal do advogado público quando da litigância de má-fé e, ainda, o regime de honorários de sucumbência, vez que em diversas Procuradorias estaduais e municipais os honorários advocatícios pertencem aos respectivos procuradores, inclusive amparadas pelo art. 85, § 19, do CPC/2015.

A gratuidade da Justiça e sua vinculação à hipossuficiência, particularmente, possuem desdobramentos importantes no campo da judicialização da saúde. Apesar da boa intenção legislativa de beneficiar os mais pobres na defesa judicial de seus interesses e da importância do instituto jurídico, estudos (ARAKE; GICO JUNIOR, 2014, p. 166-178) demonstram que a gratuidade da assistência judiciária não necessariamente amplia o acesso das pessoas mais desfavorecidas economicamente ao Poder Judiciário, dada a banalização da concessão a quase todos os postulantes do benefício que estimula o ajuizamento de ações frívolas (baixa probabilidade de êxito) ou por pessoas de elevado poder aquisitivo. No caso específico da judicialização da saúde, já se verificou que 85% dos demandantes no Estado do Paraná (PEREIRA; PEPE, 2014, p. 35) obtiveram o benefício da gratuidade da Justiça.

Anote-se, no entanto, que no campo da saúde pública o requisito da hipossuficiência do demandante é questão problemática<sup>108</sup> porque, além de não ter uma definição precisa, contraria o princípio da universalidade do direito à saúde, impondo limitação não prevista na Constituição. Como assevera Ferraz (2019, p. 32-33), “limitar o direito de acesso a medicamentos via judicial aos demandantes hipossuficientes é contrariar frontalmente o princípio da universalidade e, de modo paradoxal, também o do acesso à Justiça”. Se houve violação ao direito à saúde, a concessão é a medida a ser imposta independentemente da condição financeira do demandante. Nesse viés, “a sustentabilidade e a solidariedade social se alcançam por meio da correta interpretação do direito à saúde como um direito de todos ao mesmo pacote necessariamente limitado de ações e serviços”, o que representa a conjugação dos princípios da universalidade e da equidade (acesso igualitário). Assim, a sustentabilidade tem relação com “o modelo do acesso igualitário a todos (universalidade) àquilo que o sistema pode oferecer dentro de seus recursos limitados, e não com a limitação do acesso, seja via

---

<sup>108</sup> Nesse ponto, a pertinente crítica de Ferraz (2019, p. 33): “Critérios objetivos de hipossuficiência, como determinada renda (dois, três salários mínimos, etc.), mostraram-se inadequados por vários motivos. Em primeiro lugar, porque a comprovação da renda em um país com tanta informalidade e sonegação não é algo simples. Em segundo lugar, porque baixa renda e hipossuficiência não são equivalentes. Hipossuficiência é um conceito relativo: a incapacidade financeira do indivíduo para arcar com certa despesa (de saúde, de serviços jurídicos, de custas judiciais) sem prejuízo de outras necessidades básicas. Indivíduos com a mesma renda terão inevitavelmente capacidades financeiras diversas de acordo com uma série de fatores circunstanciais, como o número de dependentes, características particulares de suas necessidades e seus respectivos custos, prudência na administração de sua renda e bens, além de inúmeros outros fatores. Ou seja, o critério da hipossuficiência é praticamente impossível de se implementar, pois as informações necessárias para tanto são de acesso difícil, extremamente intrusivo da privacidade do indivíduo e de interpretação extremamente subjetiva”.

administrativa seja via judicial, aos mais pobres”, enquanto que a solidariedade social se relaciona com “a universalização pelo sistema público das ações e serviços essenciais e prioritários, que beneficiam automaticamente os mais pobres, pois estes não têm recursos para adquiri-los no setor privado, como fazem os mais ricos”.

Fato é que a concessão de gratuidade de Justiça para demandas frívolas estimula o ajuizamento de demandas nocivas ao bem-estar social, pois o custo da frivolidade será deslocado da parte autora para a parte ré e para toda a sociedade. Disso decorre que “toda demanda frívola gera prejuízo ao bem-estar social, pois todo processo recebe algum percentual (grande, aliás) de subsídio social” e que “nos casos de gratuidade, esse subsídio é de 100%, zerando os riscos do autor”, como bem aponta Wolkart (2020, p. 455). Considerando que os riscos do autor são próximos de zero, até porque sempre haverá o custo administrativo do tempo e do aborrecimento com o processo, “a concessão automática da gratuidade de justiça gera um tremendo estímulo para o ajuizamento de demandas frívolas, provocando o fenômeno da *seleção adversa*”. E o excesso de demandas ajuda a emperrar a máquina judiciária, em evidente prejuízo ao direito de acesso à Justiça e ao bem-estar social.

Em relação aos custos administrativos, cabe ressaltar que grande parte das Procuradorias são estruturadas com corpo técnico jurídico e administrativo formado por servidores públicos com estabilidade. Logo, os gastos advindos da manutenção dessa estrutura ocorrerão de qualquer forma, já que previstos em leis orçamentárias, e não serão recuperados. Por outro lado, o custo marginal de ajuizar uma ação a mais ou de contestar um pedido a mais, recusando o acordo, é inexistente. Já o benefício marginal da litigância quase sempre existirá, dado que geralmente haverá a mínima possibilidade de vitória. Esse benefício também está relacionado com os problemas de agência salientados anteriormente, pois tendem a incentivar mais os interesses das Procuradorias e dos procuradores públicos do que os do próprio ente representado, criando desalinhamento de interesses entre o advogado público (agente) e o seu mandatário (Ente Público) (WOLKART, 2020, p. 469). Daí a necessidade de haver desincentivos para que a advocacia pública litigue de maneira frívola ou em excesso e valorize mais o comportamento cooperativo.

A fissura no alinhamento dos interesses do advogado e do cliente se aprofunda mais do que na esfera privada, já que, enquanto nesta a totalidade dos custos administrativos do advogado é por ele suportada, na esfera pública a maior parte é suportada pelo Estado. A advocacia pública é também duplamente remunerada, ou seja, por meio de vencimentos e de honorários sucumbenciais. A particularidade do advogado público está no fato de que o ajuizamento de nova ação sempre proporciona um ganho marginal (honorários sucumbenciais

esperados). Já os custos marginais se mantêm reduzidos, porque em grande parte são arcados pelo Estado. Como explica Wolkart (2020, p. 477 e 480-481), os custos marginais do advogado público que busca trabalhar mais para aumentar seus honorários incluem apenas a perda de tempo que poderia ser gasta com outras atividades (lazer, atividades externas remuneradas). Considerando que os custos administrativos são todos suportados pelo Estado, há o incremento contínuo da receita esperada com honorários sucumbenciais pelo advogado, frente a um custo marginal constante ou pouco variável. Tal situação revela que, mesmo diante de demandas frívolas ou com baixa probabilidade de sucesso, o advogado público quase sempre auferirá lucro, enquanto o Estado ou o Ente Público terá enorme custo marginal em razão da perda esperada com cada uma dessas demandas. Assim, não é difícil imaginar a possibilidade de as demandas conferirem receitas marginais ao advogado público e custos marginais ao Ente Público representado, o que se reconhece como típico problema de agência.

Esse contexto incentiva o advogado público a litigar, dados os baixos custos marginais e a ausência de risco para ele, e tendo em vista que a máquina do Poder Judiciário será movimentada, as externalidades negativas também serão suportadas pela sociedade.<sup>109</sup> Outra questão que deve ser levada em conta diz respeito à litigância de má-fé. Nesse tipo de litigância, o advogado aumenta suas chances de vitória no processo sem assumir qualquer risco, já que as punições não serão a ele direcionadas (WOLKART, 2020, p. 567). Vale lembrar de que quem toma as decisões técnicas de litigar ou continuar litigando é o advogado, que possui capacidade postulatória para tanto. A parte representada, na maioria das vezes, desconhece a prática forense, os aspectos técnicos processuais e as especificidades do Direito.

Há que se registrar, também, que o próprio Judiciário pode impor custos à sociedade. Se os custos sociais ( $C_S$ ) correspondem à soma de todos os custos administrativos envolvidos no processo ( $C_{AD}$ ), acrescidos da soma dos custos de eventuais erros judiciários ( $C_E$ ), então esses custos sociais podem ser representados pela fórmula  $C_S = C_{AD} + C_E$ . Os custos administrativos ( $C_{AD}$ ) incluem os custos de litigância do autor ( $C_A$ ), do réu ( $C_R$ ) e do Estado ( $C_{EST}$ ), considerando que as custas pagas pelas partes são insuficientes para cobrir todos os custos do processo. Assim, a fórmula para os custos administrativos pode ser dada por  $C_{AD} = C_A + C_R + C_{EST}$  (COOTER; ULEN, 2010, p. 405-406).

Além de partes e advogados, não se pode esquecer da atuação do juiz. Assim como existem sensíveis diferenças quanto ao tipo de trabalho e ao regime jurídico a que estão

---

<sup>109</sup> Wolkart (2020, p. 474-491) sugere como soluções para promover a cooperação no processo por parte dos advogados a alteração do regime de “dupla remuneração sem risco” dos advogados públicos e um regime diferenciado de honorários na autocomposição.

submetidos advogados públicos e juízes, também existem algumas semelhanças que permitem tratá-los da mesma forma quanto à análise de seus comportamentos, por serem ambos agentes públicos, com remuneração fixa (no caso dos advogados públicos pode variar para mais), estabilidade e por meio de suas escolhas buscarem minimizar os custos e maximizar os benefícios que as atividades lhes proporcionam (prestígio, poder, promoção). A diferença essencial entre juízes e advogados públicos, segundo Wolkart (2020, p. 475), está no fato de que para os últimos a remuneração pode variar como recompensa pelo sucesso no processo, sem, no entanto, punir o insucesso.

Embora predomine no imaginário social a ideia de que o juiz é aquele ator processual que julga imparcialmente, está acima do bem e do mal e decide como o juiz Hércules<sup>110</sup>, a abordagem econômica considera que o juiz é um agente econômico racional e que tende a se comportar como qualquer trabalhador no mercado, avaliando (mesmo intuitivamente) a diminuição dos custos e o aumento dos benefícios de sua atividade, ainda que o exercício do cargo apresente particularidades, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos.<sup>111</sup>

Ao propor uma teoria econômica positiva do comportamento dos juízes de apelação federais, Posner (1994) adota o modelo de utilidade judicial em função dos elementos renda, lazer e voto, argumentando que os juízes são pessoas comuns e racionais, cujos comportamentos são análogos aos dos gerentes de empresas sem fins lucrativos, dos eleitores nas eleições políticas e dos espectadores nos teatros. Em todos esses casos, a utilidade está na escolha dos indivíduos, que leva em conta as suas experiências pessoais. Tal utilidade não seria uma função psicológica ou conceito fenomenológico, mas modelo para gerar hipóteses. Nesse sentido, o juiz é indicado para julgar, sem muitos incentivos de remuneração financeira ou política, mas possuindo grande poder discricionário. Daí acreditar que a função de utilidade do juiz também acaba por envolver outras preferências, como reputação, prestígio e popularidade. Posner exclui explicitamente da função de utilidade judicial o desejo de promover ou maximizar o interesse público, sob a justificativa de que essa preferência não pode ser assumida de forma geral por todos os indivíduos. Ainda que opiniões sobre o interesse público possam afetar as preferências judiciais, do mesmo modo que afetam as preferências dos eleitores, ressalta que os

---

<sup>110</sup> Dworkin (2014, p. 404-405) utiliza a metáfora de Hércules para identificar aquele juiz ideal, dotado de informações e capacidades intelectuais superiores, que toma a melhor e mais correta decisão.

<sup>111</sup> Convém ainda destacar que as decisões judiciais ocorrem em um ambiente institucional formalizado, no qual os agentes e as oportunidades de ação são orientados por princípios, regras e conceitos jurídicos, assim como os padrões decisórios são informados por valores, sentimentos e outros fatores não racionalizáveis. Como assevera Koerner (2017, p. 90-93), “[o] papel dos juízes não é de agentes da vontade do legislador ou de objetivos coletivos; eles realizam um processo institucionalizado de determinação do sentido das normas, em que estão presentes a tradição jurídica, relações estratégicas internas e interações com os demais agentes políticos”.

juízes podem tomar decisões nesse sentido, mas apenas na medida em que as decisões aumentam a sua utilidade. Portanto, para compreender o comportamento judicial o ponto central é analisar os incentivos enfrentados pelos juízes no exercício de sua atividade.

Nos estudos interdisciplinares entre Direito e Ciência Política, nos Estados Unidos, há um campo que procura compreender especificamente o comportamento dos juízes na tomada de decisão, conhecido como *Judicial Behavior*, e que tem desenvolvido abordagens bastante utilizadas em pesquisas empíricas sobre o comportamento judicial. Essas abordagens envolvem desde o estudo da atuação política do Judiciário a partir das ações dos juízes, seus valores, suas preferências particulares (dimensão individual de análise), passando pelo estudo de sua função na sociedade (dimensão estrutural de análise), até o estudo do Judiciário a partir de suas regras e formas de funcionamento (dimensão institucional de análise).

Na Ciência Política, de acordo com Inatomi (2017, p. 38-41), as abordagens individualistas são identificadas como behavioristas, tendo como unidade de análise o indivíduo ou grupo de indivíduos, cujos comportamentos explicam o jogo político. No entanto, essas abordagens também são realizadas nos estudos políticos sobre o Poder Judiciário, destacando-se a atitudinal, a estratégica e a do institucionalismo histórico. Em pesquisa realizada sobre o tema, Sakalauska (2017a, p. 9-10) faz ampla revisão desses modelos. No que respeita à abordagem atitudinal, a premissa central desse modelo teórico é de que as atitudes ou motivações políticas dos juízes da Suprema Corte norte-americana impactam suas escolhas e decisões, sendo a melhor explicação para os seus comportamentos na tomada de decisão. As motivações políticas ou ideológicas, por esse modelo, permitem distinguir o juiz liberal, o moderado e o conservador. Logo, os objetivos políticos seriam determinantes no resultado dos votos, não levando em conta os constrangimentos legais ou as variáveis estratégicas que motivam o processo decisório judicial.

A abordagem estratégica toma por base os pressupostos da escolha racional, o que inclui racionalidade, individualismo e comportamento orientado pela maximização da utilidade. Esse modelo teórico analisa a tomada de decisão judicial segundo a lógica da escolha estratégica, ou seja, no sentido de que o comportamento dos juízes não é resultado apenas de preferências políticas e ideológicas, mas de cálculos sobre as consequências de suas decisões, incluindo a análise das preferências e escolhas de seus pares, de outros atores políticos e do público em geral. Isso requer, no entanto, mínimo de informações sobre o contexto social, político e institucional (conjunto de regras) em que operam. Portanto, uma gama de motivações, como preferências políticas, pessoais e constrangimentos institucionais (legais), seria determinante na tomada de decisão judicial, segundo a abordagem estratégica. Um dos



objetivos buscados pelos juízes estratégicos é maximizar a inserção de suas preferências políticas no Direito, ao longo do tempo (SAKALAUSKA, 2017a, p. 10-15).

No tocante à abordagem do institucionalismo histórico, esse modelo tenta explicar a tomada de decisão judicial como um processo em que as atitudes e preferências dos juízes são também orientadas pelo compromisso com o Direito, e não apenas motivadas pelo cálculo de riscos e maximização de objetivos (estratégica) ou preferências ideológicas (atitudinal) (SAKALAUSKA, 2017a, p. 15-16).

O debate inacabado sobre o comportamento judicial coloca lado a lado legalistas e realistas. Os defensores do legalismo sustentam que os juízes julgam interpretando puramente a lei, enquanto os realistas consideram que há várias maneiras de interpretá-la, já que os juízes são influenciados por preconceitos e experiências pessoais ou profissionais. Posner (2008, p. 19-55), adepto da visão realista, categorizou nove teorias do comportamento judicial: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista. Em síntese, a teoria atitudinal considera que as decisões dos juízes são reflexos de suas preferências políticas, influenciadas por ideologias ou nomeações político-partidárias. A teoria estratégica do comportamento judicial revela que as decisões dos juízes refletem suas preocupações com as reações externas, como opinião de seus colegas ou de tribunal superior, opinião pública, grupos de interesse, mídia, entre outros. A sociológica tem seu foco na dinâmica de pequenos grupos de juízes, em deliberações coletivas, como composições colegiadas de tribunais. A teoria psicológica explica que as decisões judiciais sofrem influência dos preconceitos e da incerteza característica do sistema jurídico dos EUA.

A teoria econômica do comportamento explicita que os juízes são indivíduos racionais, maximizadores de utilidade (renda, lazer, poder, prestígio, reputação, prazer) e que respondem a incentivos e constrangimentos, fatores que se refletem em suas decisões judiciais. A organizacional toma por fundamento o problema de agência (principal-agente), no qual os juízes são considerados os agentes do Estado (principal).<sup>112</sup> A teoria pragmática explica que os juízes são pragmáticos e avaliam as consequências de suas decisões. A teoria fenomenológica do comportamento judicial está relacionada à autoconsciência dos juízes ao julgar. E a teoria legalista revela a decisão judicial como uma interpretação lógico-formal da lei, ou seja, como

---

<sup>112</sup> Partindo do pressuposto de que os juízes são os agentes do Estado e os políticos são os agentes do povo, é possível vislumbrar a dupla relação de agência, na medida em que “o povo (principal) elege seus representantes (agentes) para elaborar as leis e o orçamento (alocação de recursos públicos), e os políticos (principal) estabelecem os critérios de seleção dos juízes (agentes) para fazerem valer as leis que criaram” (GICO JUNIOR, 2020b, p. 61).

o produto de um silogismo, no qual a premissa maior é a regra de direito, a premissa menor são os fatos e a conclusão é a decisão.

Verifica-se, assim, que a análise do comportamento judicial tanto no âmbito da Ciência Política quanto da Ciência Econômica e do Direito envolve pesquisas bastante complexas, tendo em vista a diversidade e riqueza das abordagens, que entrelaçam aspectos de governança, políticas públicas, Teoria Política, Administração Pública, Teoria do Direito, Ciência Econômica, entre outros. Para as finalidades da presente pesquisa não se adota um ou outro modelo isoladamente, até porque na prática é difícil identificar suas fronteiras. Ademais, a tomada de decisão é algo tão complexo que possivelmente não pode ser explicada por uma única teoria do comportamento judicial, ou seja, assume-se que pode haver a combinação de teorias, as quais também podem variar ao longo do tempo.

#### **2.4 O Poder Judiciário como bem comum e o seu esgotamento**

No campo das Ciências Econômicas, os litígios são concebidos como situações não geradoras de riquezas. Isso porque, tal como propõem Porto e Garoupa (2020, p. 303-304), “quem litiga não está produzindo bens e serviços mas, sim, brigando pela distribuição de uma riqueza anteriormente produzida”, de maneira que o problema não reside na repartição da riqueza e sim no desperdício de esforços, dinheiro e oportunidades que ocorre durante o litígio, em meio à disputa por sua divisão. Enquanto a produção de novos bens e serviços tende a aumentar a riqueza da sociedade como um todo, o conflito judicial tende a reduzir a riqueza. Em situações específicas, os litígios podem ser considerados produtores de bens que a sociedade atribui valor e para os quais não existe mercado, como, por exemplo, justiça, direitos e desincentivos à lesão da esfera jurídica de terceiros.

Sabe-se que as leis de mercado variam conforme o tipo de bem. Em Economia, os bens são agrupados segundo duas características: exclusão e rivalidade. O bem é considerado excludente se pessoas podem ser impedidas de usá-lo, enquanto é considerado rival (concorrente no consumo) se o uso do bem por uma pessoa reduz a possibilidade de que outra também possa usá-lo. Nesse sentido, uma torta é um bem rival, pois o consumo de uma fatia por um indivíduo reduz a sua disponibilidade para outros. Assistir a uma partida de futebol pela televisão, por outro lado, é um exemplo de bem não rival (PORTO, 2019, p. 41).

Os bens ainda são divididos em categorias, destacando-se os bens privados e os bens públicos. Os bens privados são excludentes e rivais, enquanto os bens públicos não são nem excludentes nem rivais. No caso do bem público, o uso não rival significa que o uso de um bem por um indivíduo não reduz a sua quantidade e possibilita o uso por outros, enquanto o uso não

excludente significa que não se pode impedir o uso do bem pelas pessoas. Citem-se, como exemplos, a segurança pública, o ar puro, a luz solar, a iluminação por postes de luz, a televisão aberta e o rádio. Diferentemente é a situação dos bens privados, que são de uso rival e exclusivo. Como exemplo, pode-se citar o pedaço de pão. É de uso rival porque, uma vez consumido, não poderá ser consumido por outro. Além disso, quem comer poderá excluir outros do seu uso. A universidade pública é outro exemplo. Trata-se de um bem privado sob o ponto de vista econômico, pois há um número limitado de vagas e o uso destas pelos alunos que ali cursam, impede que outros indivíduos possam também cursar (MANKIWI, 2015, p. 204; ROEMER, 1994, p. 55, nota; CARVALHO, 2020, p. 118-119 e nota n. 15).

Cabe registrar que em Economia os bens públicos possuem conotação distinta daquela dada pelo Direito. Para este, o bem é considerado público se pertence à coletividade, ou seja, é de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou das autarquias destes Entes Federativos.

De forma analógica, considerando as mencionadas características, é possível conceber o Poder Judiciário como mercado e a prestação da atividade jurisdicional como bem comum em torno do qual ocorrem as interações mercadológicas. A impossibilidade de exclusão é extraída da CRFB/88, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), do direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV) e do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). A rivalidade ou concorrência no consumo é decorrência da limitação financeira inerente ao Estado, responsável pelo provimento de recursos humanos e administrativos. Assim, quanto mais se acessa o Judiciário, mais recursos são consumidos. Considerando as limitações da ampliação infinita da estrutura jurisdicional, tem-se que a cada novo processo instaurado se reduz a capacidade de processamento do Judiciário (WOLKART, 2020, p. 85).

Conforme pesquisa realizada pelo CNJ (2019b, p. 20, 62 e 65), em 2018 o Poder Judiciário realizou despesas totais que somaram R\$ 93,7 bilhões, as quais correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De outra parte, a arrecadação com custas, taxas e emolumentos foi da ordem de R\$ 12 bilhões, o que corresponde a cerca de 12,87% do total das despesas. No mesmo ano, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 449,53 por habitante. Os gastos com recursos humanos foram de cerca de 91% da despesa total e compreendem a remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, além de todos os demais auxílios e assistências devidos (auxílio-alimentação, diárias, passagens etc.). 18%

das despesas se referem a gastos com inativos. Descontadas essas despesas, o gasto efetivo para o funcionamento da máquina do Poder Judiciário é de R\$ 76,8 bilhões, para manter a estrutura composta por 14.877 unidades judiciárias de primeira instância. Vale destacar que entre 2011 e 2018, o volume processual também cresceu em proporção próxima às despesas, com elevação média anual de 3,4% ao ano na quantidade de processos baixados e de 3,2% no volume do acervo, acompanhando a variação de 3,4% das despesas.

Os dados levantados pelo CNJ desenharam as condições para pensar o Judiciário como bem comum e, portanto, sujeito ao esgotamento quando se observa a relação entre os seus recursos materiais e humanos e o acesso à Justiça, representado pela grande quantidade de demandas judiciais, à luz da conhecida história da “Tragédia dos Comuns”, ilustrada por Garrett Hardin (1968, p. 1244). No artigo publicado por Hardin, em 1968, intitulado *The tragedy of the commons*, o autor analisa os problemas surgidos com a utilização de um bem comum. O exemplo é relacionado ao uso de pastagens coletivamente, em que diversas famílias de uma pequena cidade plantavam e criavam ovelhas em pastagens comuns, suficientes para a alimentação de todas as ovelhas. Com o tempo, mais ovelhas foram colocadas no campo sem qualquer preocupação com o uso da pastagem e sua renovação. Contudo, em dado momento a pastagem se esgotou e o campo se tornou inútil para a criação de ovelhas. O problema era que a utilização dava margem à superexploração dos recursos comuns (bens comuns), pois o pastor que aumentasse o seu rebanho teria mais lucro, ao mesmo tempo em que os custos seriam suportados por todos. A tragédia ocorreria quando todos passassem a agir do mesmo modo, resultando no esgotamento da terra e em prejuízo de todos.<sup>113</sup>

Analogicamente, a tragédia do Poder Judiciário corresponde ao esgotamento dos recursos jurisdicionais em prejuízo da sociedade, dado o seu uso excessivo e a sua incapacidade de prestar tutelas justas, tempestivas e efetivas. São inúmeras as razões oferecidas para explicar o quadro trágico de congestionamento dos Tribunais, como falta de recursos financeiros,

---

<sup>113</sup> Hardin (1968, p. 1244), assim descreve expressamente: “*The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, "What is the utility to me of adding one more animal to my herd?" This utility has one negative and one positive component. 1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly + 1. 2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision-making herdsman is only a fraction of -1*”.

procedimentos complexos, incentivos dos advogados, incentivos dos juizes, má gestão, cultura de litígio, baixa qualidade das leis, número excessivo de leis, baixo investimento em segurança jurídica (GICO JUNIOR, 2020a, p. 175-176), além do número excessivo de processos, manejo excessivo de recursos, esgotamento das Cortes Superiores, baixas taxas de autocomposição, inefetividade da execução, litigância habitual, bem como ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial (WOLKART, 2020, p. 233). Ademais, como visto nos dados do CNJ, se a arrecadação do Judiciário com custas, taxas e emolumentos foi de aproximadamente 12%, significa que as pessoas contribuem para a atividade jurisdicional (partes do processo) nesse percentual, percebendo um subsídio de cerca de 90%. Em outras palavras, resta evidente que existem também incentivos financeiros para as pessoas buscarem o Poder Judiciário.

São os incentivos que constroem os litigantes habituais e os litigantes eventuais. Os litigantes habituais criam comportamentos nocivos à administração da Justiça, na medida em que se organizam para obter o máximo de informações, vantagens e exercer influências (grupos de interesse). No caso da judicialização predatória da saúde, é possível aventar a criação de incentivos a grupos de interesses quando do acolhimento irrestrito das ações pelo Poder Judiciário. Do ponto de vista econômico, as pessoas não possuem incentivos para produzir ou consumir os bens criados pelos litígios, como justiça e direitos, já que não podem ser comprados no mercado. No entanto, o litígio pode gerar mudanças positivas no mercado, se considerado o ajuizamento de ação para obrigar o Estado a concretizar determinada política pública regulamentada e prevista no orçamento. Nesse sentido, os litígios podem tanto gerar desperdício de riquezas quanto criar benefícios sociais.

O excesso de litigância “implica obstruir os cartórios do Judiciário, inviabilizando a prestação jurisdicional plena almejada pelo Constituinte”, tendo em vista que “enquanto os magistrados apreciam e julgam inúmeras demandas frívolas e habituais<sup>114</sup>, outras milhares de ações não-frívolas retardam na fila de espera, acarretando atraso na prestação jurisdicional” (MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 265).

Partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário é um bem comum e que todo bem comum pode ser superexplorado, gerando a denominada Tragédia da Justiça, o atingimento desse cenário implica aumento demasiado do custo social de utilização da Justiça. As consequências disso são de que o sistema garantido constitucionalmente se torna lento e ineficiente pelo congestionamento, além de custoso, já que esse aparato jurisdicional é

---

<sup>114</sup> A litigância frívola se refere àquelas demandas propostas com baixíssima probabilidade de êxito, enquanto que a litigância habitual diz respeito às demandas repetitivas, geralmente caracterizadas como ações em massa. Saliente-se que o Poder Público também pode se configurar na condição de litigante habitual.

subsidiado pelos tributos pagos pela sociedade. Assim, a ineficiência do Poder Judiciário recai não apenas sobre as partes envolvidas, que deixam de ter seus conflitos solucionados tempestivamente, mas também sobre toda a sociedade, que arca com os custos sociais da ineficiência. Tal situação é decorrência da coletivização das externalidades negativas da sobreutilização da máquina jurisdicional (WOLKART, 2020, p. 313, MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 273; GONÇALVES, 2016, p. 198-203).

Assim, dado que o Poder Judiciário é um bem comum, possui recursos escassos e capacidade limitada de produção, as externalidades negativas decorrentes de sua superexploração podem ser muitas. A instauração de apenas um processo utiliza pouco dessa capacidade. Porém, levando em conta que o Judiciário é subsidiado, já que na média custas e taxas judiciárias suportam apenas 11,61% de todas as despesas judiciais, além da gratuidade de acesso em muitos casos, aquele que utiliza o Judiciário transfere essa conta para a sociedade (WOLKART, 2020, p. 320).

A despeito dos esforços empreendidos no sentido de tentar reduzir as despesas do Poder Judiciário e racionalizar procedimentos processuais, fato é que tais iniciativas têm sido insuficientes. Sustenta-se aqui que entre as possíveis soluções deve estar a cooperação processual e extraprocessual visando à autocomposição das partes, na mesma linha proposta por Wolkart (2020, p. 94-95). Do mesmo modo que o esgotamento da pastagem para as ovelhas poderia ser evitado com a adoção de medidas de preservação de parte dos recursos, como a redução do número de ovelhas por família ou a tributação do pastoreio, o Poder Judiciário também poderia evitar sua tragédia ao criar regras que promovessem a “internalização das consequências negativas do uso da atividade jurisdicional”, reduzindo o ajuizamento de novas demandas ou incentivando comportamentos que ponham fim aos processos de maneira mais rápida.

## **2.5 Política sem romance: a essência da Teoria da Escolha Pública (TEP)**

A partir da década de 1950, certa Escola de pensamento econômico-jurídico ganhou destaque por sustentar a desconstrução da noção romântica e ilusória sobre o funcionamento dos Governos e o comportamento dos governantes. A Escola ficou conhecida como Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) ou, ainda, Teoria Econômica da Política ou Nova Economia Política. O contexto histórico de surgimento dessa linha de pensamento é marcado pelo final da Segunda Guerra Mundial, período de ascensão da Teoria Keynesiana e do protagonismo estatal, caracterizada pela maior intervenção do Estado na economia a fim de corrigir os efeitos das falhas do mercado e promover o desenvolvimento.

A Teoria da Escolha Pública (TEP) consiste em Ciência localizada na interface entre Economia e Política, na qual se procura compreender e prever o comportamento dos mercados políticos, utilizando as técnicas analíticas da Ciência Econômica, especialmente a premissa da escolha racional, no modelo de comportamento de tomada de decisão coletiva (ROWLEY, 2004b, p. 3). Trata-se da aplicação da análise econômica à tomada de decisão política, na qual os tomadores de decisão individuais participam de uma interação complexa que gera resultados políticos, incluindo comportamento dos eleitores, política partidária, troca de votos (*logrolling*), escolha burocrática, análise de políticas e regulação (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 156). Na definição de Tullock (2002, p. 3), “a Teoria da Escolha Pública é uma análise científica do comportamento do governo e, em particular, do comportamento dos indivíduos com relação ao governo”.<sup>115</sup>

A definição da TEP parte da Teoria Econômica. Buchanan (2009, p. 12-13), economista e jurista norte-americano, refere-se à Teoria Econômica como conjunto de análises que permite relacionar o comportamento de participantes individuais na atividade de mercado, como compradores, vendedores, investidores, produtores, empresários, aos resultados alcançados para toda a comunidade, resultados estes que não estão dentro dos propósitos ou do conhecimento dos próprios participantes separados. Nesse sentido, a Escolha Pública toma essencialmente os métodos de abordagem desenvolvidos para níveis analíticos na Teoria Econômica e os aplica ao setor governamental e à Política. Tal como acontece com a Teoria Econômica, a análise tenta relacionar o comportamento dos atores individuais no setor governamental, ou seja, o comportamento das pessoas em suas diversas capacidades, como eleitores, candidatos a cargo, representantes eleitos, líderes ou membros de partidos políticos, burocratas. O propósito é oferecer a compreensão ou explicação das interações institucionais complexas que ocorrem dentro do setor político.

Os pesquisadores pioneiros dessa corrente de pensamento<sup>116</sup> sugeriram que as atividades na esfera privada e na esfera pública se equiparavam. Isso porque na esfera privada os indivíduos revelam e satisfazem suas preferências através do mecanismo de preços do mercado, enquanto na esfera pública o fazem através da tomada de decisão coletiva sob a égide do Estado. As principais diferenças entre as duas esferas estão centradas nas instituições,

<sup>115</sup> Tradução livre. No original: “*Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government*”.

<sup>116</sup> Entre os precursores da TEP, que deita raízes na análise dos processos de votação nos Séculos XVIII e XIX, podem ser destacados: Jean-Charles de Borda (1781), Marie Jean Antoine Nicholas Caritat ou Marquês de Condorcet (1785), Charles Dodgson (1876), Knut Wicksell (1896), Duncan Black (1948), Kenneth Arrow (1951), Paul Samuelson (1955), Anthony Downs (1957), William H. Riker (1962), James Buchanan (1962), Mancur Olson (1965), Gordon Tullock (1965), William Niskanen (1971) e George Stigler (1971).

enquanto mecanismos de escolha, empregadas em cada uma para alocar os recursos escassos da sociedade, na tentativa de satisfazer as preferências de indivíduos ou grupos. Ao analisarem essas esferas sob o paradigma comum, os estudiosos conseguiram pensar os processos governamentais da mesma forma que os economistas analisaram os processos de mercado. Assim, foram capazes de desenvolver teorias sobre o sucesso e o fracasso do Governo, do mesmo modo que fizeram as teorias econômicas em relação ao mercado (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 157-158).

Devido à metodologia ser a mesma da Ciência Econômica, parte-se da premissa de que o postulado comportamental básico da Escolha Pública é de que o homem é egoísta, racional e maximizador de utilidade (MUELLER, 2003, p. 1-2).<sup>117</sup> Isso não deve conduzir, necessariamente, à conclusão de que a TEP está associada à abordagem teórica conservadora ou neoliberal, pois, como ressalta Pereira (1997, p. 437-439), o desenvolvimento dessa corrente foi, historicamente a partir das décadas de 1950 e 1960, efetiva abordagem crítica à Economia do Bem-estar (*Welfare Economics*) florescida na década de 1930, considerando a obra *The Economics of Welfare*, de Pigou (1920). Portanto, deve ser evitada a ideia de que a abordagem econômica se encontra vinculada ao neoliberalismo, ideologia que apoia o desenvolvimento do mercado e a redução da intervenção do Estado na economia, porque se trata de teoria sobre o comportamento humano diante de recursos escassos e incentivos. Por isso, ressalta que a TEP não aponta para “*menos* Estado”, mas sim para “*melhor* Estado”, sendo este um ponto importante da pesquisa em questão acerca da judicialização da saúde. Aliás, vale lembrar de que o campo de aplicação dos pressupostos da AED deixou de estar limitado àquele estabelecido em suas origens por Posner e pela Escola de Chicago, especialmente em razão do desenvolvimento que essa metodologia alcançou com o passar do tempo, enveredando-se por outras áreas e originando novas correntes.

Ao aplicar os métodos da Economia às tomadas de decisões no âmbito dos Governos e da Política, a TEP leva em conta que o Governo apresenta falhas, da mesma forma que o mercado (abuso de poder econômico, custos de transação, externalidades, assimetria de informações etc.), já que o autointeresse<sup>118</sup> que motiva as escolhas individuais na esfera privada igualmente motiva as escolhas coletivas na esfera pública. Isso significa que as pessoas também procuram economizar quando agem na condição de políticos, eleitores, servidores públicos ou

---

<sup>117</sup> Tradução livre. No original: “*The basic behavioral postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximizer*”.

<sup>118</sup> O autointeresse ou interesse próprio significa que os indivíduos, ao fazerem escolhas econômicas, levam em conta apenas o próprio bem-estar, ignorando o bem-estar dos outros.



em grupos de *lobby*, por exemplo, a fim de maximizar os resultados que desejam com o mínimo de gasto ou esforço.<sup>119</sup> É nesse sentido que Buchanan (2009, p. 11-13) ressalta que a corrente de pensamento oferece específica “teoria da falha governamental”, comparável à “teoria da falha do mercado”, que emergiu do pensamento da Economia do Bem-estar das décadas de 1930 e 1940 e que busca compreender as interações institucionais complexas que ocorrem no âmbito do setor político.

No âmbito da Economia do Bem-estar se desenvolveu a noção de “fracasso de mercado”, como incapacidade de mercados competitivos alcançarem a eficiência, devido à existência de bens públicos puros, externalidades, informação assimétrica, entre outros, justificando-se a necessidade da intervenção governamental para corrigir as falhas do mercado. Pereira afirma que a TEP surge, num primeiro momento, como a análise dos “fracassos do Governo”, não em alternativa, mas para completar a análise dos “fracassos do mercado”. A expressão “fracasso do Governo”, sustentada pela teoria em questão, surgiu como contraponto à ideia de “fracasso do mercado”, identificada com a Economia do Bem-estar. O autor explica que a ideia de “fracasso” em ambos os casos surge como referência a situações ideais. Isso porque o ideal de mercado para os economistas é o mercado competitivo, sem custos de transação, com informações simétricas entre os agentes e onde sempre existem agentes dispostos a vender e outros dispostos a comprar. Tendo em vista que os mercados reais não apresentam essas características “ideais”, fala-se em “fracasso”. Na mesma linha, a ideia de “fracasso de Governo” parte da comparação de um ideal de Governo e de democracia com a realidade das atuações dos Governos e do funcionamento das democracias. O ideal democrático representa a ideia de que os cidadãos são soberanos e de que entre eles e seus representantes não há intermediários, pressupondo os ideais de cidadãos informados e civicamente ativos (PEREIRA, 1997, p. 435-439).

Em apertada síntese, a TEP adota os métodos analíticos de abordagem desenvolvidos na Teoria Econômica para analisar o comportamento de indivíduos (compradores, vendedores, empresários etc.) no ambiente de mercado, aplicando-os à esfera governamental e à Política, a fim de justificar o comportamento dos Governos, agentes políticos, eleitores, partidos políticos,

---

<sup>119</sup> Nesse sentido, é oportuna a observação de Butler (2012, p. 22), ao destacar que a ideia de utilizar a Economia para analisar a Política e o Governo pode soar estranho ao senso comum, por se imaginar a Economia ligada dinheiro, mercado, lucros, e o Governo ligado ao interesse da coletividade, de forma não financeira ou sem fins lucrativos. No entanto, pondera que a Economia está relacionada com escolhas ou comportamento dos indivíduos, isto é, trata de como as pessoas escolhem gastar quaisquer recursos disponíveis (tempo, esforço, etc.) na tentativa de obter outras coisas que valorizam mais, o que não se restringe necessariamente a escolhas financeiras. Portanto, quando as pessoas fazem escolhas, elas conscientemente procuram trocar coisas que valorizam menos por coisas que valorizam mais, ou seja, elas são racionais e movidas pelo interesse próprio.

servidores, burocratas, entre outros. O estudo sobre a burocracia, os grupos de interesse, as restrições constitucionais à ação dos Governos e das instituições proporcionou visão mais realista e cética do funcionamento do Poder Público, realçando os problemas relacionados à tomada de decisão coletiva, como a ineficiência da Administração Pública, a ausência de incentivos, os problemas com obtenção de informação sobre as preferências dos cidadãos, a rigidez institucional, a atuação dos *lobbies*, o financiamento ilegal de partidos políticos etc.

A TEP estuda as motivações das pessoas e como estas afetam os resultados do processo decisório coletivo, rejeitando a ideia de que a política busca o interesse público. Também critica a própria noção de “interesse público”, expressão aberta e plurissignificativa, muitas vezes associada a outras expressões, como “bem comum”, “interesse coletivo”, “interesse social”<sup>120</sup>. No senso comum, o Estado é mencionado como ente autônomo, sem se considerar os agentes públicos que o compõem, enquanto o interesse público é mencionado como interesse abstrato da coletividade, sem se considerar o mecanismo de preferência que lhe deu origem.<sup>121</sup>

A questão perturbadora gira em torno da consideração de que os tomadores de decisões políticas nem sempre estão imbuídos da defesa do interesse público, tendo em vista a existência de pessoas diferentes, com valores diferentes, interesses diferentes e grupos com interesses e propósitos diferentes.<sup>122</sup> A TEP critica a suposta motivação de Governos e políticos pelo interesse público, apontando ainda que, na luta entre interesses, alguns grupos possuem mais

---

<sup>120</sup> Scaff (2018, p. 129-131) explica que existem diferenças entre as expressões “bem comum”, “interesse público” e “interesse social”, da seguinte forma: “A ideia por detrás da expressão *bem comum* é a da busca de interesses de toda a sociedade, ou de uma comunidade mais restrita, seja ou não esse *bem comum* veiculado ou buscado através de ações governamentais. *Interesse público* demonstra o interesse do Estado, enquanto representante da sociedade. Para quem acredita que o *Estado é a sociedade politicamente organizada*, estas duas noções serão equivalentes, pois haverá uma *pasteurização dos conflitos* decorrentes da pluralidade de interesses existente na sociedade”. O interesse social é mais amplo que o interesse público, já que “[o] *interesse público* representa o interesse do Estado; o *interesse social* representa o da sociedade e encontra-se mais identificado com o que se busca expor por *bem comum*. [...] Identificar o *interesse social* é mais difícil, pois se deve buscá-lo na sociedade, o que o torna mais voltado aos aspectos sócio-jurídicos do que aos referentes ao direito positivo”.

<sup>121</sup> Butler (2012, p. 25-27), ao questionar sobre o que pode significar tal expressão, sustenta que, se dado grupo grande de pessoas quer nova estrada, mas outro é contrário e prefere, ao invés disso, menos impostos, enquanto terceiro acha que o dinheiro deveria ser gasto em defesa, um quarto em hospitais e um quinto preferindo que o dinheiro seja repartido entre políticas de bem-estar e educação, é impossível traduzir essas opiniões conflitantes em política sensata que represente o “interesse público”. Inevitavelmente, os interesses distintos de pessoas diferentes serão confrontados e o acordo sobre o que constitui o “interesse público” se torna impossível. Cita o exemplo de uma democracia direta, usando maioria simples de votos, em que o plebiscito para decidir se uma nova estrada deveria ser construída, a maioria pode dominar a minoria. Se 51% dos eleitores votarem a favor da construção da nova estrada, é o que será feito, mesmo com a desaprovação dos outros 49%. Se, ao invés disso, a decisão tiver que ser unânime, qualquer opositor poderá vetar a proposta. E se for necessária maioria de dois-terços dos votos, o *lobby* em favor da estrada poderia ter de modificar suas propostas de maneira a chegar a acordo com os opositores. Assim, cada sistema produz resultado diferente, refletindo a multiplicidade das preferências das pessoas, não se podendo falar inquestionavelmente de “interesse público”.

<sup>122</sup> Seldon (2002a, p. X; 2005b, p. 10) justifica a utilização de instrumentos da Teoria Econômica para analisar o processo político de decisões coletivas questionando como um Governo de 100 ou 500 “representantes”, eleitos para fazer “escolhas públicas”, pode satisfazer milhões de indivíduos tão diferentes entre si, ou seja, indaga se a eleição de 500 representantes é capaz de assegurar a satisfação das escolhas individuais e distintas de milhões.

influência do que outros na tomada de decisão, o que resulta na possibilidade de minorias explorarem maiorias ou minorias serem exploradas. Por essa razão, os teóricos da Escolha Pública também sustentam que o processo decisório político deve ser limitado por regras constitucionais.

Por se tratar de abordagem econômica da Política e do Direito Público, com destaque para as decisões coletivas no âmbito dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, assim como das burocracias, que culminam com processos decisórios de políticas públicas (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 157-158), denota-se que o seu objeto de pesquisa é amplo. Por meio da Teoria Econômica, a Escolha Pública explora como as decisões governamentais são tomadas, o que pode ajudar a entender esse processo de decisão e identificar problemas, como o interesse de grupos particulares, exploração de minorias, assim como propor formas de limitação dessas situações. Como diz Butler (2012, p. 27), a TEP não pretende proporcionar alguma esperança ilusória de “sistema social” ou “interesse público”, apenas procura ser fonte de informação ao debate político, explicando as diferentes dinâmicas entre pessoas motivadas que emergem sob diferentes instituições políticas, assim como destacando as consequências distintas que surgem como resultado.

Certamente, há aspectos analíticos do processo político que se distinguem do processo judicial. Monteiro (2007, p. 91-93), valendo-se das pesquisas realizadas por Siegel, comenta que enquanto as decisões judiciais são focalizadas, ou seja, a questão arguida é uma demanda específica por direitos, as decisões de Governo representativo envolvem diferentes matérias de política, não se podendo singularizar determinado tema legislativo, já que a solução política é resultado da vontade da maioria após intensa troca de votos. Diferentemente da decisão no processo judicial, a decisão no processo político não vem acompanhada da fundamentação de seus motivos, pois envolve um emaranhado de fatores causais complexos. Enquanto a tomada de decisão judicial adota o sistema de precedentes, o que é facilitado no Poder Judiciário pelo número fixo de participantes e atuação por longo tempo, a decisão política envolve troca de votos que são reconfigurados a todo momento. Outra diferença está no fato de que a escolha política constitui, em essência, uma escolha majoritária, que envolve estratégias.

Por outro lado, não se pode ignorar que nas decisões judiciais colegiadas a tomada de decisão individual de cada membro leva em conta, muitas vezes, a posição do restante do grupo, circunstância que pode conduzir ao voto estratégico. Essa situação é perceptível quando da mudança nos quadros dos julgadores em órgãos colegiados do Poder Judiciário, por exemplo, em que, às vezes, a entrada de um novo juiz é suficiente para modificar a jurisprudência sobre determinada matéria.

A abordagem econômica do Direito Público, que encerra a TEP, com destaque para as decisões coletivas que refletem nos processos decisórios de políticas públicas, possui grande importância para a análise do fenômeno da predatória judicialização das políticas públicas de saúde. O substrato é bastante rico para ser explorado no âmbito das políticas públicas porque seus aportes teóricos evidenciam as falhas de decisões não apenas no âmbito do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, mas também no tocante aos demais agentes envolvidos, que geralmente compõem a burocracia Estatal, na qual se perdem as noções de eficiência e efetividade (GONÇALVES; SILVA, 2017, p. 27-45). Nesse sentido, mostra-se útil a abordagem dos Sistemas de Justiça e de Saúde por meio da TEP.

## **2.6 Teoria da Escolha Pública (TEP), Análise Econômica do Direito (AED) e Ciência Política: a fluidez de suas fronteiras**

A expansão da abordagem econômica para além dos limites tradicionais da Ciência Econômica constitui um dos mais significativos avanços das Ciências Sociais modernas. Nesse sentido, estendeu seus domínios para outros campos, como o Direito, a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política, situação conhecida como “imperialismo econômico” (TULLOCK, 1972, p. 317-329). Em contraste com o foco exclusivo na mecânica das forças do mercado e a tendência pronunciada em direção ao isolamento disciplinar que caracterizou a Economia *Mainstream*, a TEP ampliou sistematicamente a perspectiva econômica em áreas de pesquisas tradicionalmente consideradas como de domínio de outras ciências sociais. A Escolha Pública, no entanto, teve sua influência mais visível na Ciência Política (VANBERG, 2004, p. 244).

Tradicionalmente, os campos da Ciência Política e da Ciência Econômica foram separados em razão dos pressupostos da motivação individual e das metodologias que empregam. Enquanto a Ciência Política estuda o comportamento do homem na arena pública, a Ciência Econômica estuda o homem no mercado. A Ciência Política assume que o homem político persegue o interesse público. Já a Ciência Econômica assume que o homem persegue seus interesses privados (MUELLER, 2003, p. 1).

Especificamente, a TEP rejeita dois princípios básicos da Ciência Política convencional. Em primeiro lugar, rejeita a concepção orgânica do Estado, sendo a favor de abordagem metodológica individualista. Assim, os teóricos dessa corrente de pensamento argumentam fortemente que o Estado não é um “corpo orgânico” separado da coleção de seus indivíduos. Em segundo lugar, rejeita a visão de que os agentes governamentais, sejam eles legisladores, reguladores ou burocratas, procuram atuar pelo bem comum ou pelo interesse público. A Escolha Pública também rejeita o papel do Governo inerente à Economia do Bem-

estar, de que o Governo deve sempre intervir para aumentar o bem-estar social, garantindo que os bens públicos sejam fornecidos em quantidades ideais e que as externalidades sejam internalizadas em um modo custo-eficácia. Na Escolha Pública, o Governo não é visto como árbitro imparcial e nem como corretor onisciente de falhas do mercado, na medida em que caracteriza cada legislador, regulador e burocrata como tendo suas próprias preferências, interesses e objetivos e fazendo escolhas nessa conformidade (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 163-164).

A TEP convencional tenta desenvolver teoria lógica, positiva e consistente ligando o comportamento individual à ação coletiva. Isso revela a tentativa de entender e explicar os resultados políticos, legislativos e burocráticos, que se esperam seguir do comportamento de maximização da utilidade racional, daqueles engajados nos processos de escolha política, legislativa e burocrática sob o conjunto existente de regras constitucionais que regem esses processos, bem como as implicações deste para o Governo e o desempenho econômico geral. Logo, “a Escolha Pública está para os governos assim como a análise econômica está para os mercados”, de modo que em ambos os casos os resultados refletirão as escolhas de indivíduos e a estrutura de incentivos que influencia essas escolhas. Na “arena” política, os principais jogadores são eleitores, políticos e burocratas, sendo que grande parte da análise foca na demanda e oferta de “lei” através do processo político, onde os eleitores e os lobistas são a demanda e, no contexto da democracia representativa, políticos, legisladores e burocratas funcionam como o lado da oferta (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 166).

A literatura que trata do lado da demanda do mercado político baseia-se na análise dos mecanismos de votação e dos critérios que devem ser utilizados para aprovar leis ou políticas de estrutura. Isso se aplica tanto à democracia direta, na qual os indivíduos votam em iniciativas, quanto à democracia representativa, em que os indivíduos votam sobre os candidatos políticos e os candidatos políticos, como legisladores, votam em diversas formas de legislação (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 167). À primeira vista, pode soar estranho utilizar a Ciência Econômica para analisar a Política, o Governo ou o Direito, pois geralmente se tem a ideia de que a Ciência Econômica trata apenas de dinheiro, mercado, lucros, comércio, juros e questões financeiras. Contudo, a Ciência Econômica permite avaliar como certo indivíduo faz escolhas, de modo racional e autointeressado, na troca de coisas que valoriza menos por coisas que valoriza mais e, assim, escolher gastar seus recursos disponíveis e escassos na busca da satisfação de seus objetivos. A TEP cuida da aplicação de conceitos econômicos ao estudo de como as escolhas coletivas são feitas, em relação a diversas coisas, como o funcionamento de

Constituições, mecanismos eleitorais, partidos políticos, grupos de interesse, *lobby*, burocracia, parlamentos, comitês e outras partes do sistema governamental (BUTLER, 2012, p. 22).

Quando alguém faz uma escolha privada, experimenta pessoalmente os custos e os benefícios. Já nas escolhas públicas, as pessoas que se beneficiam (ex.: usuários de uma estrada) nem sempre são as pessoas que suportam os custos ou pagam o preço (proprietários). No mercado, ambas as partes em dada transação (comprador e vendedor) devem concordar, sob pena se afastarem do negócio. Na Política, ao contrário, a minoria não pode se afastar, sendo obrigada a aceitar a decisão da maioria e a suportar os sacrifícios que a escolha coletiva exige. Assim, é perfeitamente possível para uma maioria autointeressada explorar a minoria, ao se votar benefícios públicos que impõem encargos financeiros ou outros sobre determinadas pessoas. Os usuários da estrada podem querer uma nova rodovia, por exemplo, que aumentará os impostos de outras pessoas que nunca usarão ou se beneficiarão dela. A importância de estudar como essas decisões do Governo são tomadas está no fato de que o Governo pode usar a coerção para forçar as minorias a acompanharem a decisão da maioria. O poder da maioria pode ser exercido de forma responsável, mas também pode ser usado para benefício dela, passando os custos para os outros (BUTLER, 2012, p. 23-24).

A ideia de que as decisões políticas são tomadas racionalmente por funcionários imparciais que buscam o interesse público, e não o interesse próprio e o lucro privado, típico do mercado, foi desconstruída pela Escolha Pública ao sustentar que as pessoas têm valores, motivações e desejos e que buscam maximizá-los. Mesmo o fato de uma pessoa querer ajudar outras pessoas constitui objetivo de servir aos próprios desejos ou aos próprios interesses. Por isso, assume que o interesse próprio é fator de motivação dentro do sistema político. Nesse sentido é que Buchanan e Tullock aplicaram a Teoria Econômica dos indivíduos às instituições de Governo, apontando que funcionários, legisladores e eleitores utilizam o processo político para promoverem seus interesses privados, assim como fazem no mercado. Votar e legislar constituem processos em que os indivíduos podem perseguir seus próprios interesses. Em outras palavras, as motivações individuais afetam a tomada de decisão coletiva e, portanto, a ideia de motivação pelo interesse público.

Tendo em vista que os temas da Escolha Pública também são da Ciência Política, como a Teoria do Estado, a votação, o comportamento dos eleitores, a política partidária, a burocracia, a toda evidência se poderia indagar se a TEP pertence à Ciência Política ou à AED. No campo do Direito, predomina a segunda opção. Mas vale anotar a discordância de Butler (2012, p. 21), para quem a TEP seria mais uma abordagem da Ciência Política, porque não tenta explicar como a Economia funciona. No entanto, as divergências apontam no sentido de que os

pesquisadores da Ciência Política tendem a considerar a Escolha Pública como pertencente a esse campo de estudo, enquanto os pesquisadores do campo do Direito tendem a considerá-la como Escola pertencente à AED, como é o caso do presente estudo.

## 2.7 Principais aspectos da metodologia da Teoria da Escolha Pública (TEP)

No que tange à metodologia da TEP, merecem ser destacados os aspectos relacionados aos estágios de escolha constitucional e institucional, às análises positiva e normativa, à abordagem a partir do *homo oeconomicus* e da catalaxia, aos enfoques endógeno e exógeno, bem como ao individualismo metodológico.

Quanto aos estágios de escolha, o estágio constitucional diz respeito ao momento no qual a Constituição - enquanto contrato social ou documento que cria as instituições e as regras do processo político - é decidida, estabelecendo-se as regras do jogo que regerão as escolhas coletivas. Essa fase é também conhecida como Economia Constitucional ou Economia Política Constitucional. O processo de escolha constitucional especifica quais aspectos da interação social serão regidos por processos de escolha coletiva, definindo a estrutura e os limites das instituições governamentais, executiva, legislativa, administrativa e judicial. Já o denominado estágio institucional de escolha, por sua vez, envolve a análise econômica dos processos políticos e governamentais, das atividades do Executivo, do Legislativo, dos procedimentos de votação e das burocracias, ou seja, decisões tomadas no âmbito das instituições (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 160).

Do mesmo modo que na AED tradicional, a TEP também apresenta a cisão estrutural de análise positiva e normativa. A análise positiva avalia o impacto nos resultados políticos e as implicações associadas para a eficiência econômica do comportamento de votação, do comportamento político, do processo legislativo, da tomada de decisão burocrática e do processo regulatório (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 160-161). Tal abordagem procura explicar como as entidades políticas e burocráticas se comportam, sob a perspectiva de que os atores políticos são maximizadores de seus próprios interesses, como votos, orçamentos, benefícios e utilidades.<sup>123</sup>

A análise normativa, por sua vez, está relacionada aos objetivos do Estado e aos valores da sociedade que se expressam por meio do processo político. O desafio que a teoria

---

<sup>123</sup> Segundo Roemer (1994, p. 57-58), a abordagem positiva da Escolha Pública se concentra em três aspectos da democracia representativa: a) o comportamento dos representantes e dos partidos políticos, tanto durante a campanha como quando já se encontram no cargo; b) o comportamento dos eleitores na seleção de seus representantes; e c) os resultados que se apresentam sob uma democracia representativa. Além disso, comparam-se os resultados obtidos sob uma democracia representativa com os da democracia direta.

normativa enfrenta, segundo Mueller, é desenvolver teoremas sobre a expressão e a realização de valores baseados em postulados geralmente aceitos, da mesma forma que a teoria positiva desenvolveu teoremas explicativos e preditivos dos postulados do comportamento egoísta racional (MUELLER, 2009, p. 45-46). Portanto, o traço característico de diferenciação entre as análises positiva e normativa da TEP é que, enquanto a primeira pretende “descrever” os resultados políticos sob uma democracia direta e representativa, a segunda busca “prescrever” quais instituições políticas devem ser adotadas e como melhorá-las, com ênfase em seus processos decisórios. Os defensores da análise normativa estabelecem postulados básicos para estruturar os processos de decisão das instituições políticas, sendo que esses postulados refletem os valores que se creem que muitas pessoas compartilham amplamente e, em consequência, elegem normativamente (ROEMER, 1994, p. 58).

Ainda entre os aspectos metodológicos da TEP, vale destacar os enfoques do *homo oeconomicus* e da catalaxia, considerados complementares entre si. Tanto a Economia do processo político quanto a Economia Constitucional empregam os elementos *homo oeconomicus* e catalaxia. Porém, a análise econômica do processo político depende muito mais da metodologia do *homo oeconomicus*, enquanto a metodologia da Economia Constitucional é fortemente catalática. O *homo oeconomicus* constitui o paradigma maximizador padrão da Microeconomia, ao assumir que nas arenas política e econômica os indivíduos se comportam como se estivessem maximizando utilidade. O fundamento é que os indivíduos que atuam no contexto político são os mesmos indivíduos que atuam no contexto do mercado, sendo susceptíveis à motivação de forma semelhante, em termos de escolhas que maximizem suas utilidades (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 161-163).

Como se percebe, a Escolha Pública está baseada no axioma de que o comportamento humano é invariante em relação aos ambientes onde o indivíduo faz suas escolhas, conforme o paradigma da escolha racional. O resultado poderá depender das restrições que caracterizam esses ambientes, sejam eles monetários, legais, institucionais ou relacionados às informações disponíveis.

Na concepção econômica, os indivíduos são caracterizados como possuidores de preferências por uma variedade de bens ou mercadorias. Como sublinha Tollison (2004, p. 281-284), a Economia não diz o que as pessoas querem, apenas diz que, se for possível saber o que as pessoas querem, é possível prever como elas perseguirão seus objetivos. Em outras palavras, significa dizer que as pessoas perseguirão seus objetivos de forma eficiente, considerando que o “homem econômico” procura utilizar os recursos à sua disposição da melhor maneira possível. Isso implica que os indivíduos procuram minimizar os efeitos de restrições, como



preços e renda, no seu comportamento. O fato de que a demanda por quantidade varia inversamente com o preço é uma expressão de comportamento econômico ou de maximização. De outra parte, a premissa de que as pessoas são maximizadoras não significa que elas sejam perfeitas ou todas conhecidas. Ao contrário, o homem econômico é atormentado por uma série de dificuldades, incluindo falta de informação, incerteza e outros impedimentos para alcançar seus objetivos de maneira eficiente. Em alguns casos, a Economia consegue lidar com essas questões, incorporando-as como custos de informação.

A abordagem da catalaxia, por seu turno, guarda relação com a Ciência das trocas, do Século XIX, em que os conceitos de coordenação espontânea e ordem espontânea ocupam o centro do princípio da maximização. A ideia central da abordagem catalática é que considera os tomadores de decisão individuais como unidade básica de análise, além do reconhecimento de que os resultados políticos são o resultado de interações de muitos indivíduos (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 161-163). Nesse ponto, Roemer (1994, p. 65-69) chama a atenção para o fato de que a TEP está mais centrada no processo de troca<sup>124</sup> do que propriamente de escolha, preocupação esta mais específica da perspectiva da AED. A ênfase na catalática (troca) se revela no embate político para a obtenção do consenso unânime.

Cabe também destacar como características metodológicas importantes da TEP os enfoques endógeno e exógeno. Roemer (1994, p. 65-66) explica que, enquanto na Economia *Mainstream* as decisões políticas são vistas, muitas vezes, como exógenas à atividade econômica, na Escolha Pública são consideradas endógenas. Isso evidencia que os indivíduos racionais maximizadores de utilidade atuam não apenas no mercado, mas também participam no processo de decisões políticas para incrementar sua utilidade. Concebe-se, portanto, que os indivíduos promovem interações de mercado, interações político-governamentais, interações cooperativas não-governamentais, assim como outros arranjos.

No mesmo sentido é a lição de Mercurio e Medema (2006, p. 165-166), que informam que a Escolha Pública incorpora à análise econômica o processo político e os atores políticos, como atores proeminentes na determinação de resultados econômicos agregados. Assim, ocorre a aplicação formal da análise econômica a assuntos como a Teoria do Estado, regras de votação e comportamento dos eleitores, política partidária, troca de votos, escolha burocrática e

---

<sup>124</sup> Mueller (2009, p. 24) salienta que a realização mais importante da Ciência Econômica é a demonstração de que os indivíduos com motivos puramente egoístas podem se beneficiar mutuamente da troca. Cita o exemplo da produção de milho e gado. Se “A” produzir gado e “B” produzir milho, ambos poderão se beneficiar com a troca de gado por milho. Com o auxílio do sistema de preços, esse processo poderá ser alargado, a fim de acomodar a grande variedade de bens e serviços. Embora seja exemplo do resultado benéfico da atividade individualista na esfera privada, o mesmo vale para o sistema de mercado que governa.

regulação. Ao contrário da Economia *Mainstream*, na qual as instituições políticas, os tomadores de decisão política e, portanto, as decisões políticas são percebidas como exógenas para a atividade econômica, na Escolha Pública as instituições políticas, as decisões políticas e, em especial, os tomadores de decisão política são endógenos. Os indivíduos racionais, maximizadores de utilidade, não atuam unicamente no mercado onde os bens, serviços e fatores de produção são trocados e, através do processo de troca, esgotam os ganhos do comércio. Esses mesmos indivíduos também participam dos processos de tomada de decisão política e fazem isso com o objetivo de aumentar sua utilidade. A diferença fundamental entre as escolhas privadas e as escolhas públicas está no fato não de que as escolhas públicas são guiadas por motivos diferentes daqueles que guiam as escolhas privadas, mas sim porque, nos mercados privados, os produtores e os consumidores autointeressados fazem escolhas que afetam principalmente a eles próprios, enquanto nos mercados políticos os eleitores e os políticos autointeressados fazem escolhas que afetam principalmente os outros.

Por fim, outro traço marcante da corrente em questão é o individualismo metodológico, no sentido de que os indivíduos são instrumentalmente racionais na escolha de suas ações para atingirem os objetivos pretendidos. A TEP, na visão de Roemer (1994, p. 65-69), utiliza o individualismo metodológico na crença de que nenhum valor social discernível existe independentemente dos valores individuais. Seguindo a trilha de seus antecessores econômicos, os autores da Escolha Pública creem que as ações individuais oferecem a única guia econômica para avaliar a escolha coletiva. Não se permite a formulação de normas não individualistas. Quando se introduzem normas não individualistas, abandona-se o campo da Economia. Nesse ponto, como alerta Pereira (1997, p. 424), a racionalidade individual trata de um postulado utilizado por razões de operacionalidade da análise, já que, caso fosse considerado que em certas vezes os indivíduos são racionais e, em outras, irracionais, qualquer análise de previsão estaria destinada ao fracasso.

Conforme proposto por Tollison (2004, p. 281-284), o individualismo metodológico não se aplica apenas ao comportamento privado nos mercados, mas também ao comportamento em geral e ao comportamento político, em particular. A revolução operada pela TEP foi a simples transferência do modelo do homem econômico para a “arena” política. Os atores políticos não são diferentes das pessoas comuns, já que perseguem seus objetivos (reeleição) e respondem de maneira previsível. É possível que se comportem de forma diferente, o que pode se dever ao fato de as restrições que enfrentam serem diferentes, mas não porque o seu comportamento fundamental seja diferente. Em que pese os economistas reconhecerem que os seres humanos são motivados por forças complexas, estas não são consideradas importantes no

exame de todas as questões, pois, muitas vezes, é possível obter resultados preditivos baseados em suposições muito simples sobre a motivação humana. O comportamento de maximização é tomado como uma diretriz, mas não está limitado à consideração de variáveis econômicas isoladamente. Os economistas também procuram analisar os *trade offs* mais amplos entre as variáveis políticas. A escolha individual é simplesmente caracterizada como comportamento de maximização de utilidade. As motivações humanas, incluindo aquelas por amor, altruísmo e poder, resultam em comportamentos que podem ser considerados como maximizando a utilidade. Isso não significa que o homem não pode mudar ou que suas preferências não podem ser influenciadas por forças não econômicas.

Anota-se que o individualismo metodológico constitui apenas instrumento analítico, que não se preocupa com implicações éticas, sendo “grande equívoco pensar que um método individualista de análise deva envolver, necessariamente, alguma forma de sistema individualista de valores”. A adoção do individualismo metodológico não significa pressupor que os indivíduos não possam ser altruístas e tomar decisões levando em consideração o bem-estar de outras pessoas. Tampouco significa que os indivíduos possam tomar decisões de forma isolada de seus pares, pois consideram o seu contexto social (GICO JUNIOR, 2020b, p. 22). Logo, as tomadas de decisões são individuais, ainda que influenciadas por outras pessoas ou que se dirijam ao interesse público. A propósito, na sequência serão delineadas as características da ação coletiva e da ação individual.

## **2.8 Ação coletiva (escolhas públicas) versus ação individual (escolhas privadas): “pessoas são pessoas”**

Se antes do Século XIX boa parte das discussões sociais girava em torno de questões morais, com a presunção de que os indivíduos estavam interessados em promover o interesse público, ao longo desse período e em boa parte do Século XX os economistas, de modo geral, passaram a presumir que os indivíduos estavam mais preocupados com o seu próprio interesse, ao mesmo tempo em que grande parte dos cientistas políticos continuava a assumir que os atores políticos estavam essencialmente preocupados com o interesse público. Daí a influência da TEP em promover reflexões sobre as motivações dos políticos e as consequências do poder político, que resultam em legislações, regulamentações, tributos etc., e que repercutem na vida da coletividade. Tullock (2002, p. 3; 2005, p. 15) considera que “pessoas são pessoas”, sujeitas às mesmas motivações, seja na vida pública, seja na vida privada, o que desconstrói a ideia da Ciência Política de que o comportamento na vida pública se dá no interesse geral e que na vida privada se dá de maneira egoísta.

Essa distinção, que não escapou às reflexões de Seldon (2002b, p. 130; 2005a, p. 142), mostrou os efeitos danosos do excesso de Governo gerado pelo sistema democrático, através do qual as pessoas permitiram ser governadas por representantes por elas eleitos na esperança de que esses representantes protegessem seus interesses. Há contrastes marcantes entre o processo coletivo de tomada de decisões do Governo e o processo de tomada de decisões das pessoas em suas compras e vendas na qualidade de indivíduos, famílias, grupos voluntários ou espontâneos, empresas ou outras unidades nas transações diárias nos mercados.

Sob essa perspectiva, considera-se que as pessoas tomam suas decisões no processo político como eleitores e, no mercado, como consumidores. Isso porque os indivíduos que entram em um supermercado e adquirem os produtos que desejam, ao entrarem na cabine de votação não votam nos políticos e na legislação que as beneficiam, mas sim nos políticos e na legislação que beneficiam a população em geral. Vale dizer que as pessoas no supermercado compram alimentos e outros produtos que, pelos seus preços, beneficiam a si mesmas e às suas famílias, mas quando essas pessoas se tornam políticos, presume-se que se transformam e passam a tomar decisões que beneficiam a coletividade, em vez de simplesmente beneficiarem os grupos de interesse que os apoiaram ou as políticas que podem levá-los à reeleição (TULLOCK, 2002, p. 3-5).

A transformação dessa duplicidade de visões do comportamento humano pelos economistas, ou seja, a concepção de que o indivíduo eleitor na cabine de votação é o mesmo indivíduo consumidor no supermercado, é o que constitui a essência da TEP, na medida em que transplanta o arcabouço analítico geral da Ciência Econômica para a Ciência Política. Na precisa percepção de Tullock (2002, p. 5-6), em sociedades democráticas os políticos ganham a vida vencendo eleições, de maneira que a característica da reavaliação periódica dos políticos através de eleições os torna semelhantes aos empresários, em alguns aspectos. Do mesmo modo que dado empresário projeta o último modelo de um automóvel para atrair os consumidores<sup>125</sup>, o político seleciona políticas públicas tendo em mente que o consumidor, que também é eleitor, o recompensará com seu voto na próxima eleição. Assim, empresários e políticos maximizam o seu próprio bem-estar, medido pelas perspectivas de venda e reeleição, respectivamente. Dito de outra forma, os políticos, agindo como empresários, propõem políticas públicas que julgam que as pessoas desejam porque esperam que essas pessoas os recompensem com votos.

---

<sup>125</sup> De acordo com Seldon (2002b, p. 172-173), a análise do conflito dos cidadãos em suas funções de eleitores e consumidores remete à ideia de que as pessoas não consomem simplesmente o que outras produziram, mas elas produzem o que as outras querem consumir.

O fato de aceitar que tanto no Governo quanto no mercado as pessoas buscarão atender os seus próprios interesses não significa que em determinados momentos não possam tomar decisões que ajudem a coletividade, já que o primado do interesse privado não é incompatível com a observação de que a maioria das pessoas, além de buscar seus interesses privados, tenha alguns instintos de caridade ou alguma tendência para ajudar os outros. A TEP considera que tanto o Governo quanto o mercado são instrumentos imperfeitos ou falhos na solução de todos os problemas, mas que também é possível melhorar a estrutura do Governo (TULLOCK, 2002, p. 10 e 16). Por isso, a importância de diferenciar a ação coletiva da ação individual.

É consenso no campo da TEP que os resultados nos mercados políticos diferem daqueles nos mercados comuns, não porque as motivações comportamentais dos indivíduos sejam diferentes nos dois ambientes, mas em razão das diferenças fundamentais nos quadros institucionais dentro dos quais os atores racionais perseguem seus interesses próprios. Isso significa que a ação em grupo difere da ação individual. Shughart (2004, p. 360-361) explica que as escolhas privadas ocorrem no contexto de um sistema de direitos de propriedade bem definidos, bem aplicáveis e transferíveis que geram sinais de preços e lucros aos quais os indivíduos têm incentivos poderosos para responder. As escolhas públicas ocorrem no contexto de direitos de propriedade mal definidos, que obrigam os decisores a agir sem o benefício de indicadores de mercado explícitos. As escolhas privadas são unilaterais e implicam consequências que, em grande parte, são suportadas pelo próprio tomador de decisões. Já as escolhas públicas são multilaterais, de modo que os benefícios e os custos são compartilhados com outros. Enquanto na esfera privada os indivíduos participam voluntariamente de transações privadas, na Política as facções decididas acessam os poderes coercivos do Estado para obrigar a obediência das facções indecisas.

Ainda sob a perspectiva de Shughart, as trocas privadas são de soma positiva, enquanto as trocas no setor público podem ser de soma zero ou, mais frequentemente, de soma negativa. Mercados competitivos fornecem compradores e vendedores com alternativas de mudança. Já o monopólio no setor público oferece opções limitadas entre as quais os custos de mudança tendem a ser altos. No setor privado, os tomadores de decisão fazem escolhas sem a necessidade de obter antes a aprovação de outros. Sob condições de mercado aberto, os vendedores decidem independentemente dos seus rivais os produtos que irão oferecer, as características que irão incluir e os preços que irão cobrar. Os compradores também decidem por conta própria quais produtos comprar, quais vendedores patrocinar e quais preços a pagar. Cada vendedor se esforça para maximizar seus lucros tendo por referência a receita e os custos, enquanto cada comprador se esforça para maximizar sua utilidade tendo por referência as preferências pessoais

e as restrições de renda. Os resultados em mercados normais emergem das interações de agentes econômicos autônomos buscando apenas seus próprios ganhos privados. Enquanto as decisões no setor privado demandam a ação individual, as decisões no setor público demandam a ação coletiva, que exige a concordância de uma pluralidade ou maioria, a depender das regras de votação em vigor (SHUGHART 2004, p. 360-361).

Até meados da década de 1960 se presumia que grupos de indivíduos com interesses comuns agiam em nome de interesses coletivos, assim como os indivíduos isoladamente agiam em nome de seus interesses pessoais. Essa visão monolítica da ação em grupo, que ignorava a diversidade dos interesses de cada indivíduo membro do grupo, foi desconstituída por Olson ao considerar que, ao contrário da ação individual, a ação em grupo exige o acordo entre os indivíduos. Dado que cada membro de um grupo é ator racional, seus interesses pessoais podem não coincidir perfeitamente com os demais membros. Isso implica dizer que não necessariamente todos os membros do grupo ganharão os mesmos benefícios - ou suportarão os mesmos custos - resultantes da ação coletiva em processos políticos. A lógica de Olson evidencia que os grupos mais eficazes serão aqueles relativamente pequenos e compostos por indivíduos com interesses relativamente homogêneos, porquanto há maior participação pessoal e maior retorno *per capita* de adesão ao grupo (OLSON, 2015, p. 34-48 e 65-67; SHUGHART, 2004, p. 360-361).

Na ação privada, não há dúvidas de que a unidade de tomada de decisão é o indivíduo, que faz as escolhas. O problema surge na ação coletiva, em que se pode considerar a coletividade como a unidade de tomada de decisão ou o participante individual na escolha coletiva como o único tomador de decisão real. Buchanan e Tullock (1999, p. 31-33) adotam segunda abordagem, pois entendem que não se deve discutir racionalidade social ou ação social racional como tal. Partem da presunção de que apenas o indivíduo escolhe, de maneira que esse comportamento racional só pode ser discutido de forma significativa em termos de ação individual. O comportamento do indivíduo é “racional” quando ele escolhe “mais”, em vez de “menos”, e quando é consistente em suas escolhas. Considerando que toda ação coletiva pode ser convertida em dimensão econômica para os propósitos desse modelo, é possível estender a concepção econômica subjacente da racionalidade individual ao coletivo, assim como para as escolhas de mercado.

A ação racional requer a aceitação de algum fim e a capacidade de escolher as alternativas que conduzirão à realização de metas. As consequências da escolha individual devem ser conhecidas em condições de certeza perfeita para o indivíduo abordar o comportamento totalmente racional. Nas escolhas no mercado, em que normalmente existe

correspondência entre a ação individual e os resultados dessa ação, a suposição de certeza pode ser aceita como útil. Já em relação ao comportamento do indivíduo no processo político, há importante elemento de incerteza presente que não pode ser deixado de fora, já que não existe a correspondência entre a escolha individual e a ação final. No caso da tomada de decisão específica para o grupo, o participante individual não tem como saber o resultado ou a escolha social na ocasião em que faz sua própria contribuição para este resultado.

O elemento particular de incerteza na escolha política parece limitar a utilidade de qualquer modelo teórico que se baseie na assunção de um comportamento individual racional. É difícil definir o comportamento individual racional sob a incerteza. Se a tarefa fosse apenas a de analisar os resultados do comportamento individual em escolhas coletivas isoladas e únicas, esse fator de incerteza seria uma severa limitação contra qualquer teoria de escolha coletiva. No entanto, essa limitação é reduzida de forma significativa quando se reconhece que a escolha coletiva é um processo contínuo, com cada decisão única que representa apenas um *link* em cadeia de ação social de longa data. Quando a incerteza existe devido à impossibilidade de predição do comportamento recíproco entre os indivíduos, ela pode ser reduzida apenas por acordo entre esses indivíduos. Quando os interesses dos indivíduos são mutuamente conflitantes, o acordo só pode ser alcançado através de alguma forma de troca ou comércio (BUCHANAN; TULLOCK, 1999, p. 34-35).

A diferença essencial entre escolha individual e escolha coletiva é que a segunda exige a quantidade de mais de um tomador de decisão. Significa que duas ou mais unidades de decisão separadas devem concordar com única alternativa. Além disso, encontra-se no alcance do acordo entre dois ou mais indivíduos que os custos da tomada de decisão coletiva são refletidos, razão pela qual esses custos tendem a ser mais do que a mera soma dos custos individuais de tomada de decisão, levados em separado. Em uma base puramente individual, cada partido deve decidir sobre a alternativa que é mais “desejável”, o mais provável de promover seus próprios objetivos individuais. Somente depois que essas decisões privadas são feitas, o processo de reconciliação de escolhas individuais divergentes, de chegar a um acordo, começa. Se os indivíduos buscam maximizar sua própria utilidade, os custos de chegar a um acordo não podem ser deixados de fora (BUCHANAN; TULLOCK, 1999, p. 76-77).

Por isso, a diferença entre a tomada de decisão coletiva e a tomada de decisão individual, em termos de suas consequências, é a chave para compreender a TEP (SELDON, 2002b, p. 130-131). Vale dizer, as decisões coletivas são tomadas por cada representante da coletividade, e não pela própria coletividade. Desse modo, os resultados indiretos que se

manifestam pelas decisões no processo político são geralmente muito diferentes daqueles que seriam escolhidos diretamente pela própria coletividade.

## **2.9 *Rent seeking* e grupos de interesse: a busca de privilégios especiais**

Os estudiosos da Escolha Pública são conscientes de que os mercados não são perfeitos e revelam que a ação do Governo também sofre de deficiências fundamentais. Procuram demonstrar que o efeito final da votação por maioria, da presença de grupos de interesses e da busca de rendas (*rent seeking*) é criar um setor governamental ineficientemente grande. Essa não é uma declaração política, mas uma questão de fato prático e econômico (BUTLER, 2012, p. 109).

No campo de estudos da TEP, as categorias relacionadas aos grupos de interesse e ao *rent seeking* são fundamentais. Os grupos de interesse, segundo Olson (2015, p. 34-48 e 65-67), compreendem associações de indivíduos que buscam promover os seus interesses comuns. Considerando a perspectiva da ação individual (indivíduo autointeressado) e que em grupo é necessário haver acordo entre os indivíduos, sustenta o autor que os grupos mais eficazes serão aqueles compostos por menor quantidade de membros, tendo em vista a possibilidade de maior participação individual, maior retorno *per capita* de adesão ao grupo e menor custo de organização.

Vale dizer, em grupos maiores os indivíduos membros têm menos probabilidade de receber a fração ótima do bem público almejado. Desse modo, tomada a sociedade como um grupo maior, esta terá menos chances de obter bens públicos, comparada aos grupos de interesse privados representantes dos interesses de poucos. Enquanto um grupo menor exige menor custo de organização, aumentando a parcela de cada membro e o interesse individual para a criação do grupo de interesse, um grupo maior exige maior custo de organização, diminuindo a parcela de cada membro e o interesse de criação do grupo. Assim, sendo o grupo pequeno, e maior o proveito líquido da parcela do bem público, “há grande probabilidade de um indivíduo do grupo assumir os custos do oferecimento do bem público a despeito dos demais, passando a adotar um comportamento *rent seeking*”, destacam Tesserolli e Klein (2016, p. 21)

A expressão *rent seeking*, “rentismo” ou “busca de privilégios especiais” (tomada literalmente, a expressão significa “busca de renda econômica”)<sup>126</sup> constitui um dos principais tópicos da TEP e da teoria econômica em geral. Na definição de Tullock (2002, p. 43), significa o “uso de recursos reais com o fim de gerar renda econômica para as pessoas, sendo que as

---

<sup>126</sup> O conceito de *rent seeking* como “busca de privilégios especiais” foi introduzido por Tullock (1967, p. 224-232). Já a expressão *rent seeking* foi cunhada por Krueger (1974, p. 291-303).



próprias rendas econômicas provêm de alguma atividade que tem um valor social negativo”. O termo “renda” está associado, geralmente, à obtenção de algum valor. Porém, no campo da Ciência Econômica, a expressão “renda econômica” está ligada ao retorno excedente em níveis normais de competição.

Veja-se o exemplo esclarecedor dado por Mendes (2014) no caso de um produtor de sapatos que coloca a sua produção à venda. O produtor fixa o preço do seu produto no mesmo nível de preço dos sapatos vendidos no mercado, tendo em vista que se pedir preço superior não venderá nenhuma unidade e se pedir preço inferior venderá todas as unidades, mas não maximizará lucro algum. Partindo da premissa de que o preço é determinado pela lei da oferta e da demanda, destaca o autor que se os consumidores desejarem comprar mais sapatos, sem que haja aumento da produção, o preço do sapato aumentará. Por outro lado, se a demanda por sapatos for constante e outros produtores entrarem no mercado também oferecendo sapatos, o preço tenderá a diminuir. O produtor de sapatos só permanecerá nesse mercado se obtiver lucro, entendido como aquele valor que receberá por ter empregado tempo e capital na gestão de sua empresa. Esse lucro tenderá a ser igual para todas as empresas do setor, imaginando-se que não haja nenhuma outra aplicação alternativa que desse retorno maior. Caso algum produtor consiga um valor acima do retorno normal esperado para a sua atividade, considera-se que ele está recebendo uma “renda”. Assim, se o lucro normal da empresa de sapatos for de R\$ 10,00 por unidade e o empresário conseguir R\$ 12,00, então este obterá uma renda econômica de R\$ 2,00 por unidade. Esses R\$ 2,00 adicionais correspondem a um ganho extra que não afeta a sua disposição de se manter no mercado de sapatos, ou seja, equivale ao retorno acima daquele necessário para estimulá-lo a fabricar e vender sapatos.

Butler (2012, p. 75-76) aponta que em situações de mercado, por exemplo, o produtor que não enfrenta concorrência pode cobrar preços mais altos (e entregar produto ou serviço de qualidade inferior) do que um produtor que atua em ambiente competitivo, gerando altos lucros. Esses altos lucros atraem a atenção de outros potenciais produtores para competir com o produtor anterior. Diante da competição ou concorrência, o antigo monopolista precisará reduzir os preços e melhorar a qualidade do serviço para continuar no mercado. Em ambientes políticos a situação é diferente, pois as oportunidades de realização de lucros excedentes ocorrem apenas quando as autoridades políticas as criam, fazendo com que seja difícil que novos agentes entrem no mercado e possam competir pela preferência dos consumidores.

É digna de nota a observação do citado autor no sentido de que *rent seeking* compreende “a tentativa, por grupos particulares (de interesse), de conseguir persuadir governantes a lhes conceder esses tipos de monopólios valiosos ou privilégios legais”. Sendo a

tentativa bem-sucedida, os benefícios podem implicar transferência de renda significativa da população para os grupos privilegiados, situação que distorce massivamente as decisões públicas e o mercado, reduzindo a competição e beneficiando pequenos grupos, em prejuízo da comunidade em geral. Importante anotar que consumidores e contribuintes perdem não apenas financeiramente com o resultado dos preços de monopólio, como também perdem em termos de opções reduzidas e baixa qualidade dos produtos que precisarão suportar.<sup>127</sup>

Butler (2012, p. 76-77) afirma que a observação de Tullock, de que grupos de interesse gastariam grandes quantidades de recursos com o objetivo de influenciar a criação de leis a seu favor, foi um grande golpe às ideias da Economia do Bem-estar, já que os economistas acreditavam que as decisões coletivas poderiam corrigir “falhas de mercado” e promover o bem-estar geral, dando pouca importância ao processo de tomada de decisão coletiva no mundo real e assumindo que a política poderia ser feita racionalmente pelo interesse geral, por meio de burocratas iluminados.

O comportamento do rentismo também corrompe o processo político, na medida em que a expectativa de obter benefícios vultosos incentiva os grupos de interesse a trocar votos por apoio aos seus projetos (MUELLER, 2003, p. 347-348). O processo legislativo, na visão da Escolha Pública, é tomado como um sistema microeconômico, no qual as escolhas políticas são resultantes de esforços individuais ou de grupos para promoverem seus próprios interesses. Logo, ao contrário da concepção de que os legisladores votam para promover o interesse público, a ideia sustentada é que os legisladores são motivados apenas pelo interesse próprio, buscando maximizar sua probabilidade de reeleição (ROEMER, 1994, p. 58-59). Esse modelo tende a rejeitar o comportamento orientado pela ideologia ou, pelo menos, considerando-o como fator de menor importância no processo político.

Certamente, a proposta da TEP quanto à existência de rentismo e grupos de interesse vai além da esfera política, na medida em que outros atores também se organizam para defender interesses próprios, sejam pessoas físicas ou jurídicas, servidores públicos, médicos, advogados, juízes, empresas etc., desde que haja incentivos para se organizarem e fazerem *lobby* (influenciar), inclusive junto a políticos. A formação de grupos de interesse e a busca de privilégios especiais está presente nas sociedades democráticas, sendo bastante comum

---

<sup>127</sup> Cite-se outro exemplo. Se a indústria automobilística dos Estados Unidos investe recursos para persuadir o governo a impor uma tarifa sobre as importações de carros coreanos, os cidadãos americanos são prejudicados. Portanto, mesmo que as empresas de automóveis ganhem, o investimento de recursos se orienta para a *rent seeking*. Os monopólios privados, por exemplo, geralmente resultam de atividades de *rent seeking*. Outra área em que a *rent seeking* ocorre é a das transferências diretas de renda pelo governo, em que “A” é tributado e “B” recebe o dinheiro (TULLOCK, 2002, p. 29).

visualizá-la em situações do dia a dia, ainda que não seja, por muitas pessoas, associada diretamente à análise econômica ou à corrente de pensamento em questão.

As atividades de grupos de interesses ocorrem em um ambiente institucional bastante complexo, exigindo a coordenação de ações de *lobbying* para exercer influência sobre as diversas instâncias de poder. Exemplos disso são a aprovação de emendas constitucionais, a elaboração de leis, medidas provisórias, decretos, entre outros atos. Como se extrai das reflexões de Monteiro (2007, p. 107-108, 136 e 124), “o jogo das escolhas públicas envolve a dimensão interna da competição entre grupos, tanto quanto a interação com os políticos (pelo *lobbying* por uma legislação que o beneficie), com o Executivo (buscando alterar regulações e aspectos da implementação de políticas em curso) e com o Judiciário (na tentativa de obter uma interpretação de uma provisão legal, a seu favor)”. Esses grupos se formam nos segmentos em que os custos de transação são reduzidos e, assim, o jogo se traduz na busca de ganhos produzidos pela decisão política. E os custos de transação envolvem custos incidentes sobre legisladores e grupos de interesses, custos de decidir e chegar a um acordo, custos de redigir o texto legal de forma precisa e custos de monitoramento e observância da lei.

A visão convencional de busca por privilégios especiais está relacionada a de grupos de interesse buscando obter uma lei ou outro ato legislativo, a partir da atuação direta ou indireta junto aos legisladores e burocratas. Contudo, no âmbito do Judiciário também é visto o mesmo fenômeno, materializado pelas ações de grupos organizados de interesses de procuradores, advogados, empresas e entidades profissionais que atuam em ambos os lados do litígio, situação em que recorrem a *lobbying* por decisões que lhes favoreçam (MONTEIRO, 2007, p. 137). Essa instabilidade institucional tem relação com as frequentes reinterpretações de significado das regras jurídicas tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário.

Vejam-se alguns exemplos que ilustram bem a situação. Imagine-se determinada categoria profissional que consegue a aprovação de lei para limitar o número de profissionais que poderá atuar no setor. Nesse caso, ocorre o bloqueio à entrada de novos concorrentes nesse mercado, restringindo as possibilidades de expansão da oferta. Outro exemplo é o de empresas que fazem *lobby* junto ao Governo para que este eleve as tarifas de importação de produtos estrangeiros que concorram com a produção nacional. Protegidas da concorrência, as empresas que dominam o mercado podem fixar preços mais elevados e receber lucros acima daqueles que teriam caso houvesse maior concorrência. Também podem ser citadas as situações de Governos que criam licenças e permissões para restringir o acesso de ofertantes no mercado, que distribuem crédito subsidiado, que ofertam serviços públicos com preços diferenciados conforme a clientela, que assumem dívidas de grupos privados, que concedem isenções

tributárias ou tabelam preços de alguns produtos. O recebimento ou pagamento de propina a agentes públicos ou privados também serve de exemplo (MENDES, 2014).

Além disso, cite-se o caso de empresas ou grupos que fazem *lobby* ou financiam campanhas eleitorais como forma de aumentar suas chances de acesso a créditos ou a socorro financeiro baratos. Outros exemplos são os casos de empresas ou pessoas dispostas a obter ganhos por meio de quebra de contratos contando com a lentidão do Poder Judiciário, bem como os de empresas prestadoras de serviços públicos (telefonia, energia, transportes etc.) que fazem pressão sobre as agências reguladoras para alterar regras de proteção à concorrência no intuito de aumentarem seus lucros. Podem ainda ser destacadas as situações em que a elevada carga tributária estimula pessoas e empresas a se organizarem para conseguir isenções fiscais ou quando os Municípios se organizam para pressionar o Governo Federal com o objetivo de aumentar as transferências federais aos cofres locais. Por fim, vale mencionar o fato de que, quando são feitas emendas ao orçamento para a realização de gastos em serviços públicos ou investimentos em uma cidade específica, os contribuintes de todo o País pagarão por um benefício a ser gozado pela população de uma única cidade ou região (MENDES, 2014).

Entre as principais consequências da busca de privilégios especiais está a má alocação de recursos no mercado, vez que aqueles recursos que poderiam ser destinados ao desenvolvimento de novos produtos ou serviços, gerando riqueza, são subtraídos em benefício de determinado indivíduo ou grupo de interesse, prejudicando os investimentos e a inovação com os escassos recursos da sociedade. No entanto, cabe o registro de que a busca de privilégios também pode ser realizada pelo Governo como uma ferramenta estratégica para promover o crescimento econômico. Em pesquisa empírica sobre o tema, Lisboa e Latif (2013) demonstram que no Brasil o *rent seeking* se manifesta de várias maneiras, podendo ser dividido em quatro grupos principais: i) impostos e transferências; ii) transferências compulsórias de dinheiro fora do orçamento do Governo; iii) subsídios cruzados; e iv) protecionismo comercial.

O efeito mais perverso da busca de privilégios especiais na sociedade é o de que os recursos envolvidos nesse comportamento não aumentam a produtividade e geram perda de pressão competitiva e, conseqüentemente, redução do bem-estar social. Havendo diversos grupos de interesse concorrentes, os efeitos podem ser ainda piores, já que “cada grupo de interesse irá investir em *rent seeking* o montante igual à renda esperada com a regulação favorável a ele”, de maneira que “o desperdício de recursos e a redução de bem-estar social corresponde à soma dos recursos gastos em *rent seeking* por todos os grupos de interesse” (TESSEROLLI; KLEIN, 2016, p. 22). O rentismo se torna um problema para a sociedade (custo social) quando se investe tempo e esforços nessa prática, caracterizando rendas artificiais, como

salienta Shikida (2019, p. 156)<sup>128</sup>. Daí a crítica da TEP à visão ingênua da regulação como inquestionável promotora do interesse público.

Não se pode ignorar a dificuldade e a complexidade da aferição precisa dos custos de *rent seeking* no âmbito dos mais variados grupos de interesse. No tocante à utilização desse importante instrumental no campo das políticas públicas, parece mais adequada a sua aplicação em casos concretos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a predatória judicialização das políticas públicas de saúde no campo da assistência farmacêutica, em alguma medida, também opera com a busca de privilégios, considerando que a concessão judicial de medicamento ou tratamento a determinado indivíduo retira a renda previamente garantida pelo gestor público a determinada coletividade. Nesse caso, pode haver o rentismo por parte de juízes, pacientes, advogados, defensores públicos, servidores, gestores e empresas. Além disso, os atores pertencentes às instituições envolvidas na judicialização das políticas públicas de saúde possuem prerrogativas definidas e campos de atuação específicos, sendo possível ocorrer colisão de interesses, o que não impede a formação de vários grupos de interesse a influenciar tais políticas, dando causa a falhas de Governo ou à desarticulação no diálogo entre agentes e instituições. Nesse sentido, a importância de compreender a análise econômica da litigância, conforme já explicitado.

Vale anotar que a busca de privilégios especiais também está presente na política constitucional, na medida em que “os grupos de interesse buscam obter ganhos que somente poderão materializar-se por meio da aprovação de uma emenda à Constituição” (MONTEIRO, 2007, p. 132). Tal perspectiva vale tanto para o que ocorreu na ANC de 1987-1988 quanto no período seguinte, quando foram promovidas diversas alterações nas regras constitucionais. Nesses casos, os custos de transação são enormes, dado que a aprovação de uma emenda constitucional requer a supermaioria legislativa.

Esse ponto também remete à discussão acerca do interesse público. A abordagem do interesse público, sob a perspectiva do Governo, sustenta-se no fato de que as intervenções aumentam o bem-estar social. No entanto, as intervenções governamentais podem ser impulsionadas por interesses privados e redistribuição de riqueza para grupos bem organizados, atividades típicas dos grupos de interesse. No campo da saúde pública, por exemplo, Leeson e Thompson (2021) analisaram as relações entre Escolha Pública e saúde pública e demonstraram

---

<sup>128</sup> Shikida (2019, p. 156) cita o exemplo do talento de um jogador de futebol, o qual tende a lhe trazer renda econômica diferenciada: “[...] o *rent-seeking* ocorreria se todos os jogadores de um clube lutassem para ganhar o mesmo que um Messi, embora não tenham o mesmo talento que ele. Esta luta poderia incluir, por exemplo, a tentativa artificial de obter renda por meio de um hipotético projeto de lei”.

a influência dos grupos de interesse sobre a regulamentação da saúde pública nos EUA. Em diversas situações (medicamentos, álcool, tabaco, alimentos e bebidas açucarados, saúde mental, transplante de órgãos, tratamentos contra AIDS) observaram que, embora a regulamentação do Governo fosse expressa em termos de proteção da saúde pública, a regulamentação muitas vezes beneficiou grupos de interesses bem organizados, que redistribuíram rendas de concorrentes e consumidores para seus membros.<sup>129</sup>

Nesse sentido, considerando que medicamentos e tratamentos são objetos de regulamentação no âmbito da saúde pública, especialmente no que respeita à qualidade, eficiência e eficácia, e que as empresas farmacêuticas tendem a alocar mais recursos em pesquisas para tratamento de doenças quando vislumbram maximizar seus lucros, é evidente que as indústrias se organizarão em grupos de interesse para influenciar a elaboração de legislações a fim de que seus recursos sejam alocados onde o seu valor social é maximizado. Logo, as políticas públicas de saúde podem ser exploradas por grupos de interesse organizados.

## 2.10 Consentimento unânime

Buchanan e Tullock escreveram uma das obras clássicas no campo da TEP, intitulada *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Entre as principais contribuições dos autores está o modelo de tomada de decisão constitucional, isto é, a escolha das regras dentro das quais as atividades políticas se desenrolam. A escolha constitucional difere da tomada de decisão política ordinária, na medida em que é desprovida de autointeresse direto, pois também valerá para as futuras gerações. Os autores fazem a análise do comportamento e das instituições políticas, da troca de votos e do intercâmbio político sob o domínio da maioria, atacam os procedimentos de votação por maioria e introduzem regras relativas à unanimidade. Tollison (1999, p. 11-12) considera como importante contribuição da obra a ênfase na ideia de política como forma de “troca”, a exemplo de votos, que possui

---

<sup>129</sup> Segundo os autores, a regulamentação do uso do álcool, por exemplo, costuma ser destinada a reduzir suas externalidades (exposição indesejada, dirigir embriagado etc.). Contudo, alguns grupos podem ter interesse na regulamentação da venda de álcool (indústria do turismo, por exemplo). Igual raciocínio vale para o tabaco, terreno fértil para a influência dos grupos de interesse. No caso da proibição do fumo em ambientes fechados pelo Governo, por exemplo, grupos podem ter interesse em redistribuir renda dos fumantes para os não fumantes. Assim, empresas que permitem o fumo no local de trabalho podem ser obrigadas, via regulamentação, a pagar aos trabalhadores não fumantes um adicional de salário. Nesse caso, quando o Governo proíbe o fumo no local de trabalho, os não fumantes tendem a receber uma renda transitória. Com isso, a perspectiva de obtenção de salários mais altos, ainda que temporariamente, tende a motivar os trabalhadores não fumantes a apoiar legislações que proíbam o fumo no local de trabalho. A mesma situação valeria para bares e restaurantes, na qual grupos podem tirar proveito de regulamentações. Alimentos e bebidas açucarados (refrigerantes e outros), potenciais causadores de obesidade e diabetes, podem ser objeto de regulação e impostos a fim de promover a saúde pública ao desencorajar o seu consumo. No entanto, podem também incentivar grupos de interesse, como as indústrias, a fazer *lobby* e influenciar o Governo em sentido contrário. A mesma lógica valeria para regulamentações relacionadas à saúde mental, aos transplantes de órgãos e seguros contra AIDS.

atributos de somas positiva e negativa, de modo que essa abordagem metodológica de Buchanan teria alterado profundamente a maneira de estudar as políticas. Com isso, tanto a Política quanto o mercado seriam considerados instituições imperfeitas.

Nesse sentido, os autores consideram que a eficiência é decorrência do consentimento livre nos acordos institucionais e constitucionais, diferentemente do que consideravam os economistas tradicionais, para o quais a eficiência não dependia das trocas voluntárias<sup>130</sup>. Tanto a relação econômica como a relação política, afirmam Buchanan e Tullock (1999, p. 22-23), representam a cooperação por parte de dois ou mais indivíduos, em que o mercado e o Estado constituem os meios através dos quais a cooperação é organizada e tornada possível. A cooperação se dá pelo intercâmbio de bens e serviços, com implicações de ganho mútuo. Assim, em uma relação de troca, o indivíduo promove seu próprio interesse ao mesmo tempo em que fornece algum produto ou serviço que beneficia diretamente outro indivíduo. Nesse caso, os indivíduos acham mutuamente vantajoso unir forças para realizar certos propósitos comuns. No âmbito do Estado, a ação política ou coletiva ocorre da mesma forma. Segundo os autores, é possível assumir que o representante ou o indivíduo age com base na mesma escala de valor geral quando participa na atividade do mercado e na atividade política. Afirmam que os teóricos políticos raramente utilizam a abordagem econômica para a análise dos processos de escolha coletiva, já que, de modo geral, se baseiam na suposição implícita de que o indivíduo representativo não procura maximizar sua própria utilidade, mas buscar o “interesse público” ou o “bem comum”.

Diante disso, a forma de administrar escolhas coletivas é confiar na regra do consentimento unânime<sup>131</sup>, defendida por Buchanan e Tullock, cujas origens datam do trabalho de Knut Wicksell (1896). Partindo da premissa de que os valores sociais não existem independentemente dos valores individuais na sociedade, o consenso ou a unanimidade consistiria na única possibilidade de se assegurar a troca benéfica. Dado que todos os integrantes do grupo devem concordar antes da tomada de decisão, cada indivíduo escolhe determinado resultado não apenas para si, mas também para todos os seus companheiros. Vale dizer, cada indivíduo não pode se comportar de maneira independente do grupo. Roemer (1994, p. 67-68) explica que os teóricos da TEP adotaram a regra de unanimidade de Pareto-Wicksell para as decisões coletivas, já que essa regra estabelece que uma mudança jurídica nas normas

---

<sup>130</sup> As trocas voluntárias se referem às negociações realizadas por liberalidade entre as partes pactuantes, que ficam satisfeitas.

<sup>131</sup> Exemplo: no caso de uma decisão governamental que autoriza determinada despesa, o ato decisório deve ser aprovado com o consentimento unânime.

relacionadas com políticas específicas será adotada apenas se contar com o consenso unânime. Porém, reconhecendo-se que alguns indivíduos podem votar de forma contrária, no intuito de obstar a unanimidade e, assim, prejudicar determinada decisão política coletiva, os pensadores da Escolha Pública têm adotado o critério de compensação, aproximando-se do princípio Kaldor-Hicks.

Os defensores do uso da regra da unanimidade se baseiam na crença subjacente de que o Estado com atuação fundada no consentimento voluntário unânime é neutro e legítimo. Criticam essa aparente eficiência da unanimidade a partir de dois pontos. Em primeiro lugar, por ser muito dispendioso, em termos de tempo e outros recursos, elaborar proposta que irá comandar o consentimento unânime, especialmente se as pessoas tiverem gostos e preferências diferentes. Em segundo lugar, ao exigir a unanimidade para aprovação de dada legislação, essa regra dá aos indivíduos o incentivo para se envolver em um comportamento estratégico – por exemplo, resistir, ameaçando vetar a lei, a regra ou o regulamento proposto, a menos que benefícios adicionais ou a menor parcela dos custos sejam atribuídos a eles (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 167-168).

Se a unanimidade implica alto custo de tomada de decisão, dada regra exigindo menos do que a unanimidade pode tornar mais fácil o processo de tomada de decisões, mas cria o risco de que indivíduos sejam explorados. Sob tal ponto de vista, Butler (2012, p. 96-97) assinala que Buchanan e Tullock reconhecem que a solução para essa cilada constitui processo de duas etapas. A primeira é a etapa constituinte, na qual as pessoas chegam ao acordo sobre as áreas que necessitam de tomada coletiva de decisões e estabelecem as regras pelas quais decisões futuras devem ser tomadas. Depois de definido o processo, passa-se à segunda etapa, de realmente tomar decisões coletivas sobre o que fazer. Portanto, a etapa constitucional trata do que deve ser decidido e sua forma, enquanto a etapa seguinte se refere à tomada de decisão.<sup>132</sup> Sendo assim, o acordo constitucional é necessariamente unânime, considerando que o indivíduo racional agindo em seu próprio interesse jamais concordaria em adotar determinado conjunto de regras de tomada de decisão se julgasse que dessas regras resultassem decisões futuras para sua exploração. Como se percebe, a TEP enfatiza o papel das Constituições como meios pelos quais as pessoas podem se proteger dos abusos ou das explorações pelos grupos de interesse e da burocracia.

---

<sup>132</sup> No exemplo dado por Buchanan e Tullock, perfuradores de poços de petróleo podem estar de acordo quanto à necessidade de haver administração coletiva de um campo e de que forma as decisões sobre os direitos de extração devem ser tomadas. Porém, no momento de realmente tomar essas decisões (segunda etapa), eles podem muito bem discordar quanto às cotas específicas que cada um receberá.



Essas questões se encontram no domínio da Economia Política Constitucional, na qual a escolha política, inicialmente, determina e aprova as regras do jogo por unanimidade e, num segundo momento, as decisões políticas - diretas democráticas, legislativas e burocráticas - são feitas à sombra das regras do primeiro momento. Nesse sentido, dada política é considerada justa porque os indivíduos na sociedade a adotaram por unanimidade, e não porque eles a consideravam que era “justo” *a priori* (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 196-200).

A regra para a tomada de decisão coletiva costuma ser a maioria simples, situação bastante criticada pelos teóricos da TEP. Buchanan e Tullock sugerem que para algumas votações vale à pena insistir em maiorias mais amplas ou qualificadas, sobretudo quando há risco de grupos minoritários serem explorados. Butler (2012, p. 98-99) explicita que na etapa constitucional os indivíduos se deparam com incertezas futuras, pois não sabem quais políticas serão propostas. Sem saber se estarão no lado vencedor ou perdedor, procurarão se proteger de eventuais prejuízos causados pela maioria. Logo, a exigência de unanimidade para cada questão pode ser demasiadamente trabalhosa, de maneira que alguma maioria qualificada, como dois terços, por exemplo, pode fazer sentido em decisões potencialmente danosas.

No tocante aos custos do processo decisório, conforme propõe Butler (2012, p. 41-42), a questão é saber quais deveriam ser as regras para a tomada de decisões coletivas e qual deveria ser o tamanho da maioria para justificar a atitude e forçar todos a participarem do projeto coletivo. O ideal seria a unanimidade, porém, nas grandes sociedades atuais, conseguir que milhões de pessoas concordem envolveria grande esforço e poderia ser impossível. Sendo a unanimidade requerida, dada pessoa poderia vetar uma proposta. Por outro lado, qualquer coisa menor que a unanimidade também tem seu lado negativo. A votação por maioria qualificada permite que a maioria aprove projetos designados para seus próprios benefícios, em relação aos quais todos são forçados a aceitar e pagar. Quanto mais elevada for a maioria escolhida, mais difícil é para se chegar a um acordo, mas não menor o risco de as minorias serem exploradas, ou seja, maiores os custos do processo decisório e menores os custos externos. Do mesmo modo, quanto menor for a maioria escolhida, mais fácil será para se chegar a um acordo, mas maior será o risco de exploração. O ideal é a regra da maioria na qual o total dos custos do processo decisório e os custos externos são minimizados – pequena maioria suficiente para viabilizar um acordo, mas grande o bastante para tornar a exploração difícil.

A regra do processo decisório que prevalece em grande parte dos sistemas políticos ao redor do mundo é o voto majoritário simples (mais de 50% dos votos). Na perspectiva de Buchanan e Tullock, existem outros possíveis arranjos, inclusive maiorias qualificadas, tais como a regra dos dois terços. Podem-se empregar distintas regras, conforme a matéria em

questão. Quando o risco de ser explorado for baixo, as pessoas poderão concordar com a regra da maioria simples, mas quando o risco for alto, elas poderão insistir por maiorias mais amplas. Quanto maior os custos externos, mais inclusivo deve ser a regra de votação. Por isso é que Wicksell apoiava decisões unânimes em questões como a tributação e que Buchanan e Tullock argumentavam que as Constituições, que definem as regras futuras de votação, deveriam ser adotadas unanimemente (BUTLER, 2012, p. 42-43).

Vale registrar, ainda com suporte nas reflexões de Butler (2012, p. 82), a necessidade de legisladores em razão da praticidade. A enorme quantidade de escolhas coletivas que se impõem todos os dias tornaria muito difícil e cansativo que se esperasse que todas as pessoas comparecessem às eleições e votassem sobre cada assunto. O público nem sequer teria tempo e interesse de pesquisar e formar opiniões sobre todas essas questões. Por isso, delega-se a tarefa de entender as questões, formar opiniões e tomar decisões a um grupo menor e mais fácil de administrar – os legisladores. Há uma confiança para que representem os pontos de vista e para que tomem decisões em nome dos seus eleitores, o que significa que as decisões podem ser tomadas com gasto muito menor de tempo, esforço e dinheiro.

Na análise do comportamento dos políticos são levadas em consideração as noções de legislador autointeressado e eleitor racionalmente ignorante. Para a Escolha Pública, os políticos candidatos ou legisladores procuram tomar decisões que maximizem sua utilidade, o que envolve fatores como voto, poder e renda política. Assim, os políticos legisladores não são motivados pelo desejo de promover o interesse público ou o bem comum, mas para ganhar a reeleição, ou seja, são maximizadores de votos. Downs (2013, p. 50) sustenta a importância do axioma do interesse pessoal para identificar o que motiva as ações políticas dos membros partidários. Destaca que os políticos agem apenas com o intuito de obter prestígio, renda e poder decorrentes do cargo. Assim, os políticos não buscam o poder como meio de executar políticas específicas, mas com o objetivo de colher as recompensas de ocupar o cargo público. Sendo as políticas públicas os meios de atingir seus fins privados, os políticos as conseguem somente se forem eleitos. Daí a hipótese fundamental do modelo de Downs: “os partidos formulam políticas a fim de ganhar eleições, e não ganham eleições a fim de formular políticas”.

Quanto à ignorância racional atribuída aos eleitores, assume-se que pela regra da maioria os eleitores possuem poucos motivos para investir tempo, dinheiro e energia necessários para votarem bem informados, já que imaginam que haverá poucas chances de que seus votos sejam decisivos (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 184).

A questão do voto, sobre a qual a TEP chama a atenção, pode ser importante para a análise da predatória judicialização das políticas públicas de saúde, porquanto a criação de

comissões, grupos interdisciplinares, comitês, núcleos de apoio técnico, além das próprias instituições envolvidas, debatem o tema e tiram conclusões a partir de votos ou deliberações, em grande medida. Cite-se, por exemplo, a votação para elaboração de enunciados ou, ainda, as decisões colegiadas no Tribunal de Justiça. Além disso, também não se pode desconsiderar a quantidade de produção normativa emanada dos Poderes Legislativo e Executivo no âmbito das políticas públicas de saúde, o que pode ser sintoma da desarticulação governamental e institucional, que repercute na pluralidade de interpretações e no agravamento da judicialização da política de assistência farmacêutica no Estado Catarinense.

### **2.11 Paradoxos da votação, *logrolling* e burocracia**

Além da busca de privilégios especiais, do consentimento unânime e dos grupos de interesse envolvidos na tomada de decisão, a TEP também se preocupa com os dilemas da incoerência no sistema de votação majoritária, seja na legislatura ou em qualquer outra situação, cujo eixo central é o denominado “paradoxo de Arrow”. Parte-se do pressuposto de que não é possível desenhar instituições de forma coerente a partir da soma das preferências dos indivíduos, diante de um conjunto de condições, devido ao paradoxo existente no resultado da votação.

Exemplo inspirado na passagem da obra de Roemer (1994, p. 63-64) ilustra o paradoxo de Arrow. Imagine-se que três filhos – Francesca, Aaron e Daphne – pedem um animal de estimação a seus pais. Os pais acatam o pedido e dão a oportunidade aos filhos de escolherem entre um cão, um pato e um gato. Suponha-se que a ordem de preferências pelo animal de cada filho seja a seguinte: Francesca: cão, pato e gato; Aaron: pato, gato e cão; Daphne: gato, cão e pato. Caso se queira a votação por duas pessoas, a votação majoritária não poderá lograr a seleção de um animal. Uma maioria formada por Francesca e Daphne votará por um cão, em vez de um pato; uma maioria formada por Francesca e Aaron votará por um pato, em vez de um gato; e uma maioria formada por Aaron e Daphne votará por um gato, em vez de um cão. Esse problema fundamental examinado por Arrow significa que, em geral, nenhum método de votação para chegar a decisões sociais pode evitar a possibilidade desses resultados paradoxos. No exemplo citado, seria possível a decisão majoritária se os filhos se colocassem de acordo em que o tamanho do animal é o único fator que importa. Essa situação evitaria o resultado de Arrow e permitiria a regra majoritária congruente e não cíclica, o mesmo ocorrendo em uma legislatura.<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> Na obra de Arrow, o autor adota o exemplo de três indivíduos escolhendo três alternativas (ARROW, 1951, p. 3).

Por seu turno, Tullock (2002, p. 29) menciona o teorema da preferência mediana citando o seguinte exemplo. Imagine-se que os candidatos de dois partidos concorrem para vencer a eleição e que os eleitores votarão no candidato que mais se aproxime de suas preferências políticas. Os candidatos não escolherão posições políticas nas extremidades da distribuição. Um candidato que assume uma posição política nos extremos da distribuição de preferências dos eleitores pode ser vencido nas eleições por um candidato que se desloca para o meio da distribuição. Para evitar perder a eleição, ambos os candidatos são induzidos a assumir posições políticas “no meio do caminho”, ou seja, tenderão a “ficar em cima do muro”. O político esperto escolherá uma posição próxima do meio da distribuição para evitar ser derrotado pelo adversário. O candidato adversário também deverá convergir para o centro ou perderá a eleição. Isso significa que, para evitar a derrota, ambos os partidos tenderão a escolher posições políticas próximas uma da outra e no meio da distribuição.

Nesse contexto, ganha relevo a expressão “*logrolling*”, que significa troca de votos.<sup>134</sup> Essa é a situação comum observada nos parlamentos ou em sistemas políticos democráticos. É o caso, por exemplo, de dado membro do Congresso que concorda em votar a favor de projeto de lei em que outro parlamentar está interessado em troca do voto desse parlamentar em outra matéria. Segundo Tullock (2002, p. 23), a troca de votos domina o processo de seleção política na maioria das democracias, embora seja frequentemente escondida do público em geral. Já os que estão familiarizados com o processo legislativo sabem que os parlamentares, muitas vezes, votam em legislações que não gostam, em troca do acordo com outro parlamentar para votar em algo que lhes favoreçam.

O papel essencial da TEP é demonstrar que a motivação dos indivíduos no Governo enquanto burocratas (políticos, servidores públicos, assessores etc.) é a mesma dos indivíduos na vida privada. Uma das causas da percepção de que existe diferença entre as atividades dos indivíduos na vida pública e na vida privada é a ideia de interesse público, onde o termo “público” tem sido utilizado para designar a atividade altruísta e benevolente em favor do “bem geral”, em oposição ao termo “privado”, identificado como obtenção de vantagens pessoais egoístas e comerciais. Daí a ênfase sobre o interesse público, o serviço público, a despesa pública, o investimento público, a empresa pública, todos benevolentes e desejáveis, comparada

---

<sup>134</sup> Literalmente, *logrolling* significa rolar um tronco sobre a água, enquanto duas pessoas se equilibram em cima dele movimentando os pés (*log* = tronco cortado; *rolling* = que rola). Segundo Galvão (s/ ano), em sua obra Fundamentos de Relações Governamentais [*on line*], refere-se à expressão *you roll my log and I'll roll yours*, equivalendo ao jargão “uma mão lava a outra”.

com os indesejáveis serviços privados, despesas privadas, investimentos privados, empresas privadas, transportes privados, entre outros (SELDON, 2002b, p. 137-138).

Ao tratar da burocracia, Tullock (2002, p. 54-55) explica que, ao contrário das propostas visando a reorganizar o Governo para fazer a burocracia trabalhar melhor, os modelos baseados no pressuposto de que os burocratas estão tentando maximizar seu próprio bem-estar (poder, *status*, segurança, renda, facilidade, conforto e outros benefícios), em lugar do interesse público, parecem ter uma capacidade preditiva maior. Esses modelos indicam que o problema da burocracia é muito mais sério do que se pensava. A expansão das burocracias, ao ponto em que todo o excedente social criado por seus serviços é absorvido no pagamento de um número cada vez maior de burocratas, evidencia a consequência inevitável do modelo burocrático.<sup>135</sup>

No contexto da burocracia, há ampla margem para essa ação autointeressada, particularmente porque o rendimento dos agentes públicos pode ser difícil de definir. Ao contrário da produção do mercado, no qual o sucesso é medido em lucro ou perda financeira, o desempenho dos servidores ou burocratas é difícil de monitorar, sendo baseados em objetivos frequentemente vagos, a exemplo do “interesse público” (BUTLER, 2012, p. 88-89) e do “poder” (MUELLER, 2003, p. 362).

O que importa extrair de toda essa linha argumentativa é que a TEP fornece explicações sobre como as diversas forças interagem no contexto do processo político de decisões coletivas. Por isso, ampliar a percepção sobre busca de privilégios especiais, grupos de interesse, troca de votos e burocracia, por exemplo, pode ajudar os formuladores de políticas públicas a identificar os potenciais gargalos ou obstáculos na Administração Pública, permitindo avaliar e estabelecer alternativas de estruturas institucionais.

Esse aspecto da TEP pode ser importante para a análise da burocracia envolvida na execução das políticas públicas de saúde, especialmente se considerada a atuação dos seus agentes, como gestores, servidores, juízes e outros, no âmbito das respectivas Instituições Estatais, inclusive nos grupos interdisciplinares de trabalho recomendados pelo CNJ, a exemplo do COMESC e do NAT-JUS. Nessa linha de raciocínio, não se pode ignorar que a execução das políticas públicas se dá com amparo em legislações e procedimentos administrativos que

---

<sup>135</sup> A burocracia tem sido um tema caro ao Brasil, pois se encontra diretamente ligado ao patrimonialismo. As transformações por que passou a Administração Pública brasileira podem ser explicadas pelo trinômio “patrimonialismo-burocracia-gerencialismo”. De acordo com Reisman e Toni (2017, p. 13), o tradicional patrimonialismo estatal deita raízes nas concepções de estamento burocrático, de Raymundo Faoro (2012), e de homem cordial, de Sérgio Buarque de Holanda (1995), sendo influenciado pela adoção da burocracia weberiana a partir do Estado Novo, culminando com o surgimento do gerencialismo na década de 1990. O gerencialismo pregou a reforma da Administração Pública, sob o discurso de combate à burocracia estatal, dando impulso às privatizações, parcerias público-privadas, concessões, entre outras.

envolvem diversos atores e instituições que interferem na eficiência e na efetividade do direito fundamental à saúde, assim como na sua predatória judicialização.

A partir do esboço teórico até aqui delineado, percebe-se que a TEP desafiou a ideia inicial dos economistas, que sustentavam a necessidade de intervenção do Governo para solucionar as “falhas do mercado”, colocando em seu lugar a ideia de que também existem “falhas de Governo”, especialmente quando está em jogo a tomada de decisão coletiva no próprio Governo. O processo de tomada de decisão governamental é considerado imperfeito em razão do modelo de sistema eleitoral (representativo, especialmente), do poder das coalizões e dos grupos de interesse, dos interesses pessoais dos legisladores e servidores públicos, da votação tática, de troca de votos (*logrolling*), busca de privilégios especiais (*rent seeking*), da ignorância racional dos eleitores, entre outros fatores.

Nesse cenário, a noção de “interesse público” é colocada em dúvida, sob o argumento de que não existe conceito unívoco acerca de tal interesse ou de seu conteúdo. Existem tantas opiniões pessoais sobre “interesse público” que os pontos de vista de cada indivíduo “não podem ser somados, subtraídos e rateados por meio de uma fórmula aritmética”, tal como defendido por Butler (2012, p. 104-105). Do mesmo modo, em relação ao retorno dado aos cidadãos pelas instituições políticas atuais. Essa situação evidencia, de certo modo, a existência de interesses pessoais de legisladores, eleitores e agentes públicos, uma das razões pelas quais as Instituições Estatais falham no exercício de seu papel, e ajuda a explicar o ceticismo dos cidadãos com a política. Mais do que isso, a TEP demonstra que o reconhecimento dessas falhas abre campo fértil de estudo de alternativas para evitá-las ou corrigi-las.

A despeito da opção feita no presente trabalho por este pesquisador, no sentido de explanar primeiramente as políticas públicas de saúde no contexto da CRFB/88 e sua judicialização (primeiro Capítulo) e, na sequência, os diálogos interdisciplinares entre Direito, Ciência Econômica e TEP, neste segundo Capítulo, busca-se no próximo colacionar dados empíricos acerca do panorama do acesso judicial a medicamentos e tratamentos de saúde em Santa Catarina para, então, verificar a aplicabilidade da TEP para melhor compreender o problema da judicialização.

### **3 A (IN)EFICIÊNCIA DA ARTICULAÇÃO ENTRE O SISTEMA DE SAÚDE E O SISTEMA DE JUSTIÇA SOBRE O ACESSO JUDICIAL A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS EM SANTA CATARINA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA (TEP)**

Na doutrina jurídica sobre a judicialização da saúde são escassos os estudos que tentam entender, explicar e prever o comportamento dos atores envolvidos, geralmente se limitando à análise descritiva de questões controvertidas acerca da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao direito fundamental à saúde. Seguindo essa linha de raciocínio e considerando as questões largamente negligenciadas, este último Capítulo tem por objetivo avançar sobre a compreensão do comportamento dos atores na judicialização por meio das ferramentas da Teoria Econômica e, assim, empreender esforços para verificar a (in)eficiência das relações institucionais entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça no contexto da judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos em Santa Catarina.

Para tanto, as análises teóricas empreendidas no primeiro e no segundo Capítulos serão confrontadas com os dados obtidos do Tribunal de Justiça Catarinense (TJSC) e das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCESC). Inicialmente, far-se-ão breves anotações acerca da coleta e do tratamento dos dados obtidos. Na sequência, abordar-se-á o direito à saúde no contexto da ANC de 1987-1988 e à luz da TEP, as falhas de Governo no Estado, a análise econômica da litigância na saúde estadual, as tomadas de decisões coletivas no âmbito do COMESC e do NAT-JUS/SC, bem como as falhas do Sistema de Justiça pelo comportamento de seus atores e o desafio de construir a articulação eficiente investindo nas pessoas por meio de incentivos adequados.

#### **3.1 Notas sobre a coleta e o tratamento dos dados obtidos da primeira instância do Poder Judiciário Estadual e das auditorias do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**

Em 2019, em continuidade às suas publicações sobre o tema, o CNJ publicou importante pesquisa de abrangência nacional (CNJ, 2019a, p. 45-47 e 123-128), explorando inclusive as heterogeneidades regionais das demandas judiciais no campo da saúde, cuja conclusão revela não haver um único fenômeno de judicialização da saúde, mas uma variedade significativa de motivos de litigar e consequências sobre as políticas de saúde pública (cobertura de 100% da população) e de saúde suplementar (cobertura de 25% da população). O estudo reforça a gravidade do problema, ao constatar que o número de demandas judiciais em primeira instância relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais de primeira instância cresceu 50%. Da mesma forma em relação aos

processos com tramitação em segunda instância, cujo aumento foi de 85% entre 2009 e 2017, considerando que no mesmo período o número total de processos foi de 40%.

Tendo em vista que o assunto “saúde” engloba uma diversidade de situações no âmbito das decisões judiciais, como forma de organizar cada uma delas o CNJ utiliza nomenclatura com as seguintes classificações: 1) Reajuste da tabela do SUS; 2) Repasse de verbas do SUS; 3) Vigilância sanitária e epidemiológica; 4) Ressarcimento ao SUS; 5) Genética/células tronco; 6) Convênio médico com o SUS; 7) Prescrição por médico não vinculado ao SUS; 8) Internação voluntária; 9) Terceirização do SUS; 10) Saúde mental; 11) Internação compulsória; 12) Medicamento/tratamento/cirurgia; 13) Financiamento do SUS; 14) Controle social e Conselhos de Saúde; 15) Internação involuntária; 16) Hospitais e outras unidades de saúde; 17) Doação e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo; 18) Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados; 19) Serviços hospitalares; 20) Tratamento médico-hospitalar; 21) Outros; 22) Fornecimento de medicamentos; 23) Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos; 24) Saúde; 25) Seguro; e 26) Planos de saúde.

Considerando o foco da pesquisa na judicialização de medicamentos, e por estes estarem também associados a tratamento médico-hospitalar na classificação do CNJ, optou-se por selecionar entre os assuntos apenas as demandas classificadas como “Tratamento médico-hospitalar”, “Fornecimento de medicamentos” e “Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”, que são os assuntos mais prevalentes em matéria de saúde pública.

Com base na Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), em 14/06/2019 foram solicitadas informações ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Requerimento n. 0115212). Em resposta, o Tribunal encaminhou documentos, deixando de atender apenas às solicitações de informações sobre os “valores empenhados para dar cumprimento às decisões judiciais” e os “processos que mencionam CONITEC, NAT, PCDT, COMESC, RENAME, RENASES E REMUME”, sob a justificativa de que “não são informações catalogadas no sistema”. Além disso, informou o Tribunal que “desconhece a existência de pesquisa elaborada pela Corregedoria, contendo panorama detalhado sobre a judicialização da saúde no Estado de Santa Catarina”. Destacou, ainda, que, como a pesquisa abrangeu período anterior à migração do Sistema de Automação do Judiciário SAJPG3 para o SAJPG5, também foram elencadas movimentações utilizadas no sistema anterior.

Segundo o TJSC, o resultado da busca permitiu visualizar o Estado de Santa Catarina em qualquer polo, o que exigiu filtragem e exclusão dos processos em que figurava no polo ativo. Para localizar os processos em que o Estado de Santa Catarina não era a parte principal,



foi necessário realizar busca fonética no cadastro de partes de cada processo, o que gerou duplicidade de processos, bem como casos em que os Entes que possuíam o termo "Santa Catarina" no nome fossem incluídos no resultado, os quais foram filtrados e excluídos. Os processos em segredo de justiça, por sua vez, foram encaminhados com o número do processo e a parte ativa omitidos, mantendo-se as demais informações.

No total, foram encaminhados pelo TJSC, por meio de planilha *Excel*, os dados solicitados referentes a 25.345 processos que tramitaram ou se encontravam em tramitação em primeira instância com decisão liminar ou definitiva sobre “Fornecimento de Medicamentos”, “Tratamento Médico-Hospitalar” e “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”, no período compreendido entre 2010 e 2018, contra o Estado, isoladamente ou em litisconsórcio com Municípios. Não foram analisados dados referentes a processos com tramitação em segunda instância no Estado ou na Justiça Federal. Considerando a enorme quantidade de dados contidos na planilha *Excel* e a limitação temporal de execução da pesquisa, foi necessário contar com o auxílio de consultoria estatística<sup>136</sup> para a aplicação de modelos computacionais e estatísticos à fonte de dados, a fim de otimizar a interpretação das informações fornecidas pelo TJSC.

O *software* utilizado nas análises desses dados foi o *R* (versão 3.6.1) por permitir a análise estatística mais abrangente, incorporando diversos testes, modelos e análises estatísticas padronizadas, além de fornecer linguagem abrangente para gerenciar dados. A fim de organizar as informações dos processos dentro do período estudado, considerou-se a data do recebimento da ação (e não da distribuição). Por isso, do total de processos encaminhados pelo TJSC na planilha *Excel* (25.345), foram considerados 24.968, em razão da data do recebimento dentro do período analisado (2010-2018). Os dados constantes da planilha encaminhada pelo TJSC também foram transportados para o *Software Qlik Sense*, permitindo visualizá-los e convertê-los em gráficos.

Não obstante os enormes obstáculos metodológicos e a confiança depositada na veracidade das informações fornecidas pelo TJSC, já que não são divulgados oficialmente dados consolidados e completos no portal dessa Instituição, serão apresentados neste Capítulo os dados considerados essenciais e relevantes para a pesquisa, buscando-se demonstrar o estágio/panorama da judicialização da saúde no Estado Catarinense e sua relação com o objeto da pesquisa. Acentua-se que os dados utilizados têm origem essencialmente em fontes secundárias, ou seja, base de dados fornecidos pelos órgãos públicos, considerando que a

---

<sup>136</sup> Consultoria estatística Oper Data. Disponível em: [www.operdata.com.br](http://www.operdata.com.br).

utilização de fontes primárias (coleta de dados diretamente pelo autor) esbarraria na dificuldade de acesso às informações dos órgãos públicos e na disponibilidade de seus agentes em tempos de restrições sanitárias em razão da pandemia de Covid-19. Tais situações constituíram limitações da pesquisa e que merecem ser registradas.

Os dados que compõem esse Capítulo também foram obtidos de auditorias operacionais<sup>137</sup> destinadas à avaliação de desempenho da gestão pública, realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e que resultaram em decisões (TCESC, Acórdão n. 363/2019, 2019; Acórdão n. 522/2020, 2020) bem como pareceres prévios (TCESC, Processo @PCG 19/00311744, 2019; Processo @PCG 20/00143150, 2020) sobre as contas anuais do Governo. Um dos processos (@RLA 18/00189572, Acórdão n. 522/2020, julgado em 06/07/2020) tratou de auditoria operacional realizada *in loco* na Secretaria de Estado da Saúde (SES), nos meses de abril e maio de 2018, com o objetivo de avaliar, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, suas ações frente aos efeitos da judicialização da saúde no Estado de Santa Catarina, especialmente em relação às demandas judiciais por medicamentos, no período de janeiro de 2015 a março de 2018.

Enquanto os dados obtidos do TJSC permitem verificar a dimensão aproximada da judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos no Estado em termos quantitativos, os dados das auditorias permitem avançar sobre a atuação do Governo estadual e sua articulação com outros atores em termos qualitativos. Assim, será a partir da combinação de todos esses dados, nos pontos que interessam à presente pesquisa, que se avaliará o fenômeno da judicialização sob a perspectiva da TEP nos tópicos seguintes.

Anota-se que também foram solicitadas informações da Secretaria de Estado da Saúde (SES) no dia 13/06/2019, contudo, até o presente momento não houve resposta. Conforme se depreende da Informação/Solicitação n. SES 00056718/2019<sup>138</sup>, o processo de solicitação deixou de ter andamento a partir de 22/08/2019, tendo sido retomado apenas em 20/01/2021. Cabe registrar que ainda foram solicitadas informações por meio da LAI ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina, à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina e à Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, sem que se obtivesse sucesso.

Os dados obtidos são de acesso público, em conformidade com a LAI, dispensando a submissão prévia do estudo ao Comitê de Ética em Pesquisa. Não obstante, em todas as

---

<sup>137</sup> Auditorias operacionais do TCESC. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/content/auditorias-operacionais>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>138</sup> A informação referente ao Processo SES 56718/2019 está disponível em: <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo/inicio>. Acesso em 26 jan. 2021.

informações obtidas foram desconsiderados os dados pessoais eventualmente contidos que pudessem comprometer a privacidade de indivíduos ou instituições, em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018).

Reconhece-se que a falta de dados estatísticos sistematizados, discriminados, completos e confiáveis, produzidos pelas próprias instituições públicas envolvidas, exige do pesquisador certa cautela nas conclusões extraídas, considerando a possibilidade de os dados não refletirem fielmente a realidade. Apesar das dificuldades de acesso a dados nessa seara, é o cenário do acesso judicial a medicamentos e tratamentos em primeira instância no Estado de Santa Catarina e da articulação entre os principais atores do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça envolvidos na judicialização o objeto de exploração na presente pesquisa.

### **3.2 O direito à saúde na CRFB/88 e a Teoria da Escolha Pública (TEP): *lobbies*, corporativismos e grupos de interesse**

Observou-se no segundo Capítulo como Direito e Ciência Econômica se entrelaçam e as principais categorias da TEP, levadas em consideração para análise do comportamento dos agentes e do processo de tomada de decisão, entre as quais se destacam o autointeresse, a assimetria de informações, a maximização racional, os incentivos ligados à oferta e à demanda política, os grupos de interesse, a troca de votos (*logrolling*), a busca de renda ou privilégios especiais (*rent seeking*), a burocracia, além daquelas que compõem a AED tradicional, como a escassez de recursos, a eficiência, as externalidades, os custos de transação e os custos de oportunidade.

Viu-se que o processo legislativo, na visão da TEP, é tomado como sistema microeconômico, no qual as escolhas políticas são resultantes de esforços maximizadores de utilidade individuais ou de grupos para promoverem seus próprios interesses. Logo, ao contrário da concepção de que os legisladores votam apenas para promover o interesse público, a ideia sustentada é de que os legisladores são fundamentalmente motivados pelo interesse próprio, buscando maximizar privilégios especiais e sua probabilidade de reeleição.

Por tratar especificamente do mercado político, é possível extrair várias dessas categorias do processo de criação da CRFB/88. Conforme se verificou no primeiro Capítulo, os momentos que antecederam a instalação da ANC de 1987-1988 foram marcados por diversas demandas oriundas de setores políticos e sociais em busca de nova ordem, duramente reprimidas até o processo de transição democrática. A mobilização de setores sociais organizados envolveu diversos atores, como governadores, sindicalistas, movimentos sociais, servidores públicos, trabalhadores, empresários, órgãos de classe, representantes do Ministério

Público e da Magistratura, associações civis, militares, entre outros. As articulações e os conflitos de interesse produziram uma diversidade de reivindicações que perseguiram interesses próprios e refletiam, na prática, as assimetrias de poder de facções ideológicas específicas. Com os enormes custos de transação impostos aos setores menos favorecidos da sociedade, o que predominou foi a influência da troca de votos entre grupos de interesses mais organizados em busca de privilégios especiais, e não necessariamente a ação coletiva do povo brasileiro.

Em meio à oferta e à demanda políticas, os 559 congressistas, membros da Câmara dos Deputados e do Senado à época, não tomaram decisões unânimes, já que não houve homogeneidade constante de nenhuma força de poder. O *lobby* era intenso na ANC, conforme descrito no primeiro Capítulo. Isso demonstra claramente a presença dos interesses individuais (individualismo metodológico), da maximização racional, da troca de votos (*logrolling*) e dos grupos de interesses tão estudados pela abordagem econômica da TEP. A institucionalização de privilégios por meio de expressivas prerrogativas de autonomia financeira e administrativa para certas Instituições Estatais assentadas na CRFB/88, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal de Contas e o Poder Judiciário, além da positivação da estabilidade adquirida por servidor investido em cargo público efetivo, por exemplo, não teriam sido consagradas por consenso benevolente dos parlamentares, mas ao custo de concessões corporativistas e enfrentamentos ideológicos travados entre constituintes progressistas e conservadores e entre forças políticas influentes que buscavam garantias e privilégios.

Aliás, registre-se que à época de sua elaboração a CRFB/88 chegou até a ser tachada por José Sarney como algo que levaria o País a ser ingovernável (CARVALHO, 2017, p. 49), já que todos os participantes desejavam deixar sua contribuição no Texto Constitucional, como direitos e outras conquistas, para serem concretizados no período democrático que se descortinava, o que tem sido considerado uma das causas da sua extensão e prolixidade.

Interessante notar que o papel das Constituições é essencialmente limitar o exercício do poder político e definir direitos fundamentais. No entanto, aqueles que se organizaram e mobilizaram seus interesses conseguiram sofrer menos limitações no produto da ANC e inserir na CRFB/88 os direitos individuais, políticos e sociais almejados. No campo da saúde ocorreu a mesma lógica permeada por negociações entre os diversos setores ou grupos progressistas e conservadores. No âmbito do desejo de reformas tributária, agrária, urbana, entre outras, encontrava-se a reforma da saúde. Antes de 1988 já havia tendência de se universalizar o acesso à saúde e reduzir as desigualdades na cobertura, considerando as distinções na atenção à saúde decorrentes de o indivíduo estar ou não vinculado ao mercado formal de trabalho. Essa

tendência foi marcada por lutas de movimentos sociais e mobilização pela denominada Reforma Sanitária brasileira, impulsionada por atores sociais reunidos em torno do movimento sanitarista descontentes com o modelo assistencial da época e que pleiteavam outro modelo que pudesse atender a totalidade dos brasileiros.

Os grupos de interesses na Reforma Sanitária, que desejavam transformações na área da saúde a partir de exemplos como os sistemas públicos e universais da Europa, exerceram forte pressão durante a ANC e foram os responsáveis pela criação do Sistema Único de Saúde Pública, com acesso universal e igualitário, hoje conhecido como SUS. Esse contexto ajuda a compreender muitas das opções feitas pelo legislador Constituinte e que atualmente repercutem sobre a escassez de recursos e a eficiência da máquina estatal.

A formação de consenso e dissenso em torno de temas complexos nos trabalhos Constituintes, a pauta de prioridades e a constitucionalização de interesses corporativos, guardam íntima conexão com a perspectiva da TEP, mormente pelo comércio político necessário para estabelecer na CRFB/88 uma série de temas relacionados a direitos fundamentais, em especial os sociais, nos quais se enquadra o direito à saúde. Ademais, refletem o funcionamento da burocracia estatal em todos os seus níveis, em que os agentes particulares e do Estado, na qualidade de homens econômicos, comportam-se buscando maximizar seus próprios interesses de forma racional e utilitária, muitas vezes esgarçando preceitos constitucionais não desejados pelo legislador originário.

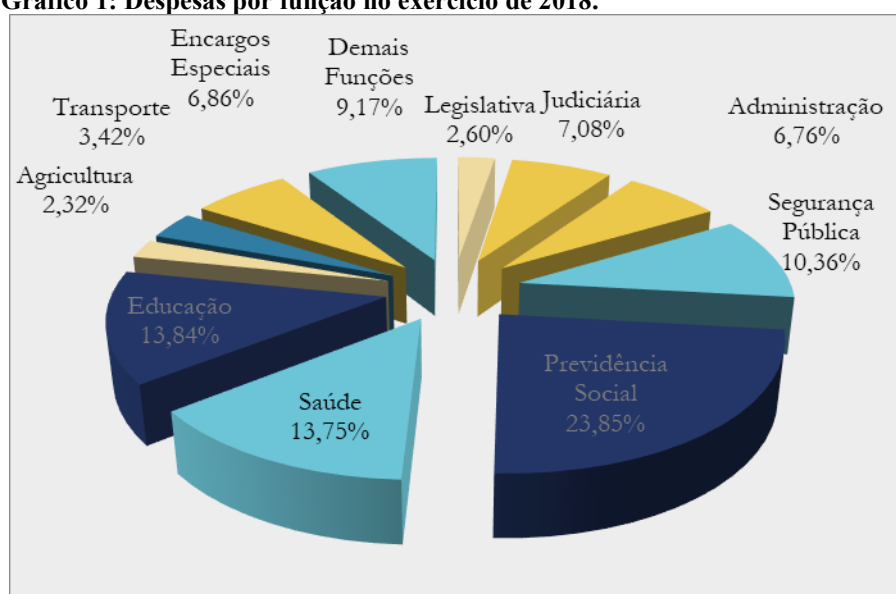
O ambiente Constituinte de 1987-1988, com suas extensas negociações e os interesses em jogo para aprovar cada preceito normativo que restaria inserido no documento que marcaria o constitucionalismo brasileiro, possibilitou a introdução de diversos dispositivos referentes a federação, organização do Estado, separação de Poderes, direitos e garantias fundamentais, políticas públicas, entre outras inúmeras matérias, de maneira que, em certa medida, a amplitude das cláusulas consagradas na promulgada CRFB/88 contribuiu para a predatória judicialização nos anos seguintes.

Daí a importância de se levar em conta o investimento nas pessoas individualmente consideradas no âmbito dos Parlamentos federal, estadual e municipal, por meio de incentivos adequados que convirjam para a elaboração de normas que realmente atendam ao interesse público e busquem reduzir os custos de transação na prestação do direito fundamental à saúde. Isso porque a aplicação dessas normas gerará consequências e externalidades negativas, muitas vezes difíceis de remediar.

### 3.3 A Teoria da Escolha Pública (TEP) e as falhas de Governo em Santa Catarina: pessoas são pessoas?

É notório que as despesas com saúde se tornaram um desafio para o gestor público frente ao orçamento limitado. A despesa orçamentária é classificada por função, conforme as diversas áreas do setor público, e geralmente os maiores gastos ocorrem nas áreas de previdência social, educação e saúde. A composição das despesas do Estado Catarinense por funções de Governo, tomando-se por base o exercício de 2018, pode ser demonstrada no Gráfico 1:

**Gráfico 1: Despesas por função no exercício de 2018.**



Fonte: TCESC, Processo @PCG 19/00311744, 2019.

Como se infere do gráfico acima, a função saúde está entre as três funções de Governo com maior percentual de despesas. Ao se analisar as despesas com saúde em termos de valores e em um período mais amplo (quinquênio 2014-2018), constata-se que em 2014 foram de R\$ 3.018.108.686,00; no ano de 2015 totalizaram R\$ 3.055.122.540,00; em 2016 foram de R\$ 3.117.661.102,00; em 2017 os gastos foram da ordem de R\$ 3.280.490.862,00; e em 2018 de R\$ 3.703.885.747,50 (TCESC, Processo @PCG 19/00311744, 2019).

Quando o orçamento da saúde no Estado Catarinense foi objeto de auditoria específica pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 363/2019, 2019), para avaliação da evolução de sua dívida no período entre 2012 e 2017, verificou-se que em 30/09/2017 o montante era de R\$ 1.080.061.824,01. No Gráfico 2 pode ser visualizada a evolução da dívida da saúde contabilizada nesse período:

**Gráfico 2: Evolução da dívida da saúde de 2012 a 2017 (até 30/09).**

Fonte: TCESC, Acórdão n. 363/2019, 2019.

Do gráfico acima é possível extrair que houve equilíbrio entre 2012 e 2014 e, a partir daí, crescimento acentuado da dívida até 2017. Ocorre que, além da dívida contabilizada (R\$ 591.534.559,05), os dados da auditoria do TCESC (Acórdão n. 363/2019, 2019) demonstram grande volume de despesas realizadas, no montante de R\$ 488.527.264,96, que ainda não haviam sido contabilizadas. São despesas que não foram objeto de registro contábil e de empenho<sup>139</sup>, abrangendo obrigações que a SES possui com Municípios, hospitais conveniados ou contratados, organizações sociais, fornecedores e prestadores de serviços. Conforme constatado nos dados, o fato de haver despesas sem empenho evidencia o hábito do Governo de contratar e comprar sem se certificar da existência de dotação orçamentária.

Se o Estado de Santa Catarina convive com situações crônicas relacionadas à falta de planejamento orçamentário consistente e a despesas realizadas sem prévio empenho e sem registro contábil, é crível que o Governo desconhece o real custo da saúde. Aqui, claramente visualizam-se as falhas de Governo, na medida em que alguns de seus agentes não exercitam o planejamento orçamentário, em afronta à legislação pertinente e em benefício de interesses outros (individuais?), que não o interesse público. Pode-se inferir que do ponto de vista institucional (Governo) não se buscou utilizar os recursos públicos à disposição da melhor maneira possível, em prol do interesse da coletividade, o que remete à ideia de que “pessoas

<sup>139</sup> De acordo com a Lei n. 4.320/64, a despesa orçamentária pública passa por três estágios: empenho, que é a reserva de dotação orçamentária para um fim específico, sendo registrado no momento da contratação do serviço; liquidação, que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor; e pagamento, que é a entrega de numerário ao credor.

são pessoas”, sujeitas às mesmas motivações, seja na vida pública, seja na vida privada, desconstruindo aquela visão clássica da Ciência Política de que o comportamento na vida pública se dá exclusivamente no interesse geral (compromissos sociais) e que na vida privada se dá de modo egoísta (compromisso individual).

Considerando que cada agente público é a unidade básica de análise, as consequências reveladoras do *déficit* orçamentário evidenciam o resultado de interações desses vários agentes públicos tomando decisões como pessoas comuns. Isso também remete à concepção da TEP de que o Estado não é um corpo orgânico separado da coleção de seus indivíduos (individualismo metodológico), rejeitando a visão de que os agentes governamentais procuram atuar exclusivamente em prol do bem comum ou do interesse público. Se o interesse da coletividade fosse, de fato, o objetivo único de muitos atores do Governo Estadual, possivelmente não haveria despesas sem registro contábil e dívidas no volume constatado nos dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 363/2019, 2019).

Importante anotar que em meio a esse descompasso entre o que o Estado gasta e o que arrecada por meio dos tributos cobrados dos cidadãos, com reflexos sobre o equilíbrio entre receitas arrecadadas e despesas realizadas, resta presente também a assimetria de informações entre o Estado e os contratados, porquanto os agentes econômicos (no caso, empresas) e políticos (Estado) não estão devidamente informados ou detêm diferentes quantidades e qualidades de informações, desconhecendo a realidade dos custos da saúde, de suas variáveis e da própria judicialização predatória. Esse desequilíbrio gera a baixa maximização racional da utilidade para melhor alocação dos recursos na sociedade dirigida à concretização das políticas públicas de saúde, deixando expostos os enormes custos de transação e a ineficiência estatal, além de externalidades negativas individuais e coletivas para os contratantes e a sociedade contribuinte. Tal situação amplia os custos sociais, inclusive para futuras gerações, diante das escolhas que terão que ser realizadas e as que terão que ser deixadas de lado (custos de oportunidade) para pagar a conta no futuro.

Para além das falhas de Governo no âmbito orçamentário e fiscal, promotoras de dívida pública na saúde, o que por si só já evidencia a aplicabilidade de vários pressupostos da TEP, também existem falhas de gestão entre os órgãos internos da SES, assim como entre esta Secretaria e as outras instituições envolvidas na judicialização da saúde, que comprometem o controle eficiente das demandas judiciais, ao afetarem o orçamento do Estado e os programas de assistência coletiva no campo da saúde estadual. E essas falhas se consubstanciam em boa parte dos dados da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020). Os dados conclusivos indicam que a SES não utiliza de forma sistemática indicadores e



diretrizes para avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos, devido principalmente à falta de normatização interna que estabeleça tais indicadores como parâmetros para a tomada de decisão no âmbito do Sistema de Saúde.

Esse imprescindível instrumental de dados também serve para a avaliação e o monitoramento das demandas judiciais na área da saúde, assim como para o planejamento e a execução da política pública. A Ciência de dados tem contribuído com ferramentas de medição sistemática para avaliação e monitoramento de informações, a exemplo dos indicadores de gestão, com o objetivo de maximizar a tomada de decisão. Os dados são a matéria-prima dos sistemas de informação. Aliás, a importância do registro de dados e sua transparência para avaliação e prognósticos ficou muito evidente na pandemia da Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2.

A análise de demandas ou de necessidades ainda não transformadas em demandas pela população, assim como a elaboração de programas e do arcabouço normativo necessário ao seu atendimento, estão relacionadas com o próprio papel do Estado de formular e implantar políticas públicas. Ora, a situação de deficiência na avaliação e no monitoramento das demandas judiciais de medicamentos, pelo menos no período auditado, pode conduzir à conclusão de desconhecimento concreto das demandas judiciais em que o Estado de Santa Catarina é réu e, conseqüentemente, perda relativa da capacidade de cumprimento de objetivos e metas, de análise de resultados e da qualidade de tomada de decisão por parte do Órgão Estadual.

Ademais, cria ambiente de incerteza e contribui para a litigância, gerando precedentes e mais litigância, o que coloca em dúvida o discurso de que apenas a judicialização tem afetado negativamente o orçamento estatal. Desse modo, ficam sem respostas indagações acerca do número de pessoas atendidas, curadas e falecidas, assim como dos montantes despendidos e dos resultados obtidos. A situação tende a se agravar em razão da descontinuidade que caracteriza o sistema de governança em todos os níveis no Estado.

A importância da utilização de sistemas de informação no setor público é reconhecida como fundamental para a tomada de decisão mais adequada no que respeita à formulação, à execução e ao acompanhamento de políticas públicas. A abordagem econômica indica que a implantação de sistemas que organizam e disponibilizam informações promove a facilidade do acesso e melhora a qualidade da gestão e o impacto das políticas públicas. O acesso à informação dá aos gestores públicos o melhor entendimento sobre os problemas a serem enfrentados, suas causas, seus efeitos sobre a população e sua inter-relação com aspectos

externos, além de promover a transparência, conforme apontado por Paiva e Freitas (2017, p. 185-186).

Desse modo, quanto mais bem informado estiver o tomador de decisão, maiores chances terá de conseguir atuar no sentido do interesse público desejado. Ademais, a falta de indicadores que permitam mensurar e avaliar a judicialização predatória também afeta a avaliação dos resultados das próprias políticas públicas adotadas pelo gestor da pasta. A coleta, o armazenamento e a divulgação de informações, de forma contínua e monitorada, são essenciais para avaliar o desempenho da política pública, a partir dos resultados concretos produzidos em seus destinatários, assim como facilitam o exercício do controle social. Se não houver organização de informações para acompanhar o alcance das políticas públicas, fica difícil avaliar se as metas previstas estão sendo alcançadas e o que, de fato, está acontecendo ao longo do tempo, a fim de manter ou alterar a intervenção estatal.

Independentemente do modelo de decisão a ser tomada, o ambiente de incerteza demanda do gestor buscar o máximo de informações para poder decidir.<sup>140</sup> É uma obviedade afirmar que sem informações ou dados não se tem elementos para a tomada de decisão racional. Qualquer órgão ou empresa que atualmente desconsidere a utilização de *softwares* e sistemas informatizados voltados à organização de informações para a execução de suas finalidades institucionais está fadada a sair do mercado. A tecnologia reduz custos de transação e isso não é novidade para o gestor público. Quem demanda judicialmente contra o Estado acaba tendo mais informações do que o próprio gestor, de modo que as assimetrias de informações são decorrentes de seu comportamento maximizador de alguma utilidade, possivelmente não apenas o interesse público, até porque tal situação resulta em ineficiência da máquina estatal e externalidades negativas, entre as quais a redução de recursos do próprio orçamento da pasta da saúde em razão de demandas predatórias e até mesmo de fraudes. Não se pode olvidar também de que o paciente tem maior conhecimento de sua condição e da doença que lhe aflige, situação que pode levá-lo até a interpor ações judiciais de forma estratégica frente ao desconhecimento de informações por parte do gestor público.

São diversos os estudos (WANG, 2015, p. 617-641; CHIEFFI; BARATA, 2010, p. 421-429; CAMPOS NETO *et al.*, 2012, p. 784-790) que apontam que a judicialização também tem sido utilizada por alguns agentes na sociedade como estratégia de acesso facilitado a

---

<sup>140</sup> Importa anotar que a CRFB/88 consagrou tanto o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII) quanto os deveres de publicidade e de prestação de contas por parte dos gestores (art. 37, *caput*, § 3º, II e § 8º, II; art. 49, IX; art. 84, XI e XXIV e art. 74, I e II). Acesso à informação proporciona transparência na gestão da coisa pública ao jurisdicionado.

medicamentos sem registro na ANVISA, ou ainda não incorporados ao SUS, e até mesmo como forma de lançar ou expandir a participação de determinado medicamento no mercado, a exemplo de grupos de interesse representados por indústrias farmacêuticas, que estreitam suas relações com médicos, advogados e organizações sociais de defesa de pacientes, pressionando o Sistema de Saúde.<sup>141</sup>

As fragilidades identificadas nos dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) no controle de óbitos realizado manualmente, assim como nos mecanismos de identificação de fraudes, irregularidades e conflitos de interesses relacionados à judicialização de medicamentos e tratamentos de saúde no âmbito do Estado são um bom exemplo e podem ser resultado da deficiência dos sistemas de informação e da ausência de procedimentos de rotina de cruzamento de dados e do próprio comportamento de seus agentes. A ausência de mecanismos adequados de detecção e prevenção de falhas por parte da SES aumenta a possibilidade de que recursos públicos sejam desviados de suas finalidades, como também salientado na auditoria, gerando ineficiência na alocação de recursos para políticas públicas determinadas, custos de oportunidades, conflitos de interesses e incentivos à judicialização da saúde.

As deficiências nos sistemas informatizados parecem ser um ponto bastante importante para justificar a governança imperfeita sobre as demandas judiciais e a ineficiência de articulação do Sistema de Saúde. Em que pese a importância dos sistemas informatizados utilizados pela SES - o Sistema de Medicamentos Judiciais (MEJUD), o Sistema de Gerenciamento de Materiais e Serviços (SGM<sup>2</sup>) e o Sistema de Controle de Medicamentos (SESMED) - para obtenção de informações sobre o estoque de medicamentos e a relação entre pacientes e medicamentos, as inconsistências de preenchimento manual no banco de dados do MEJUD, a ausência de automatização na extração de informações, a falta de campos específicos para a inserção de informações acerca de bloqueios ou sequestros de valores, alvarás, contracautelas e as falhas de sincronização entre os sistemas trazem como consequência a redução da fidedignidade dos dados que servirão de indicadores de gestão e de controle eficaz

---

<sup>141</sup> Exemplo emblemático é o de fraudes ligadas à judicialização de medicamentos para doenças raras, como o Soliris®, nome comercial do eculizumabe, considerado um medicamento “órfão”. Tal designação está associada a fármacos desenvolvidos para tratamento de doenças que proporcionariam pouco retorno econômico sobre o investimento em pesquisa e desenvolvimento realizado pela indústria farmacêutica ou detentores de patentes, possivelmente em razão da baixa prevalência ou incidência da doença na população. Segundo Caetano *et al*, em 2017 o Ministério da Saúde realizou auditoria no processo de compra desse medicamento, constatando que, das 414 pessoas que possuíam decisões judiciais para receber o fármaco em 2017, 28 não foram localizadas, 5 não residiam no endereço informado; 6 se recusaram a prestar informações, 13 já tinham falecido e que cerca da metade dos pacientes não apresentava provas de diagnóstico da doença (CAETANO *et al*, 2020).

sobre a judicialização, imprescindíveis para a qualidade da tomada de decisão.<sup>142</sup> No caso, não basta apenas a existência de sistemas informatizados de qualidade, mas também de dados e informações de qualidade e incentivos para que os agentes do Governo utilizem as informações em benefício da coletividade.

Tal situação não se mostra apenas produtora de assimetria de informações, mas reveladora de que, se os seus agentes estivessem imbuídos tão somente do interesse público, possivelmente as falhas de Governo não seriam tão acentuadas. Ainda que se possa aventar que nem todas as falhas de gestão identificadas correspondam necessariamente a falhas de Governo, grande parte delas se ajusta aos pressupostos econômicos da TEP.

A propósito das inconsistências e fragilidades identificadas nos sistemas da SES, vale anotar a existência do Sistema S-Codes, desenvolvido pelo Governo do Estado de São Paulo (inclusive, vencedor do Prêmio *Innovare* em 2013) e disponibilizado, gratuitamente, aos Estados e Municípios brasileiros pelo Ministério da Saúde, que tem por finalidade controlar e gerenciar as demandas judiciais diminuindo os seus efeitos negativos sobre a gestão e os orçamentos públicos de saúde. A plataforma permite traçar as características da judicialização, considerando regiões, custos por categoria e produto, autores, incidência de doenças, medicamentos, procedimentos, dados de possíveis ilícitos, entre outros elementos, o que seria fundamental para enfrentar as deficiências identificadas nos sistemas de gestão da judicialização da saúde no Estado. No entanto, conforme indicam os dados do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), não havia implantação do Sistema S-Codes até aquele momento (2018), embora um novo sistema para gerenciamento das demandas judiciais estivesse em desenvolvimento na SES: o SGS-Judicial.

A produção e organização de dados de forma incompleta ou incorreta gera informações incompletas e incorretas, induzindo os gestores a erro na tomada de decisão. Veja-se a constatação emblemática sobre a falta de mecanismos eficientes de controle de estoque de medicamentos demandados judicialmente. O fato de os sistemas MEJUD, SESMED e SGM<sup>2</sup> não possibilitarem o controle do estoque em tempo real nas Regionais e nos Municípios, assim

---

<sup>142</sup> A auditoria realizada pelo TCESC na base de dados da SES evidenciou inconsistências relacionadas ao preenchimento de cadastros e aos registros dos campos referentes a médicos e advogados nas prescrições cadastradas no sistema. Nos cadastros de prescrições encontrados na base de dados do MEJUD, do total de 72.774 prescrições analisadas, foram identificadas 28.146 (38,68%) prescrições sem registro de nome e OAB de advogados. Além das omissões, identificaram mais de 500 preenchimentos aleatórios nos campos “Advogado” e “Juiz” dos cadastros de prescrições, como “ccccc”, “dddd”, “jjjj”, “kkkk”, “ffff”, entre outros. Também foram encontradas 6.415 (8,81% do total de 72.774 prescrições analisadas) inconsistências em registros de nomes de médicos na base de dados do MEJUD, sendo 743 (11,58%) constando “vazio (Null)”, 2.423 (37,77%) constando “cadastrado sem receita médica”, 2.191 (34,15%) constando “cadastrado com CRM ilegível” e 1.058 (16,49%) constando “ilegível”.

como o sistema SGM<sup>2</sup> não emitir relatório que permita verificar o estoque mensal de meses já finalizados, mas apenas a consulta ao estoque atual, mostra-se revelador de grave falha de Governo no âmbito da SES, com enormes custos sociais para os beneficiários do SUS e incentivos para a judicialização predatória. Aliás, tamanha desorganização prejudica também um dos pontos mais importantes das políticas públicas, que é o da sua avaliação, momento em que são revelados os resultados alcançados como consequência da etapa de formulação da política pública de saúde. É justamente a etapa da avaliação que legitima a escolha política e a ação estatal, permitindo a análise crítica de sua própria atuação, bem como possibilitando a manutenção ou a correção de rumos para ações futuras.

Outro dado interessante extraído da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) diz respeito ao controle da dispensação de itens de saúde (medicamentos, insumos ou fórmulas)<sup>143</sup> adquiridos pelo Estado para atender às demandas judiciais. De acordo com o Anexo 1 do Anexo XXVII da Portaria de Consolidação n. 02/2017 do Ministério da Saúde, a assistência farmacêutica abrange seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização – nesta compreendida a prescrição e a dispensação – de medicamentos, insumos e fórmulas, que deverão estar disponíveis à sociedade, com base em critérios epidemiológicos. A prescrição guarda relação com o ato de definir o medicamento a ser consumido pelo paciente, com a respectiva dosagem e duração do tratamento, geralmente por meio da receita médica. Já a dispensação se refere ao ato profissional farmacêutico de proporcionar medicamentos ao paciente, como resposta à apresentação da receita.<sup>144</sup>

No ato de dispensação, que em regra se dá nos Municípios, ocorre a entrega do medicamento diretamente ao paciente (ou representante devidamente cadastrado) autorizado por receita médica, momento em que a Administração Pública emite recibo de dispensação de medicamento, que deve ser preenchido e assinado.<sup>145</sup> A partir de planilha gerada no sistema MEJUD com os itens de saúde, a GEJUD os encaminha, a cada 15 dias, para as Gerências

---

<sup>143</sup> O termo “medicamento” é tomado no sentido de produto farmacêutico com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico, conforme Anexo 1 do Anexo XXVII da Portaria de Consolidação n. 02/17 do SUS. A menção a “insumos” envolve absorventes, agulhas, lancetas, loções hidratantes, protetores solares, sabonetes, xampus, sondas e outros, enquanto o termo “fórmula” se refere a fórmula dietética infantil/pediátrica, dieta sintética, nutrição enteral ou parenteral, de acordo com o Anexo 1 do Anexo III da mencionada portaria.

<sup>144</sup> Embora a portaria mencione medicamentos, vale registrar que a dispensação também envolve insumos (ex.: lancetas para medição e canetas para aplicação de insulina) e fórmulas (ex.: fórmulas dietéticas para alimentação infantil).

<sup>145</sup> Ver arts. 78 a 81 do Anexo XXVIII da Portaria de Consolidação n. 02/2017. No caso de Florianópolis, existe uma particularidade, em que os servidores da GEJUD dispensam diretamente os medicamentos para os pacientes judiciais dessa cidade.

Regionais de Saúde, juntamente com a lista dos pacientes contemplados por decisão judicial e a lista de medicamentos. Os Municípios, por sua vez, retiram nas Regionais os itens de saúde e a cópia das listas.

De acordo com os dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), nesse ponto, identificou-se a falta de recibos de dispensação disponibilizados no sistema SESMED e precariedade das informações sobre contracautela<sup>146</sup> nos sistemas SESMED e MEJUD. Já em relação à precariedade das informações sobre contracautela foi identificado que esses sistemas não possuem ferramenta que possibilite o bloqueio de entrega dos itens de saúde judiciais a pacientes que não apresentam a contracautela, tampouco a emissão de alerta aos centros de dispensação (Gerências Regionais de Saúde) e à própria COMAJ para que atentem para a situação.<sup>147</sup>

A gestão do estoque dos itens de saúde adquiridos para atender às demandas judiciais é realizada pelos servidores da GEJUD, com suporte do *software* SGM<sup>2</sup>. No entanto, segundo os dados do Tribunal de Contas (Acórdão n. 522/2020, 2020), a SES reconhece que os sistemas MEJUD, SESMED e SGM<sup>2</sup> não possibilitam o controle do estoque em tempo real nas Regionais e nos Municípios, assim como reconhece que o Sistema SGM<sup>2</sup> não emite relatório que permita verificar o estoque mensal de meses já finalizados, mas apenas a consulta ao estoque atual. As Regionais de Saúde e os Municípios não dispõem de sistema informatizado do Estado que permita controlar o estoque atual e dos meses anteriores dos itens de saúde, sendo o controle realizado de forma manual, por meio das listas enviadas pela GEJUD quinzenalmente. Para o controle dos medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, o Estado disponibiliza o Sistema SISMEDEX para os Municípios e as Regionais de Saúde, possibilitando o controle *on line* daqueles medicamentos.

Um exemplo pode ser extraído dos dados da auditoria, por meio da qual se analisou a gestão do estoque judicial da SES em 2017 e se constatou que havia 1.646 tipos de itens de saúde adquiridos pela SES para atender às demandas judiciais, totalizando R\$ 123.988.235,37. Na amostra, verificou-se que os 20 medicamentos mais expressivos financeiramente representavam 56,36% (R\$ 69.885.588,50) do total de compras realizadas naquele ano para

---

<sup>146</sup> A contracautela se refere à apresentação da receita médica pelo paciente no período indicado nos protocolos e nas diretrizes terapêuticas.

<sup>147</sup> Nesse sentido, o verbete do Enunciado n. 2 da I Jornada de Direito da Saúde preconiza que: “Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida” (CNJ, 2014). E o verbete do Enunciado n. 03 do COMESC dispõe que: “Em caso de deferimento de liminar ou antecipação da tutela, é necessária a apresentação periódica do receituário médico, a cada três meses, ou em período menor, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de revogação da medida” (COMESC, Enunciados, 2019).

atendimento da judicialização. Além disso, constatou-se que o tempo de reposição, à época, não era suficiente para a manutenção do estoque dos itens de saúde mais demandados judicialmente.<sup>148</sup>

Reconhece-se que o controle do estoque mínimo dos produtos de saúde mais demandados não é algo simples, devido a judicialização ser individualizada, com variações de doses, substituições de medicamentos e, muitas vezes, com detalhamento da marca, circunstância que inclusive dificulta o processo de licitação (volume financeiro que não interessa a potenciais licitantes, exigência de marca que diminui as chances de obter o melhor preço etc.)<sup>149</sup>, causando descontinuidade no abastecimento de determinados insumos. Também não se despreza o fato de que a demanda por serviços de saúde ainda está relacionada à imprevisibilidade das doenças, situação que “gera incerteza e transforma informação e conhecimento em mercadorias”, assim como “a doença não constitui, apenas, um risco, mas está associada a um custo, expresso pela diminuição ou pela perda de capacidade de trabalho”, como afirma Mendes (2019, p. 51).

Contudo, a ausência de política de estoque de medicamentos que estabeleça ferramentas para gerenciamento de itens de uso contínuo ou de alta demanda pode evidenciar o comportamento de agentes do Governo que assumem o risco da ineficiência na aquisição e na entrega de medicamentos judiciais aos Municípios, podendo gerar as externalidades negativas de atendimento intempestivo das demandas judiciais, de sequestro de valores por descumprimento das ordens judiciais e de devoluções de medicamentos judiciais das Regionais e dos Municípios para a GEJUD, situações consideradas previsíveis.

Não é demais destacar que a formulação de políticas públicas de saúde pelo gestor deve ser baseada em evidências. Isso significa que o processo de tomada de decisão exige disponibilidade de informações fidedignas e de qualidade, ou seja, dados completos e capacidades analíticas. Pode-se afirmar que a ausência de dados ou indicadores confiáveis e a falta de transparência contribuem para o incremento da judicialização predatória no Estado Catarinense, dada a carência de informações técnicas disponibilizadas também ao julgador. E a

---

<sup>148</sup> Ao selecionarem os 100 itens de saúde mais demandados, em valor, em 2017, os auditores do TCESC constataram a seguinte situação em 14/06/2018: a) 30 itens de saúde com estoque zerado, com destaque para os medicamentos Omalizumabe 150mg/1,2ml, Rituximab 500mg e Bevacizumab 100mg; b) 65 medicamentos no Ponto de Pedido, dos quais 24 se encontram no prazo (30 dias) sem autorização de fornecimento emitida e 4 estão com estoque zero e sem autorização de fornecimento emitida; c) Ao se simular o Ponto de Pedido de 45 dias, 75 medicamentos passavam a se encontrar no período de Ponto de Pedido, sendo que 33 itens de saúde não possuíam autorização de fornecimento emitida.

<sup>149</sup> Em regra, a aquisição de medicamentos para atender às ordens judiciais contra o Estado é realizada por dispensa de licitação e entrega ao paciente, isso quando não efetuado pela sistemática de depósitos, como forma de cumprir os prazos judiciais.

transparência, que não se confunde com a confidencialidade dos dados, deveria ser muito mais do que disponibilidade e acessibilidade às informações públicas, deveria ser a própria justificativa das condutas dos atores do Estado envolvidos na execução de políticas públicas de alto impacto social, como é o caso da saúde. A ausência de consolidação de dados, sua conversão em informação e sua disponibilidade à sociedade, que permitam apoiar decisões estratégicas e aferir a qualidade da prestação dos serviços públicos (medicamentos fornecidos, gastos com a judicialização, número de pacientes atendidos, políticas públicas afetadas pela desalocação de recursos por decisão judicial etc.), compõem o cenário caótico em que se encontrava o Estado Catarinense nessa área no período analisado.

Percebe-se que a maior dificuldade do Governo do Estado no campo das políticas públicas de saúde está ligada às práticas de gestão, produção e organização de dados, de modo que o desafio é desenvolver instrumentos de monitoramento da execução e de avaliação dos impactos da judicialização, evitando-se o desperdício de recursos. A precária disponibilidade dos dados do Governo impacta negativamente a tomada de decisão do gestor, o controle da judicialização e dos recursos públicos, assim como a transparência e a eficiência das políticas de saúde no Estado Catarinense. Não há como o gestor avaliar as consequências de suas escolhas se suas tomadas de decisões não estão previamente estruturadas em indicadores e dados empíricos que suportem diagnósticos e soluções para os problemas em dado contexto. Cai por terra a possibilidade de avaliação de conformidade do resultado das políticas públicas com o que foi antes planejado.

Tal situação permite inferir que a judicialização da saúde não é a causa de todos os problemas da Administração Estadual nessa área, dado que existem graves falhas de gestão que podem ser concebidas como falhas de Governo, sob a perspectiva da TEP, além de comportamentos de agentes não necessariamente voltados para o interesse público.

### **3.4 Burocracia, custos de transação e externalidades na prestação de itens de saúde judiciais**

É notório o argumento de que a judicialização da saúde desorganiza o planejamento da Administração em relação às políticas públicas do setor, dada a necessidade de realocação de recursos, e de que a responsabilidade tende a ser atribuída ao juiz que determina à Administração Pública a entrega do bem jurídico pleiteado.<sup>150</sup> No entanto, costuma passar

---

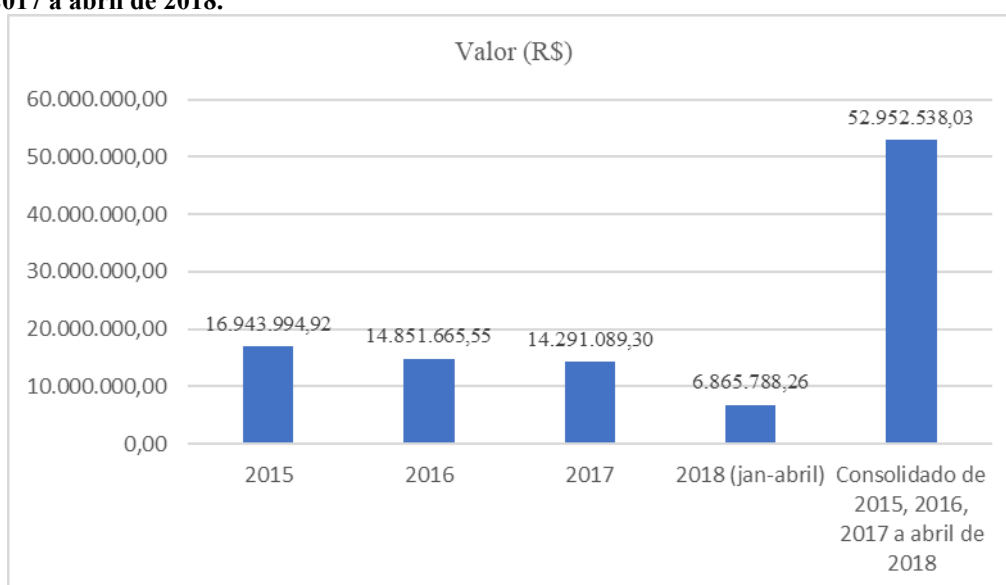
<sup>150</sup> Cabe o registro de que a alegada desorganização da gestão da saúde causada pela judicialização, segundo grande parte da literatura que discorre sobre o tema, não está imune a críticas, sob o argumento de que tal situação não é demonstrada empiricamente (FORTES, 2021, p. 231-233).



despercebida ou ignorada a noção de que o Estado também pode ser desorganizado na prestação jurisdicional de saúde à coletividade e o comportamento de seus agentes produzir externalidades negativas, situação que faz retomar a ideia da TEP de falhas de Governo, em reforço ao que foi anteriormente salientado.

Isso fica evidenciado nos dados da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) quanto à elevada quantidade de itens de saúde devolvidos. Verificou-se que de 2015 até o mês de abril de 2018 o montante em itens de saúde adquiridos para atender a demandas judiciais propostas contra o Estado e que foram devolvidos pelos Municípios à Administração Central da SES correspondeu a R\$ 52.952.538,03. Considerando o período de 2015 a 2017, houve uma devolução média anual em torno de R\$ 15 milhões. Os valores anuais podem ser visualizados no Gráfico 3:

**Gráfico 3: Valores relativos aos itens de saúde judicializados devolvidos nos anos de 2015, 2016, 2017 a abril de 2018.**



Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020 (gráfico adaptado).

Outro dado interessante apontado na referida auditoria diz respeito à comparação entre o valor total dos itens de saúde devolvidos pelos Municípios à SES, em 2017, e o valor total adquirido para atender às demandas judiciais no mesmo período. Nesse caso, demonstrou-se que foram devolvidos 11,53% (R\$ 14.291.089,30) do total adquirido (R\$ 123.988.235,37). A análise consolidada dos anos de 2015 a abril de 2018 demonstrou que 68,17% dos itens de saúde devolvidos nesse período foram provenientes de 10 cidades, conforme descrito na Tabela 1:

**Tabela 1: Demonstrativo das 10 cidades com o maior volume de recursos devolvidos em itens de saúde judicializados à administração central no período de 2015 a abril de 2018.**

Cidades	2015 a abr./2018 (R\$)	População	Devoluções <i>per capita</i> (R\$)
Florianópolis	6.223.140,11	485.838	12,81
Criciúma	6.018.042,82	211.369	28,47
Itajaí	5.313.545,15	212.615	24,99
Chapecó	3.385.914,22	213.279	15,88
São José	3.247.723,93	239.718	13,55
Videira	3.150.518,76	52.066	60,51
Lages	2.525.818,20	158.508	15,93
Blumenau	2.470.904,59	348.513	7,09
Tubarão	1.943.481,54	104.457	18,61
Palhoça	1.817.881,23	164.926	11,02
<b>Total devolvido nas 10 maiores cidades</b>	<b>36.096.970,55</b>		
<b>Total devolvido nas 295 cidades</b>	<b>52.952.538,03</b>		
<b>% Total devolvido (10 maiores cidades/295 cidades)</b>	<b>68,17%</b>		

Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

Nos dados, chama a atenção o Município de Florianópolis em primeiro lugar entre as 10 cidades com o maior volume de recursos devolvidos em itens de saúde judiciais à Administração Central. Também ganham destaque os Municípios de Videira, Criciúma e Itajaí. Observa-se que Itajaí e Criciúma aparecem, depois de Florianópolis, como os Municípios com maior quantidade de recursos em itens de saúde devolvidos no período analisado, mesmo possuindo população em número bastante inferior.

Aliás, levando em conta os gastos com itens de saúde judiciais devolvidos à Administração Central e a população de cada Município, os dados da auditoria demonstram que não há uma relação proporcional, isto é, de que, quanto maior a população, maior seriam os gastos com itens de saúde devolvidos. Nesse sentido, vale salientar a quantidade de recursos devolvidos *per capita*, em que o Município de Videira devolveu o equivalente a R\$ 60,51 por habitante, no período consolidado de 2015 a abril de 2018, valor extremamente elevado e que o classifica como o primeiro nesse critério entre os 10 Municípios.

A questão mais relevante diz respeito aos medicamentos. Conforme demonstram os dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), entre os 20 itens de saúde (incluindo medicamentos, insumos e fórmulas) mais devolvidos em 2017, pelo critério de valor financeiro, encontram-se 13 medicamentos que estão entre os 20 mais adquiridos naquele ano pela SES para atender a demandas judiciais. Significa dizer que 65% dos 20 medicamentos mais devolvidos em 2017 estão entre os 20 de maior montante adquirido no mesmo ano. A ineficiência se agrava quando verificado que, além do elevado montante de

medicamentos devolvidos, nos anos de 2015, 2016 e 2017 foram incinerados o equivalente a R\$ 2.319.497,58 em medicamentos judiciais por prazo de validade vencido e R\$ 11.717,57 por conta de deterioração, totalizando R\$ 2.331.215,15 de perdas.

Ainda que ponderados os motivos das devoluções dos medicamentos, como suspensão de tratamento, óbito, mudança de posologia, suspensão de liminar e produto avariado, sobressai a ineficiência permeada pela burocracia e pela falta de consideração da escassez dos recursos, tendo em vista o orçamento limitado e já fragilizado pela própria judicialização. Além disso, ignoram-se as escolhas que deixaram de ser feitas, que representam custos de oportunidade, o desperdício de recursos públicos e o agravamento da judicialização predatória, enquanto externalidades negativas.

Aqui está fortemente presente a burocracia, na qual há ampla margem para a ação autointeressada, embora o desempenho dos agentes públicos não seja algo simples de mensurar, ao contrário dos agentes da produção do mercado, onde o sucesso é medido em lucro ou perda financeira. Esse aspecto da TEP se mostra importante para a análise da burocracia envolvida na execução das políticas públicas de saúde, especialmente se considerada a atuação dos seus agentes enquanto gestores e servidores no âmbito do Sistema Público de Saúde. Nessa linha de raciocínio, não se pode ignorar que a execução das políticas públicas se dá com amparo não só em legislações, mas também em procedimentos administrativos que envolvem diversos atores e instituições que interferem na eficiência e na efetividade do direito fundamental à saúde, assim como na sua judicialização.

Conforme sustentado pela TEP, os indivíduos são instrumentalmente racionais na escolha de suas ações para atingirem os objetivos pretendidos e que seus comportamentos são invariantes em relação aos ambientes onde fazem suas escolhas de acordo com o paradigma da escolha racional, ainda que o resultado dependa das restrições que caracterizam esses ambientes, entre as quais as monetárias, legais, institucionais ou relacionadas às informações disponíveis. É possível extrair dos dados que os atores do Sistema de Saúde, notadamente da SES, escolhem ou aceitam, por razões não identificadas, permanecer no *status quo* de ineficiência quanto a melhorias mais radicais para obtenção de informações e controle da predatória judicialização.

Sem dúvida, a situação poderia ser, pelo menos, minimizada com a adoção de sistemas informatizados que permitissem gerenciar o estoque nos Municípios e nas Gerências Regionais de Saúde, a dispensação de medicamentos judiciais, os pacientes beneficiados e as ações judiciais de medicamentos e tratamentos, o que daria ao gestor informações menos assimétricas para a tomada de decisão frente aos demandantes. Assim, a ação eficiente do Governo seria a

internalização ou eliminação dessas externalidades com a adoção de sistemas informatizados, de organizações menos burocratizadas e de comportamento de seus atores, de fato, dirigido à coletividade das pessoas, cujos efeitos são prejudiciais aos usuários do Sistema Público de Saúde, importando custos sociais, inclusive com reflexos para as gerações futuras.

Em meio aos escassos recursos, percebe-se que a assimetria de informações gera tomadas de decisões com custos de transação enormes, já que o descontrole ou a ineficiência na gestão aumenta o risco de prejuízo aos cofres públicos, além de contribuir com externalidades negativas para os beneficiários do SUS (muitos deixarão de obter insumos e serviços, afetando o seu bem-estar), com a ineficiência do sistema e os incentivos para a judicialização não desejada. Pode-se afirmar, dadas as evidências, que todas as irregularidades constatadas pela auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) são geradoras de consequências que correspondem a externalidades negativas, além de indutoras de assimetria de informações não apenas para o próprio gestor, como também para os contratantes e os destinatários das políticas públicas de saúde no Estado de Santa Catarina.

Daí a importância do reconhecimento de que os Governos falham quando da tomada de decisão para políticas públicas em benefício da coletividade. É por meio das políticas públicas de saúde que o Governo melhora preventiva ou curativamente a saúde e aumenta o bem-estar individual<sup>151</sup>, com reflexos sobre a coletividade, já que os seus benefícios ultrapassam os benefícios que as pessoas individualmente obtiveram.<sup>152</sup> Para tanto, é preciso haver efetiva estrutura de incentivos dentro dos próprios órgãos de saúde, que começa pela racionalidade na produção e gerenciamento de dados ou informações sobre as demandas judiciais.

Considerando que as situações reveladas nos dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) representam como consequência o desconhecimento, por parte da SES, da realidade das demandas judiciais de medicamentos e tratamentos de saúde contra o Estado, é crível inferir que esse cenário afeta a sua capacidade de gestão do problema e a qualidade da tomada de decisão, tendo em vista as ações corretivas e preventivas que poderiam ser adotadas. As assimetrias de informações no âmbito do Governo Estadual se somam às deficiências existentes na forma de articulação entre as Instituições envolvidas no fenômeno da

---

<sup>151</sup> Partindo da premissa de que o bem-estar individual é representado pelo grau de satisfação de cada pessoa, indicado pela utilidade, a noção de bem-estar social, típica da Economia do bem-estar, corresponde a uma função do bem-estar de todos os indivíduos (WOLKART, 2020, p. 156).

<sup>152</sup> Cite-se, por exemplo, certa política pública de prevenção ou o tratamento de determinada doença infectocontagiosa, em que a cura de uma pessoa impede a propagação da doença para outras (externalidade positiva).

judicialização do acesso a medicamentos, como entre a SES e a PGESC, na medida em que repercutem na dificuldade de subsidiar quem atua na defesa do Estado com informações relacionadas ao cumprimento das determinações judiciais.

A carência de subsídios fidedignos fornecidos pela SES à PGESC pode resultar, como externalidades negativas, na possibilidade de bloqueio<sup>153</sup> desnecessário de recursos públicos, afetar o controle dos valores sequestrados por meio de ordens judiciais e, até mesmo, dificultar as chances de ressarcimento de recursos devidos ao Estado pela União naquelas demandas judiciais em que ambos são réus, tendo em vista a exigência do Ministério da Saúde de comprovação dos procedimentos de dispensação, ou seja, da efetiva entrega do medicamento ao paciente.

Não havendo controle adequado sobre os valores sequestrados, a SES não tem como conhecer a real destinação dos recursos, inclusive prejudicando a devida liquidação<sup>154</sup> das despesas oriundas dos bloqueios, assim como a regularização orçamentária e contábil dos valores tomados judicialmente e a fidedignidade das demonstrações contábeis e dos resultados orçamentário e patrimonial. Essas consequências podem ser consideradas externalidades negativas que incrementam a judicialização predatória, considerando a dificuldade de o gestor administrá-la e enfrentá-la. Para se ter uma ideia, quando do julgamento das contas de Governo do Estado referentes ao exercício de 2017 (TCESC, Processo PCG 18/00200720, 2018), foi apontado que nesse período havia R\$ 46.516.728,32 em gastos oriundos de sequestros judiciais de valores de contas bancárias do Governo, com a finalidade de custear ações e serviços públicos de saúde. Além disso, restou assentado que era recorrente a não regularização orçamentária e contábil dos valores apreendidos judicialmente na Administração Estadual e que tal prática refletia diretamente na correta evidenciação das demonstrações contábeis, assim como na apuração dos resultados orçamentário e patrimonial.

Dos dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) se observa que a SES não realizava de forma eficiente e efetiva o controle dos valores sequestrados ou bloqueados, essencialmente devido às falhas nos sistemas utilizados para o acompanhamento das ações

---

<sup>153</sup> A determinação de sequestro de verbas públicas para satisfação do direito pleiteado ainda é objeto de controvérsias doutrinárias (ESPINOZA, 2015, p. 4-6) em torno do argumento de que a Administração Pública também possui o dever de respeitar as normas constitucionais e orçamentárias e de dar cumprimento à execução das políticas públicas planejadas, diferentemente do que se tem percebido na jurisprudência. Nesse sentido, excerto de decisão do STJ: “Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação” (STJ, REsp 1069810/RS, 2013).

<sup>154</sup> A liquidação consiste na verificação do direito adquirido pelo credor (no caso, o paciente), tendo por base o título executivo (decisão judicial) e os comprovantes de prestação de contas (notas fiscais).

judiciais (MEJUD e SESMED), ainda que houvesse esforços empreendidos pela COMAJ no sentido de elaborar procedimentos operacionais de controle. Some-se a isso o fato de não haver regulamentação, por parte da SES, estabelecendo a responsabilidade da própria Secretaria de fiscalizar a prestação de contas dos valores bloqueados judicialmente.

Tal situação exerce forte impacto sobre as ações judiciais em que o Estado é demandado. Se o Estado Catarinense tivesse controle sobre as taxas de reversibilidade e de recorribilidade<sup>155</sup> acerca das ações judiciais referentes à saúde, poderia reduzir significativamente a assimetria de informações entre as partes, tornando mais eficiente a alocação dos recursos escassos. Implica dizer que, se as partes forem racionais e tiverem a maior quantidade de informações possível (transparência), será esperada a queda na taxa de recorribilidade se as partes tiverem mais informações sobre a baixa taxa de reversibilidade. Sem informações confiáveis e fidedignas não há como identificar as alternativas à disposição, realizar racionalmente as escolhas e as tomadas de decisões capazes de gerar os melhores incentivos e atingir os resultados pretendidos de forma eficiente, aproveitando ao máximo os recursos escassos.

Outro ponto de alta sensibilidade diz respeito às deficiências no controle dos ressarcimentos de valores devidos ao Estado pela União, extraídas dos dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020). Sabe-se que as ações e os serviços públicos de saúde prestados à população se orientam pela pactuação interfederativa de responsabilidades e de financiamento (arts. 7º, inciso XI, e 16 a 18 da Lei n. 8.080/90), o que inclui a conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não por outra razão, observa-se que a política de assistência farmacêutica é estruturada em três Componentes: Básico, Estratégico e Especializado.

É comum haver demandas judiciais no campo das prestações de saúde ajuizadas em face de litisconsórcio passivo entre os Entes Federados. Quando se dá a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, assumindo as atribuições que são tipicamente da União, em razão da repartição de competências do SUS, nasce para o Estado a possibilidade de ressarcimento. No âmbito da SES, é competência da COMAJ a execução das ações para ressarcimento dos valores despendidos em ações judiciais em que o Estado é condenado, mas

---

<sup>155</sup> A taxa de recorribilidade é dada pela razão entre a quantidade de recursos interpostos contra decisões judiciais pelo total de decisões proferidas, enquanto a taxa de reversibilidade é dada pela razão entre a quantidade de decisões judiciais revertidas pelo total de decisões recorridas de determinada instância ou órgão julgador. Para aprofundamento do tema, ver *in*: GICO JUNIOR, 2020b, p. 165-166 e 177-178.

que sejam de competência da União e dos Municípios (art. 3º, inciso I, alínea ‘c’, da Portaria n. 753/2011). O controle de ressarcimentos de valores feito pela SES, segundo a auditoria realizada em 16/06/2018 (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), evidencia-se na Tabela 2, que contém apenas os totais dos valores cobrados, ressarcidos e devidos, expondo-se o somatório dos valores de ressarcimentos referente a todo o período registrado, de 2007 a 2018.

**Tabela 2: Demonstrativo dos totais dos valores cobrados, ressarcidos e devidos pela União, de 2007 a 2018, elencados no relatório de ressarcimentos do MEJUD.**

<b>Relatório MEJUD (2007 a 2018)</b>		
<b>Valor cobrado</b>	<b>Valor ressarcido</b>	<b>Valor devido</b>
<b>R\$ 35.920.224,35</b>	<b>R\$ 12.911.531,82</b>	<b>R\$ 23.008.692,53</b>

Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

No entanto, considerando as deficiências nos sistemas informatizados da SES, a baixa confiabilidade dos dados extraídos, as dificuldades na comprovação da entrega de medicamentos pelo Estado e o precário compartilhamento de dados entre a SES e a PGESC, gerando insuficiência de subsídios ao Órgão defensor do Estado, era de se esperar como externalidade negativa também a existência de falhas no controle e na execução de ressarcimentos de valores devidos ao Estado pela União.

As fragilidades nos controles realizados pela SES também repercutem negativamente sobre a atuação da PGESC, responsável pela adoção das medidas de ressarcimento dos valores gastos pelo Estado e devidos pela União. Nesse ponto, mostra-se evidente a falta de articulação entre a SES e a PGESC no tocante à realização de ações conjuntas com o objetivo de elevar o montante de valores ressarcidos em decorrência das decisões judiciais para concessão de medicamentos.

Tais falhas parecem estar fortemente relacionadas aos comportamentos racionais adotados pelos agentes públicos na SES e na PGESC, por conta da falta de espaço de diálogo ou da articulação ineficiente entre essas Instituições. As consequências nada mais são do que externalidades negativas representadas pelo comprometimento dos devidos ressarcimentos de recursos ao erário estadual. Ademais, a ausência de devida compensação também pode acarretar a adoção de comportamento estratégico por parte de agentes oportunistas, inclusive estimulando outros beneficiários como os caronas (*free riders*) (por exemplo, Município que conta com investimentos em saúde feitos por Municípios vizinhos poderá investir menos em serviços de saúde). Aqui também está presente a crítica da TEP no que respeita ao interesse público aparentemente defendido pelos agentes do Governo. O comportamento de resistência dos agentes em adotar estratégia economicamente racional (extrajudicial e judicial) também

repercuta sobre a efetivação das políticas públicas de saúde no Estado, na medida em que contribui para o aumento da burocracia e da judicialização predatória.

### **3.5 A tomada de decisão coletiva e a articulação entre as Instituições Estatais por meio do COMESC e do NAT-JUS/SC**

A judicialização da saúde, como fenômeno complexo, revela que os impactos negativos não se dão apenas no Poder Executivo, mas também no Poder Judiciário. Sensível ao problema relacionado ao grande número de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, o CNJ elaborou diretrizes a serem seguidas pelos Tribunais Federais e Estaduais a partir da Recomendação n. 31/2010<sup>156</sup>, assim como instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Fórum da Saúde) e determinou a criação dos Comitês Executivos para coordenar e executar as ações de natureza específica e relevantes, por meio da Resolução n. 107/2010.

O Fórum da Saúde (Resolução n. 107/2010) é coordenado pelo Comitê Executivo Nacional<sup>157</sup> e constituído pelos Comitês Executivos Estaduais e Distrital (DF). Os comitês abrangem o Sistema de Saúde<sup>158</sup> e o Sistema de Justiça<sup>159</sup> e têm como finalidade estabelecer o diálogo institucional a partir de seus atores, em busca de soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional na área da saúde, incluindo a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania, e buscando prevenir a discussão judicial. O Comitê Estadual apresenta as mesmas atribuições do Comitê Executivo Nacional (Resolução n. CNJ 107/2010), com destaque para a proposição de medidas concretas e normativas com vistas à prevenção dos conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário (Resolução n. 238/2016).<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> A elaboração da recomendação levou em conta fatores como: elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; carência de informações clínicas prestadas aos juízes sobre os problemas de saúde; necessidade de prévia análise e registro da ANVISA para a comercialização de medicamentos no Brasil (art. 12 da Lei n. 6.360/1976, c/c a Lei n. 9.782/1999); reivindicações dos gestores para que fossem ouvidos antes de proferidas as decisões judiciais; e importância de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS.

<sup>157</sup> O Comitê Executivo Nacional, com sede no CNJ, é integrado por um juiz auxiliar da Presidência, juízes com atuação na área, especialistas, por integrantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) e do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS).

<sup>158</sup> Compostos por gestores do Ministério da Saúde, das secretarias municipais e estaduais de saúde, médicos, farmacêuticos e gestores da medicina suplementar.

<sup>159</sup> Compostos por juízes de direito (federais e estaduais), membros do Ministério Público (federal e estadual), membros das Procuradorias (Estaduais e Municipais), Defensoria Pública (federal e estadual) e OAB.

<sup>160</sup> Cabe registrar, ainda no tocante ao apoio técnico, que o Código de Processo Civil (art. 156 da Lei n. 13.105/2015) prevê a prestação de assistência pericial aos magistrados, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.



O Fórum da Saúde foi criado no intuito de formular propostas para o problema da judicialização da saúde, que dentre as suas iniciativas se destacam as Jornadas de Direito da Saúde, que resultam na formulação de enunciados interpretativos para auxiliar os magistrados nas tomadas de decisões em matéria de saúde. As Jornadas ocorreram em 2014, com a aprovação de 45 enunciados, em 2015, com 22 e, em 2019, com a aprovação de 35 novos enunciados, cuja sistematização das práticas recomendadas pelo CNJ aos atores do Sistema de Justiça pode ser vista em Vieira (2020, p. 44-45).

O CNJ, por meio da Resolução n. 238/2016, atribuiu aos Tribunais de Justiça e Tribunais Federais a responsabilidade para, no âmbito de suas jurisdições, instituírem os Comitês Estaduais de Saúde a fim de prestarem auxílio na criação dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS). No Estado, o Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC), criado em 2012, busca concretizar os ditames dialógicos do CNJ previstos nas Resoluções n. 107/2010 e n. 238/2016, sendo composto de representantes do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde. Por ser formado por uma diversidade de atores, oriundos de Instituições distintas<sup>161</sup>, constitui importante espaço de gestão da judicialização da saúde. Por outro lado, por depender da atuação individual de seus membros, a substituição dos representantes institucionais pode eventualmente afetar os interesses nas tomadas de decisões e a consolidação desse espaço ao longo do tempo.

O papel do COMESC é monitorar os fatores envolvidos nas ações judiciais e buscar a solução dos conflitos na área da saúde. No âmbito das reuniões do Comitê são promovidos debates articulados com vistas à elaboração de enunciados e recomendações sobre temas comuns nas ações judiciais, em busca da uniformização de procedimentos a serem adotados pelos profissionais de saúde e do Direito, bem como da priorização da assistência à saúde, da organização do SUS e do desenvolvimento das políticas públicas para os destinatários do sistema.<sup>162</sup>

No âmbito do Estado Catarinense, mostram-se fundamentais os enunciados e as recomendações do COMESC, que sistematizam orientações com o objetivo de auxiliar os

---

<sup>161</sup> Fazem parte do COMESC a Justiça Federal e Estadual, o Ministério Público Federal e Estadual, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal de Contas do Estado, as Secretarias de Saúde do Estado e de Florianópolis, o Conselho de Secretarias Municipais de Saúde, a Defensoria Pública da União e do Estado, a Federação Catarinense de Municípios, o Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis, os Conselhos Regionais de Classe e outros segmentos do Poder Público, da sociedade civil e de comunidades interessadas que, voluntariamente, cumulam essa atividade com os seus respectivos trabalhos (COMESC, 2019).

<sup>162</sup> Enunciados e recomendações do COMESC podem ser conferidos no portal eletrônico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/programas/comesc>>. Acesso em: 28 out. 2019.

magistrados nas questões relacionadas às demandas judiciais da saúde e minimizar o problema. Na pesquisa publicada em 2019 (CNJ, 2019a, p. 138-141 e 164), constatou-se que havia pouca utilização dos enunciados interpretativos do CNJ pelos magistrados em suas decisões, razão pela qual se sugeriu a necessidade de fortalecimento do Fórum da Saúde, das Jornadas de Saúde e da ampliação da participação das partes interessadas na elaboração dos enunciados, incorporando-se “representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das associações civis, das universidades, dentre outros”, para que os enunciados se tornassem referências decisórias pelos juízes.

As normativas estabelecidas pelo COMESC, decorrentes da ação coletiva de seus membros, visam à maior eficiência e eficácia da tomada de decisão judicial. Os propósitos dos enunciados são para que o juiz e o gestor público tenham melhor noção dos custos sociais envolvidos, das externalidades negativas e dos incentivos criados com a demanda judicial. É possível aqui falar em equilíbrio entre os agentes tomadores de decisão individualmente considerados no âmbito do COMESC. Vale assinalar que no mercado político, sob a perspectiva da TEP, pressupõe-se haver equilíbrio na interação entre agentes maximizadores, pois, se o comportamento de todo indivíduo ou grupo é maximizador de alguma coisa, tal comportamento tende a impelir indivíduos ou grupos em direção a um ponto de repouso ou equilíbrio em que ambos se satisfaçam. Assim, as interações entre os agentes econômicos tendem ao equilíbrio, o qual persistirá enquanto não for perturbado por forças externas.

Todas as reuniões do COMESC realizadas entre 2016 e 2018 resultaram em atas<sup>163</sup> com deliberações sobre temas relacionados à judicialização da saúde no Estado e que servem de fundamento para a elaboração dos enunciados do Comitê. Tais deliberações não possuem força coercitiva, mas servem de balizas a juízes e gestores. Nota-se que todas as deliberações ocorridas no período foram adotadas de maneira unânime, considerando que cada membro racionalmente possui liberdade e preferências individuais para abordar ou trazer para debate determinado tema sob o seu ponto de vista. O consenso unânime representa autêntica tomada de decisão coletiva. A característica plural de ideias e busca por soluções dialogadas a partir da composição heterogênea dos seus atores, enquanto representantes de diversos órgãos públicos, tem sido importante para a troca de experiências. Eis aqui o aspecto positivo do individualismo, cuja soma das ações individuais representada pelo consenso supera eventuais conflitos de interesses.

---

<sup>163</sup> As atas do COMESC estão disponibilizadas no *site* do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.mp.sc.br/programas/comesc?ancora#enunciados>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Essa constatação revela a troca benéfica, que também pode ser explicada pela TEP. Partindo-se da premissa de que os valores sociais não existem independentemente dos valores individuais, o consenso ou a unanimidade consistiria na única possibilidade de se assegurar a troca benéfica. Daí a ideia de que a forma de administrar escolhas coletivas é confiar na regra do consentimento unânime, defendida por Buchanan e Tullock. Como já visto, a regra da unanimidade se baseia na crença subjacente de que um órgão com atuação fundada no consentimento voluntário unânime é mais legítimo. No caso do COMESC, é possível inferir a legitimidade da decisão coletiva. Por outro lado, a partir das atas analisadas, não foi possível observar se algum membro se manifestou (votou) no intuito de obstar a unanimidade e, assim, prejudicar a decisão coletiva, embora esta seja uma crítica aos pensadores da TEP.

O procedimento democrático induz à formação de consensos, mesmo havendo divergências acerca da concepção substantiva de cada indivíduo sobre o fato a decidir. Decisões tomadas a partir de procedimentos previamente constituídos e que ofereçam garantias para as relações dialógicas entre os indivíduos que compõem o grupo tendem a facilitar a obtenção de consenso. De qualquer forma, era de se esperar que o envolvimento de diversos atores nas deliberações, enquanto representantes de Instituições distintas, pudesse reduzir a assimetria de informações e melhor legitimar as escolhas adotadas e a tomada de decisão pelos juízes nas questões sobre fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, dada a pluralidade, a transparência e a participação social. Porém, considerando a intensidade da judicialização, o resultado prático não parece tão positivo como deveria ser.

Esse ponto também guarda relação com a troca de votos (*logrolling*), que está presente no processo de seleção política na maioria das democracias, ainda que pouco aceita pelo público em geral. Trata-se de situação comum observada no processo legislativo, em que os parlamentares, muitas vezes, votam em legislações que não gostam ou que não têm grande interesse em troca do acordo com outro parlamentar para votar em algo que lhes favoreçam. No presente estudo, porém, não se conseguiu identificar a troca de votos em sua essência entre os membros do COMESC.

Portanto, pode-se aventar que a edição dos enunciados do COMESC constitui o resultado que surge quando todos os membros do Comitê Estadual estão maximizando seus interesses para chegar à decisão coletiva (ponto de equilíbrio). Uma das forças externas perturbadoras desse equilíbrio tem sido a decisão judicial do juiz que ignora as normativas do COMESC. Além disso, se os juízes aceitassem/utilizassem as orientações técnicas do COMESC regularmente e se o auxílio prestado pelo Comitê estivesse à disposição de todos os juízes, haveria diminuição na assimetria de informações. Vale dizer, as orientações técnicas

visam justamente a fornecer informações adequadas ao juiz para a melhor tomada de decisão, já que estes possuem poucas condições para avaliar se o tratamento, do ponto de vista médico, está de acordo com as necessidades do paciente demandante.

Considerando que no âmbito do COMESC cada membro pertence a uma Instituição diferente, é possível vislumbrar que a decisão coletiva resultante em enunciados, ainda que convergente, pode partir de interesses individuais, ou seja, de cada agente participante aumentando sua utilidade própria ou em relação à Instituição Pública que representa. A TEP, cumpre lembrar, não necessariamente argumenta que todas as ações visando a influenciar as políticas governamentais são de interesse próprio, mas que é prudente assumir o interesse próprio como motivador das pessoas. Ser movido pelo interesse próprio não significa conceber as pessoas como sendo tão egoístas ao ponto de desprezarem os outros. As pessoas possuem valores, motivações e desejos e buscam maximizá-los. Conforme já salientado, mesmo o fato de uma pessoa querer ajudar outras pessoas constitui objetivo de servir aos próprios desejos ou aos próprios interesses. Por isso, assume-se que o interesse próprio é fator de motivação dentro do sistema governamental (fora do mercado). Isso reforça a ideia de que a TEP não busca, necessariamente, “menos” Estado, mas o “melhor” Estado, questão fundamental no que respeita à judicialização da saúde.

Além do COMESC, o Núcleo de Apoio Técnico (NAT-JUS) também possui papel relevante na articulação entre as Instituições Estatais. Em Santa Catarina, a implantação do NAT-JUS/SC se deu com o Convênio n. 174/2015, firmado entre o Estado, por meio da SES, e o Tribunal de Justiça. O NAT-JUS/SC é uma instância de caráter consultivo e que faz parte da estrutura da SES, instituído pela Portaria estadual n. 991/2015, substituída pela Portaria estadual n. 643/2017, e regulamentada pela Portaria estadual n. 1.034/2016, que estabelece suas atribuições, deveres e responsabilidades. Na mesma linha, foi também firmado o Convênio n. 4/2017 entre a SES e a Justiça Federal em Santa Catarina, a fim de que os magistrados daquela esfera de competência pudessem obter auxílio técnico especializado do Núcleo de Apoio. Ainda que vinculado à Consultoria Jurídica da SES, o NAT-JUS/SC não se propõe à defesa do Estado, procurando ser imparcial frente aos litigantes. Cuida-se, portanto, de instância de caráter consultivo, imparcial e destinada a fornecer subsídios técnico-científicos e prestar assessoramento aos juízes no Estado nas ações que pleiteiam atendimento de saúde no âmbito do SUS, a exemplo dos medicamentos.

O auxílio prestado pelo NAT-JUS/SC tem por objetivo subsidiar e assessorar os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal no Estado com informações, notas técnicas

e pareceres sobre medicamentos, insumos e tratamentos<sup>164</sup> para o enfrentamento qualificado do crescimento das demandas judiciais no campo da assistência à saúde junto ao SUS. O apoio inclui orientação aos juízes sobre os medicamentos padronizados no SUS, baseados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), na Relação Municipal de Medicamentos (REMUME), na Relação Regional de Medicamentos (REREME), na Relação Estadual de Medicamentos (REME), nas recomendações emitidas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), bem como sobre a eficácia e a eficiência no tratamento da doença ou a existência de outro medicamento com o mesmo princípio ativo ou já fornecido administrativamente pelo SUS.

Cabe, ainda, registrar que cada nota técnica do NAT-JUS/SC é elaborada com base no caso concreto do autor da demanda judicial a partir de suas comorbidades, tratamentos prévios e medicamentos pleiteados, devendo ser avaliada a sua utilização para outros casos semelhantes. Trata-se, portanto, de manifestação específica para determinado processo, tendo em vista a individualidade do paciente e seu histórico de saúde<sup>165</sup>, e que deve ser emitida no prazo de até 72 horas, conforme o convênio, não havendo expediente de plantão, a fim de propiciar aos magistrados acesso aos elementos para subsidiar suas decisões em tempo hábil.<sup>166</sup> Ademais, a atuação do NAT-JUS/SC não se confunde com perícias, tampouco as impede de serem realizadas.<sup>167</sup>

Em seu espectro de abrangência, segundo dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), até maio de 2018 o NAT-JUS/SC prestava apoio a 11 Comarcas estaduais (São José, Palhoça, Pomerode, Fraiburgo, Urubici, Gaspar, Itapema, Xanxerê, Jaraguá do Sul, Porto Belo e Sombrio), por meio do Convênio SES/SC-TJ/SC n. 174/2015.002, envolvendo 20 Municípios, assim como a 2 Varas Federais, sendo a de Itajaí, que envolve 9 Municípios, e a de Criciúma, que envolve 27 Municípios (Convênio SES/JF n.

---

<sup>164</sup> A COMAJ e a PGE têm acesso às notas técnicas e aos pareceres pelos sistemas e-SAJ e Eproc.

<sup>165</sup> Algumas notas técnicas do NAT-JUS/SC estão disponibilizadas no *site* da Justiça Federal da 4ª Região/Seção Judiciária de Santa Catarina. Disponível em:

[https://www.jfsc.jus.br/novo\\_portal/conteudo/servicos\\_judiciais/listaNotasTecnicas.php](https://www.jfsc.jus.br/novo_portal/conteudo/servicos_judiciais/listaNotasTecnicas.php). Acesso em: 15 mar. 2020.

<sup>166</sup> O assessoramento prestado pelo NAT-JUS/SC aos magistrados ocorre por meio da elaboração de notas técnicas, que consistem em estudos e levantamentos dirigidos ao caso concreto, conforme detalhado no Procedimento Operacional Padrão (POP) n. 03, da SES.

<sup>167</sup> As notas técnicas emitidas pelo Núcleo de Apoio Técnico não se confundem com perícia judicial, tampouco possuem poder decisório ou normativo-vinculante sobre o caso concreto consultado. Seu caráter é exclusivamente consultivo, visando a auxiliar os magistrados no exercício da sua atividade judicante. O núcleo também não possui competência para se manifestar sobre a procedência ou improcedência do pedido formulado pela parte, o cumprimento de ordem judicial, intimação ou notificação das partes envolvidas na demanda (HENRIQUE; MENDONÇA; BRAGA, 2018, p. 283-288).

4/2018).<sup>168</sup> Nesse cenário, a estrutura do NAT-JUS/SC representava uma cobertura de cerca de apenas 10% das Comarcas do Estado de Santa Catarina.

Os Núcleos de Apoio representam, em síntese, a necessidade de concretização de diálogo entre as estruturas institucionais envolvendo os distintos órgãos governamentais, como Executivo (Estadual e Municipal), Procuradoria Geral (Estadual e Municipal), Defensoria Pública, Ministério Público, Tribunal de Justiça, bem como as estruturas interinstitucionais abrangendo Câmara de Conciliação, Comitê Estadual de Resolução de Conflitos, Núcleo de Apoio Técnico, entre outros. Esse tipo de auxílio, como sustenta Schulze (2015b, p. 6), contribui no cumprimento de decisões judiciais, dadas as dificuldades e os obstáculos muitas vezes criados pelos demandados, na facilitação da defesa dos Entes Públicos, na simplificação do atendimento de demandas na Defensoria Pública, na facilitação da celebração de acordos e na produção de provas, com participação em audiências e emissão de pareceres.

Os dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) demonstram a análise da capacidade do Núcleo de Apoio a partir da disponibilidade de trabalho, da demanda e da produção dos profissionais que atuam na emissão de notas técnicas e ofícios, assim como de planilhas de controle do Núcleo em 2016 e 2017. Naquele momento, a estrutura do NAT-JUS/SC apresentava 19 colaboradores, sendo 2 médicos (estatutários) e 17 farmacêuticos (3 estatutários e 14 administrativo especial). Os dados demonstram, em síntese: a baixa utilização da capacidade de análise do NAT-JUS/SC (30% em 2016 e 58% em 2017); o apoio técnico prestado apenas a cerca de 10% das Comarcas do Estado de Santa Catarina; o atendimento de somente 3 das 10 cidades mais populosas do Estado (São José, Palhoça e Jaraguá do Sul); o não atendimento das Comarcas com maior número de processos (Florianópolis, Blumenau, Braço do Norte, Lages, Tubarão, Joinville, Chapecó, Imbituba, Brusque e Laguna); e o atendimento intempestivo às solicitações do Tribunal de Justiça (45% dos processos instruídos em 2016 e 77% dos processos instruídos em 2017 tiveram resposta em prazo superior a 72 horas).

Do ponto de vista econômico, os dados do período analisado revelam a ineficiência da prestação de serviços do Núcleo de Apoio e o desperdício de recursos públicos, tendo em vista a necessidade de conciliar a complexidade da matéria, a urgência da solicitação por parte do juiz para subsidiar a sua decisão e a condição de fragilidade do paciente demandante, vez que o atraso na prestação jurisdicional pode ter implicações mais graves para sua saúde. Não se ignora que a ampliação do Núcleo de Apoio envolve gastos, circunstância que exige a análise

---

<sup>168</sup> A distribuição geográfica das Comarcas estaduais abrangidas pode ser melhor visualizada em: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

econômica de custos, benefícios, eficiência e efetividade, orçamento, disponibilidade de servidores, estrutura física, além de dados mais completos sobre a real situação da judicialização da saúde em cada região e dos processos judiciais por Comarca no Estado. Contudo, como apontado nos dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), desde a sua criação o atendimento do NAT-JUS/SC foi ampliado de 2 para 11 Comarcas estaduais e mais 2 Varas Federais sem que houvesse registro, controle e avaliação da sua capacidade de atendimento.

Por pertencer à SES, pode-se afirmar que as evidências que afetam a estrutura e a capacidade operacional do NAT-JUS/SC são resultantes da falta de controle daquela Secretaria e da ausência de sistema informatizado próprio que permita o registro de todas as demandas e o acompanhamento de todas as atividades desenvolvidas pelo Núcleo de Apoio. As externalidades negativas geradas por tais comportamentos estão ligadas à impossibilidade de registrar, controlar e avaliar as demandas e a produção do Núcleo e de se estimar a estrutura adequada e suficiente para possível ampliação do assessoramento aos juízes das Comarcas não abrangidas pelo NAT-JUS/SC. E isso decorre, principalmente, do comportamento do gestor da Pasta da Saúde e de eventuais servidores, que resistem à adoção de práticas efetivas e eficientes que acontecem em outras localidades, a exemplo do Município de Joinville.<sup>169</sup>

Vale registrar que o CNJ, visando a disponibilizar mais um instrumento de auxílio para os juízes, criou o e-NatJus Nacional, resultado da parceria entre o CNJ, o Ministério da Saúde e os Hospitais Sírio Libanês e Albert Einstein. O serviço está disponível 24 horas por dia e se destina a dar suporte técnico aos magistrados de todo o País nas demandas judiciais relacionadas com a atenção à saúde com pedido de tutela antecipada. Poder-se-ia indagar se o e-NatJus Nacional compete com o NAT-JUS/SC no fornecimento de pareceres. Caso afirmativo, haveria o esvaziamento da atuação do Núcleo de Apoio estadual. No entanto, parece não ser esta a pretensão, pois o e-NatJus Nacional está voltado especificamente para os casos de urgência, enquanto os NAT-JUS estaduais podem ser demandados por urgência ou não. Ademais, os juízes podem demandar qualquer deles para melhor evidência científica para sua tomada de decisão judicial. Denota-se que são iniciativas que se somam. O desafio será manter a qualidade

---

<sup>169</sup> O exemplo positivo vem do NAT-JUS do Município de Joinville, criado pelo Decreto municipal n. 26.981/2016, ao utilizar o Sistema Eletrônico de Informações (SEI), responsável pela tramitação interna das ações judiciais naquele Município. O SEI permite obter relatórios automáticos de produção e tramitação de processos, além da análise de diversos aspectos como a produção da equipe, o volume de processos em curso e o tempo médio de tramitação de procedimentos internos. O NAT-JUS/Joinville, portanto, consegue monitorar dados e produzir indicadores financeiros, assistenciais e epidemiológicos relacionados à judicialização da saúde.

dos serviços técnicos no contexto de alta demanda. De qualquer forma, esse é um ponto importante que merece estudo específico e que foge do escopo da presente pesquisa.

Diferentemente do COMESC, não é possível inferir tomada de decisão coletiva no âmbito do NAT-JUS/SC, embora estejam presentes profissionais de diferentes áreas, entre os quais médicos e farmacêuticos, pois consta de cada nota apenas a manifestação técnica com considerações sobre o caso, descrição da doença do paciente, tecnologia solicitada, saúde baseada em evidências, considerações finais e referências, sendo ao final assinada em nome do próprio Núcleo de Apoio. Por serem manifestações estritamente técnicas, embasadas em referências bibliográficas e pesquisas científicas, há pouca margem para se vislumbrar uma ação autointeressada ou de troca, o que não impede a análise econômica de eficiência, efetividade e burocracia da atuação do Núcleo enquanto Órgão com finalidade de subsidiar a tomada de decisão do juiz.

Mas há outro ponto interessante de contribuição da TEP no que respeita às escolhas públicas feitas pelo COMESC e pelo NAT-JUS/SC. Sabe-se que tanto as escolhas públicas quanto as escolhas privadas são guiadas pelas mesmas motivações comportamentais dos indivíduos, de modo que a diferença está no fato de que no ambiente do mercado privado os atores racionais autointeressados fazem escolhas que afetam principalmente a eles próprios e experimentam pessoalmente as consequências (custos e benefícios), enquanto no ambiente do mercado político (público) os atores racionais autointeressados fazem escolhas que afetam em grande medida os outros, de modo que as consequências são compartilhadas com pessoas que podem suportar os custos sem se beneficiar. Portanto, parte-se do pressuposto de que no mercado privado os sinais de preços são bem definidos e as escolhas geram incentivos para os indivíduos tomadores de decisão (unilateral), enquanto no mercado público os sinais de preços são mal definidos e as escolhas geram incentivos para além dos tomadores de decisão (multilaterais). Aqui se pode inferir que as pessoas que se beneficiam nas escolhas públicas são os pacientes, os advogados, os laboratórios e, até mesmo, os juízes, enquanto as que suportam os custos ou pagam o preço são o Estado (SES), os Municípios e o próprio sistema do SUS com as políticas públicas.

Ainda sob a perspectiva da TEP, cabe ressaltar outro ponto interessante. Verificou-se no decorrer deste trabalho que na esfera governamental os principais atores são os agentes políticos, os legisladores, os eleitores, os servidores e os burocratas. No caso específico dos políticos, dos legisladores e dos eleitores, a análise possui relação com a demanda e a oferta de “lei” que se dá com o processo político, onde os eleitores e os lobistas são a demanda e os políticos, os legisladores e os burocratas funcionam como o lado da oferta. Paralelamente, é



possível entender que na demanda e oferta de enunciados normativos e notas técnicas produzidos pelo COMESC e NAT-JUS/SC, bem como pelo CNJ, que se opera no âmbito de decisões coletivas extrajudiciais, os pacientes, os advogados, os juízes e os laboratórios podem corresponder ao lado da demanda, já que suas condutas demandam normativas reguladoras, enquanto os atores-membros daqueles Órgãos Consultivos correspondem ao da oferta (produtores das normativas). Sendo assim, seria interessante demonstrar se nesse caso a demanda influencia ou pressiona a oferta e vice-versa, o que não foi possível no presente estudo.

### **3.6 Análise econômico-jurídica do comportamento dos juízes perante a judicialização da saúde no Estado**

O surgimento do Constitucionalismo Democrático, a crise da democracia representativa, a ampliação do rol de direitos fundamentais nas Constituições, a emergência dos direitos coletivos e suas ações garantidoras e as crescentes demandas da sociedade são alguns dos fatores que têm contribuído para a crise de legitimidade do Direito e de confiança nas Instituições Estatais.<sup>170</sup> Esse cenário de diversidade e dispersão de valores na sociedade plural contemporânea interfere na segurança do intérprete e julgador, possibilitando a pluralidade de perspectivas argumentativas e decisórias. Isso porque, consideradas individualmente, as pessoas possuem diferentes valores e interesses, inclusive sentidos de justiça. Assim, há que se reconhecer que as decisões judiciais são influenciadas por fatores jurídicos e extrajurídicos. Da mesma forma, órgãos, entidades e pessoas agem e reagem, buscando fazer valer seus direitos, interesses e preferências, seja por meios formais ou informais.

O rompimento do mito da neutralidade do julgador conduziu à necessidade de se considerar a pré-compreensão do intérprete, reconhecendo-se que “o juiz interpreta a norma a partir de seus juízos pré-elaborados de conhecimento, de valores e convicções cultivados pela sua existência no mundo”. Durante a interpretação da norma, o intérprete não se afasta de sua existência no mundo, mas associa-se à norma com sua pré-compreensão, afastando a ideia dedutivista de interpretação enquanto simples subsunção lógica do fato à norma (VERBICARO, 2017, p. 348).

Nesse contexto, acompanha-se Yeung (2020, p. 323) ao considerar que, se o Direito busca regular os comportamentos humanos e que a AED procura compreender os

---

<sup>170</sup> A despeito dos reflexos socioeconômicos de Constituições com amplo rol de direitos sociais, em pesquisa empírica realizada por Bodart e Yeung, os autores concluíram que Constituições mais extensas e com maior quantidade de direitos sociais não estão, necessariamente, correlacionadas a níveis mais altos de PIB *per capita*, capital humano, IDH ou expectativa de vida, havendo casos, inclusive, que a associação é negativa (BODART; YEUNG, 2019, p. 129).

comportamentos esperados, as suas consequências e os incentivos envolvidos diante das normas estabelecidas, entender as decisões judiciais como o principal “produto” dos Tribunais leva a estudar como os juízes julgam e o que explica a sua tomada de decisão.<sup>171</sup>

No campo da TEP, o Judiciário não é colocado fora do mercado político, pois atuaria da mesma forma que os outros atores racionais do Legislativo, do Executivo e do setor privado. Parte-se da premissa de que os juízes não buscam apenas solucionar os litígios da sociedade, preservar o Ordenamento Jurídico ou maximizar a ideia abstrata de justiça, já que, como atores racionais, também buscam maximizar prestígio, poder, promoção na carreira e preferências políticas, além de salários. Nesse sentido, a decisão judicial pode ser considerada resultante da combinação de fatores internos (como ideologia) e fatores externos (como pressões da opinião pública, mídia, grupos de interesse), embora mensurar empiricamente esses fatores e o impacto das decisões não constitua tarefa das mais fáceis (YEUNG, 2018, p. 2-4). Por essa perspectiva, as pressões do mercado político que afetam o Legislativo e o Executivo também afetam o Judiciário.<sup>172</sup>

A Teoria Econômica do comportamento dos juízes adota o modelo de utilidade judicial, em que os juízes são pessoas comuns e racionais, cujos comportamentos levam em consideração as suas experiências pessoais. Aqui sobressai, de plano, o questionamento sobre se a interpretação ampla dada ao direito à saúde pelo Judiciário é, na prática, comportamento de utilidade judicial e se pode ser explicado em termos de comportamento racional, oportunista, egoísta e não influenciado por pressões externas de agentes interessados.

Divergências teóricas à parte, a resposta parece ser afirmativa, pois, como quaisquer outros indivíduos, os juízes podem agir dessa forma o tempo todo respondendo a incentivos e a constrangimentos externos, sendo, portanto, também agentes interessados, tomando decisões em função de interesses variados. Isso não significa, necessariamente, afastar que, em alguns momentos, os juízes e outros agentes públicos possam tomar decisões apenas com base na Constituição, em normas legais ou precedentes e agir nesse sentido, mesmo que não seja vantajoso para si. De qualquer forma, quando os juízes decidem determinada questão no campo da concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, eles impõem custos à Administração

---

<sup>171</sup> Na mesma linha consignada por Arake e Gico Junior (2014, p. 166-178), defende-se que a abordagem dos juristas tradicionais parte do pressuposto de que o Direito é formado por normas, e destas devem ser extraídos o conteúdo e o alcance, enquanto a abordagem dos juseconomistas considera o Direito como “um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos”, ou seja, investiga causas e consequências das regras jurídicas para vislumbrar qual será o comportamento dos agentes (inclusive públicos).

<sup>172</sup> As pesquisas sobre o comportamento judicial são amplas, pois envolvem diversos campos de estudos interdisciplinares, como Direito e Economia (racionalidade, incentivos), Direito e Política (ideologia, classe social, concepções de mundo), Direito e Psicologia (viéses cognitivos, intuição), entre outros.

Pública, como a desorganização orçamentária, podendo atender a grupos de interesse organizados, como associações de pacientes, laboratórios farmacêuticos, advogados, entre outros.

Some-se a isso a circunstância de não haver evidências de que os juízes tomariam a melhor decisão em sede de políticas públicas do que os agentes públicos investidos dessa função, o que coloca em dúvida não apenas a legitimidade democrática, mas também a sua legitimidade essencial (MENEZES, 2015, p. 184). Fato é que, no exercício da microjustiça, os juízes não dispõem de condições técnicas para avaliar a realidade da Administração Pública de forma ampla, tampouco realizar escolhas diante de recursos escassos e demandas ilimitadas.

Os dados extraídos da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) não rejeitam essa hipótese. Quanto à percepção dos juízes sobre o assessoramento prestado pelo NAT-JUS/SC, a auditoria enviou questionário eletrônico para 404 magistrados, que restou respondido por 65 destes, cujos resultados são bastante relevantes. No tocante à atividade judicante em processos relacionados à saúde (especialmente medicamentos), 94% responderam que atuam nessa área, enquanto 4% responderam que não atuam.

Em relação aos juízes que atuam nas Comarcas atendidas pelo NAT-JUS/SC, verificou-se que dos 65 magistrados que apresentaram resposta apenas 12% informaram que são atendidos, enquanto 88% não são atendidos. Segundo apurado, dos 6 magistrados que responderam atuar em comarcas atendidas pelo NAT-JUS/SC, verificou-se que 83% requerem manifestação do Núcleo de Apoio e consideram as notas técnicas produzidas imparciais e com embasamento técnico suficiente para o seu convencimento. Além de apontarem que ainda é incipiente o apoio prestado pelo Núcleo, havendo grande demanda por ser atendida, os dados evidenciam que a maioria dos magistrados que atua na área da saúde não conta com o apoio técnico e, portanto, toma a decisão acerca de fornecimento de medicamentos a partir de suas próprias convicções, ressaltando-se que a decisão judicial constitui ato de regulação para o caso concreto e serve de referência a outros.

Dos dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) se extrai, ainda, o percentual de concordância das decisões judiciais com as notas técnicas emitidas pelo NAT-JUS/SC, a partir das planilhas de controle de demanda e produção do Núcleo de 2016 e 2017. Constatou-se que em 2016 houve 277 tecnologias demandadas, das quais houve concordância com as notas técnicas emitidas pelo NAT-JUS/SC em 74% dos casos. Em 2017, o percentual de concordância foi de cerca de 90% em relação a 439 tecnologias demandadas no período. Aparentemente, os percentuais de concordância denotam ser elevados. No entanto, considerando a finalidade das notas técnicas elaboradas a partir da medicina

baseada em evidências e o período de existência do Núcleo de Apoio, esse percentual deveria ser muito próximo de 100%, já que restaria pouca margem de discussão por parte do juiz quanto à indicação técnica fornecida, com fé pública, por profissionais habilitados e ao intuito de racionalizar as demandas judiciais no campo da saúde.

O questionário eletrônico formulado pela auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) e aplicado aos juízes também demonstrou que 40% (26) dos que responderam informaram não conhecer a atuação do COMESC. Daqueles que têm conhecimento, 65,79% (25) informaram que utilizam os enunciados e as recomendações publicados para subsidiar suas decisões nas ações relativas ao fornecimento de medicamentos. Os dados evidenciam o baixo percentual de magistrados que atua na área da saúde e que acolhe as recomendações técnicas do COMESC, criado para orientar a tomada de decisão dos juízes, o que reforça a convicção de que, em sede de fornecimento de medicamentos, boa parte das decisões são tomadas a partir das convicções individuais de cada um.

Pesquisas empíricas sobre a judicialização da saúde geralmente assinalam o desconhecimento ou certa rejeição a notas técnicas (XAVIER, 2018, p. 53-60), como é o caso daquelas emitidas pelos NATs. No estudo publicado pelo CNJ (2019a, p. 135-138), foi empreendido esforço para mapear as citações a NAT ou CONITEC nas decisões dos Tribunais do País em segunda instância. Os resultados percentuais para Santa Catarina foram de que as decisões de segunda instância que citam o NAT correspondem a 0,36% (4 decisões de um total de 1.102) e as de segunda instância que citam o CONITEC foram 0% (nenhuma decisão de um total de 1.102). Os dados evidenciam que o NAT é mais frequentemente citado pelos juízes do que a CONITEC. Isso pode ser indicativo de menor conhecimento dos magistrados sobre a própria política de incorporação de tecnologias ao SUS ou de maior confiança dos magistrados na competência dos técnicos do NAT para discutir a política de saúde. Fato é que grande parte das decisões judiciais sobre judicialização da saúde, em âmbito nacional, não menciona CONITEC, NAT, PCDT, RENAME, RENASES e REMUME, “o que pode significar certo distanciamento entre a política pública formulada e o Poder Judiciário”, segundo o CNJ (2019a, p. 64-69).

Desse modo, observa-se que os efeitos dissuasórios das recomendações, dos enunciados e dos pareceres de Órgãos como o CNJ, o NAT-JUS/SC e o COMESC sobre a judicialização da saúde em Santa Catarina são muito baixos. Nesse ponto, vale lembrar de que a postura não deferente do Poder Judiciário em relação ao direito social à saúde tende a se tornar ativista quando baseada em convicções íntimas e não balizada por limites de interferência nas políticas públicas, assemelhando-se ao Juiz Hércules, de Dworkin (2014, p. 404-405).

Embora no presente trabalho não se tenha analisado o teor das decisões ao longo do período (2010-2018) e, portanto, avaliado especificamente o percentual de citações de notas técnicas ano a ano e suas variações, é razoável inferir que essa situação reforça outros estudos (DOMINGUES; BARBOSA, 2018, p. 59-66) no sentido de que os juízes ainda costumam decidir acobertados apenas pelo art. 196 da CRFB/88 e pela Lei n. 8.080/90, muitas vezes presumindo que o Estado falhou em quase todas as demandas de saúde e desconhecendo a essência das políticas públicas de saúde. Percebe-se, de modo geral, que não são observadas as orientações contidas nos enunciados do CNJ e do COMESC, em especial aquelas relacionadas à fundamentação da petição inicial em critérios da medicina baseada em evidências (Enunciado 59 do CNJ e Enunciados 5 e 8 do COMESC)<sup>173</sup>, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, as competências das instâncias gestoras do SUS (Enunciado 6 do COMESC) e a comunicação entre juízo e gestor antes da apreciação de medidas de urgência (Recomendação n. 31/2010 do CNJ).<sup>174</sup>

A situação delineada revela certo grau de parcialidade dos juízes, que decidem sensibilizados pelo caso concreto da saúde, quando deveriam ser imparciais para legitimar a validade do processo. Nesse ponto, sobressaem evidências de maximização racional dos agentes da judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos. Acentua-se que o comportamento maximizador está ligado à racionalidade, que significa que um agente racional pode escolher alternativas disponíveis conforme o grau de satisfação proporcionado. Diante de alternativas de condutas possíveis ou conjunto de oportunidades, o agente optará em decidir por aquela que lhe for mais vantajosa, que lhe traga maiores recompensas ou benefícios, como bem-estar e outros interesses.

A maximização racional, portanto, está na ideia de que a conduta individual se orienta por uma ponderação racional entre benefícios e prejuízos, independentemente de envolver questões monetárias, bens materiais, obrigações morais, saúde etc. No caso, os atores do Sistema de Justiça (especificamente os juízes), ao ignorarem em grande medida as

---

<sup>173</sup> Na Medicina Baseada em Evidências são levados em conta os níveis de evidência hierarquizados de acordo com a qualidade metodológica e o grau de confiança dos estudos.

<sup>174</sup> Algumas indagações importantes, nesse ponto, como delineadas por Vieira (2020, p. 47), desafiam respostas: “Teria o Judiciário, mesmo contando com estruturas de apoio técnico, competência e legitimidade para se manifestar sobre o uso específico de tecnologias em saúde? Não estaria assim interferindo na formulação de políticas públicas? Não se criam, assim, dois processos decisórios, com fluxos e regramentos distintos, um que ocorre no SUS, que considera, além das evidências de eficácia, segurança e efetividade, as evidências sobre o custo-efetividade incremental da tecnologia demandada em relação a outras disponíveis e o seu impacto orçamentário; e outro que ocorre via Poder Judiciário, que considera apenas as evidências de eficácia e segurança? Ao se criar a via do Judiciário para acesso a tecnologias, não se está tratando desigualmente os pacientes acometidos pela mesma doença e agravo de acordo com o acesso ou não ao sistema de Justiça? As respostas para essas questões não são simples”.

recomendações do CNJ, COMESC e NAT-JUS/SC, escolhem racionalmente decidir à margem das sugestões daqueles Órgãos, que foram criados para auxiliar a tomada de decisão dos próprios magistrados. Aliás, os juízes deveriam se “amarrar ao mastro seguro” das recomendações dos órgãos técnicos, assim como Ulisses o fez para não se deixar levar pelo “canto das sereias”, para utilizar a metáfora de Elster (2009).<sup>175</sup>

Ainda que não se afaste a possibilidade de que em algumas situações as decisões sejam tomadas, de fato, em prol do interesse público ou de interesses outros, a TEP mostra que as pessoas que tomam decisões públicas são tão interessadas quanto qualquer outra pessoa, ou seja, as pessoas não se comportam de forma diferente quando estão no mercado de bens e serviços e quando influenciam as decisões governamentais. Tendo em vista o individualismo metodológico, as pessoas são diferentes, possuem valores diferentes, interesses diferentes, assim como existem grupos com interesses diferentes. No caso de Santa Catarina, embora os dados não permitam demonstrar concretamente, pode-se inferir que os juízes, mesmo em decisões monocráticas, como na primeira instância, tomam decisões no âmbito da judicialização da saúde da mesma forma que no âmbito das lides entre particulares, ou seja, atendendo às suas próprias convicções fundamentadas na lei, o que é evidenciado pelo desconhecimento/não aplicação dos enunciados do COMESC e das notas técnicas do NAT-JUS/SC. Essa postura também revela clara ofensa ao Princípio da Supremacia do Interesse Público<sup>176</sup>, que reclama atuação em prol da coletividade e é concretizado por meio de políticas públicas.

Denota-se, assim, que a decisão judicial que desconsidera critérios científicos e as diretrizes do SUS não é legítima. Do ponto de vista da Teoria Econômica, a situação pode ser enquadrada no campo da assimetria de informações, no qual os agentes econômicos não estão devidamente informados, porquanto desconhecem todas as preferências e variáveis existentes no mercado a fim de subsidiar a boa tomada de decisão. Significa, por exemplo, que se numa determinada transação alguma das partes tenha maior grau de informação do que a(s) outra(s), aquela mais informada obterá vantagem. No caso da judicialização da saúde, a assimetria de

---

<sup>175</sup> Referência ao mito de Ulisses, rei de Ítaca, em uma das passagens da “Odisséia”, ao enfrentar as adversidades em seu retorno para casa depois da guerra contra os troianos. Uma delas foi a viagem pela região do canto das sereias. Conforme rezava a lenda, todos os marinheiros que por lá passavam ficavam encantados com o canto das sereias. O problema era que, com isso, os marinheiros aproximavam demais os navios da costa rochosa e acabavam naufragando, sendo devorados pelas sereias. Sabendo disso, Ulisses decidiu ouvir o canto, mas sem colocar em risco seu navio e seus tripulantes. Para tanto, estabeleceu algumas regras, como a de mandar sua tripulação inserir cera nos ouvidos e acorrentá-lo ao mastro da embarcação, a fim de manter a tripulação e a si mesmo em segurança. A ideia central é de que as regras estabelecidas exercem restrições e autocontenção.

<sup>176</sup> Não se desconhece os debates e as pertinentes críticas dirigidas à supremacia do interesse público sobre o interesse privado (CRISTÓVAM, 2018; HAEBERLIN, 2017; SARMENTO, 2010b; DI PIETRO; RIBEIRO, 2010).

informações pode ser vista por parte do juiz, do paciente e do advogado, apenas para citar alguns. Se o juiz desconhece a organização da gestão, a legislação do SUS ou ignora as manifestações técnicas do NAT-JUS, do COMESC, da CONITEC e os Protocolos Clínicos, essa assimetria de informações pode beneficiar condutas oportunistas em prejuízo da Administração Pública e das políticas públicas de saúde. Isso repercute também na desigualdade de acesso aos medicamentos e à saúde, pois apenas se garante acesso privilegiado a determinada pessoa.

Nesse sentido, a compreensão do Poder Judiciário passa pelo conhecimento da estrutura de incentivos de cada juiz, assim como de suas relações interpessoais. Além disso, os juízes, de forma individual ou colegiada, também podem com suas decisões gerar tanto barreiras para novos litígios quanto incentivos para novas demandas. De outro lado, a compreensão do Poder Legislativo exige o conhecimento da estrutura de incentivos de Vereadores, Deputados e Senadores. Isso também vale para os servidores de cada órgão de Poder. Nesse ponto, compartilha-se com Gico Junior (2020b, p. 21) a assertiva de que “compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente porque deveriam fazê-lo”. Tal concepção é de fundamental importância até mesmo para identificar e separar a ocorrência de mera judicialização da judicialização da política e do ativismo judicial também no campo da saúde pública.

Sabendo-se que os agentes econômicos agem segundo os incentivos que recebem, em termos de custo-benefício, os postulantes (advogados e pacientes, por exemplo) podem se sentir incentivados a buscar cada vez mais a judicialização, considerando a probabilidade de sucesso da demanda. Isso porque, sob o ponto de vista da análise econômica, os custos do litígio para os litigantes otimistas são reduzidos à medida que suas expectativas de vencer a lide aumentam, enquanto para os litigantes pessimistas os custos são elevados, na proporção da expectativa de perda da lide. É o que se verá no próximo tópico.

### **3.7 Análise econômico-jurídica do comportamento dos litigantes da saúde no Estado e suas consequências**

Parte-se do pressuposto de que todos os envolvidos no processo judicial, sejam juízes, advogados, demandantes ou demandados, não são desinteressados. Como pontua Timm (2018, p. 45), os juízes se organizam em classes profissionais para melhorar suas condições salariais, os advogados, também associados profissionalmente, buscam melhorar suas condições no

mercado de trabalho, assim como as partes atuam ponderando custos e benefícios da propositura da medida judicial ou realização de acordo.

Qualquer indivíduo que busque satisfazer judicialmente sua pretensão, analisará de forma racional os custos e os benefícios da propositura da ação, sendo propenso ao ajuizamento sempre que o benefício esperado for superior ao seu custo. Nesse caso, o benefício que espera atingir é considerado pessoal ou privado, e não necessariamente social. Lembrando-se das lições de Shavell (2003, p. 2), a decisão judicial que delibera sobre o litígio pode apresentar benefícios de ordem particular e social, que nem sempre estão alinhados. O mesmo ocorre com os custos, que podem ser privados e sociais e nem sempre corresponderem. Portanto, o ajuizamento de determinada ação envolve benefícios e custos privados, suportados pelo autor, assim como pode produzir benefícios e custos sociais, suportados pela sociedade. No contexto da litigância, em regra, benefícios privados e sociais não se alinham da mesma forma que custos privados e sociais. Se o provimento judicial for favorável ao demandante, haverá mera redistribuição de riqueza, que passará do réu para o autor. O autor da ação leva em consideração apenas os seus custos privados, e não os custos sociais ou que o Estado irá suportar com o litígio. A implicação disso é que o demandante pode ser levado a ingressar com a ação mesmo quando os custos totais associados ao processo forem indesejáveis.

No campo da judicialização predatória da saúde pública, pode-se dizer, por exemplo, que quando o demandante ajuíza ação contra o Estado para fornecimento de medicamentos ou tratamentos não previstos nas políticas públicas do SUS, a riqueza (medicamento ou tratamento) auferida corresponde ao elevado benefício privado frente ao baixo custo para o autor, por um lado, e ao elevado custo social frente ao baixo benefício à sociedade, por outro. O desalinhamento entre os incentivos públicos e privados gerados com a judicialização, tanto no ajuizamento das ações quanto na prolação das decisões, impõe alto custo social, na medida em que os postulantes não consideram os benefícios e os custos sociais advindos do processo.

Observou-se no segundo Capítulo que a tomada de decisão sobre propor ou não a ação judicial constitui decisão com risco, já que o resultado de seu julgamento é incerto. Logo, o agente racional proporá a ação judicial se o benefício for maior do que o custo<sup>177</sup>, ainda que haja algum grau de incerteza, isto é, de probabilidade de procedência e de improcedência. Isso significa que a ação ajuizada terá um valor esperado positivo para o autor quando aquela condição for satisfeita. Do contrário, a ação terá um valor esperado negativo. Por sua vez, o réu

---

<sup>177</sup> A propositura da ação judicial impõe custos ao autor, como contratação de advogado, tempo de preparação da ação, pagamento de custas processuais, coleta de documentos, honorários de peritos, identificação de testemunhas, entre outros.



racional irá resistir somente se o benefício associado à resistência for menor do que o seu custo. Do contrário, o réu não cederá à pretensão.

Tendo em vista a jurisprudência favorável aos autores que pleiteiam judicialmente medicamentos e tratamentos perante o Estado, aliado ao benefício da assistência judiciária gratuita, é de se esperar que o valor da ação para os autores seja quase sempre positivo, valendo a pena a propositura da ação. Se o Estado, na condição de réu, valorizar a não propositura da ação judicial mais do que o autor valoriza a sua propositura, haverá excedente cooperativo (ainda que intuitivamente) a ser distribuído entre as partes e, portanto, possibilidade de acordo.<sup>178</sup> A decisão de acordar ou litigar costuma ser tomada pela parte e pelo advogado, razão pela qual torna-se fundamental compreender o comportamento e a estrutura de incentivos de todos os agentes envolvidos, inclusive as relações de agência (Estado-juiz, cliente-advogado).

A diferença entre litigantes que ajuízam ações em razão de evidente violação aos seus direitos e litigantes que ajuízam ações predatórias está nos incentivos que recebem das estruturas do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde. A estrutura atual de incentivos é incapaz de reduzir ou prevenir a judicialização excessiva ou mesmo predatória, pois as partes sabem que o percentual de sucesso na concessão do medicamento ou tratamento é quase 100%. Vale dizer, o Judiciário acolhe suas pretensões, o que agrava a situação de esgotamento do Poder Judiciário (Tragédia da Justiça) e prejudica a administração pública dos recursos da saúde com consequências negativas para o bem-estar social.

Os dados da judicialização da saúde em Santa Catarina dão uma amostra da situação. A auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), por exemplo, analisou os representantes do polo ativo de 28.501 demandas judiciais propostas no primeiro grau de jurisdição do Poder Judiciário de Santa Catarina, relacionados ao tema “judicialização da saúde”, no período de janeiro de 2015 a março de 2018, concluindo que o Ministério Público do Estado foi responsável por promover as ações (civis públicas e coletivas) em 14,3% (4.065), enquanto a Defensoria Pública estadual representou 22,2% (6.334) dos casos. Os demais representantes reunidos (advogados privados e advogados credenciados pelo Poder Público)

---

<sup>178</sup> Não é o objetivo aqui explorar as fórmulas matemáticas de todos os elementos envolvidos para o êxito da negociação cooperativa, em comparação com a litigância judicial, já que exigiria determinar os gastos de cada parte e as variáveis envolvidas, o que não é escopo do presente trabalho. Assim, mostra-se suficiente conceber que o valor máximo que o réu estaria disposto a gastar para solucionar o litígio de forma extrajudicial seria equivalente a função do que gastaria em caso de êxito da parte contrária judicialmente, ponderado pela alta probabilidade de procedência da demanda e pelos custos que potencialmente suportaria para litigar em juízo e fora dele (CARVALHO, 2018, p. 307-326). Trata-se da mesma lógica do contrato ou da troca voluntária observada na TEP, no que respeita ao cálculo racional levado em consideração na tomada de decisão (benefício esperado com a procedência da ação é superior ao prejuízo que suportará com a improcedência), ainda que de forma meramente intuitiva.

representaram 63,5% (18.102) das ações propostas. Nessa amostra, chamou a atenção o número de ações propostas pelo Ministério Público (4.065), por se referirem a ações civis públicas e ações coletivas. Conforme apurado, percebeu-se no período analisado a redução do número de ações propostas pelo Órgão Ministerial, de acordo com a Tabela 3:

**Tabela 3: Ações Civis Públicas e Ações Coletivas propostas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina entre 2015 e março de 2018.**

Órgão	2015	2016	2017	Jan-Mar/2018	Total
Ministério Público de Santa Catarina	1.563	1.299	1.010	193	4.065

Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

Já na pesquisa realizada com os dados fornecidos pelo TJSC, efetuada de maneira mais delimitada, especialmente em espaço temporal, assunto e polo passivo, a quantidade de processos autuados em primeira instância no Estado de Santa Catarina entre 2010 e 2018, com decisão liminar ou definitiva contra o Estado, isoladamente ou em litisconsórcio, envolvendo os assuntos mais prevalentes em matéria de saúde pública, foi de 24.968, somando-se apenas as categorias “fornecimento de medicamentos”, “tratamento médico-hospitalar” e “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”.

A quantidade de processos autuados por Comarca no Estado, entre 2010 e 2018, evidencia uma oscilação entre aquelas com maiores demandas. De acordo com os dados do TJSC, no ano de 2010 a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a de Tubarão, com 221 processos, enquanto as de Itapiranga, Itapoá, Lebon Régis, Pomerode e Turvo tiveram a menor quantidade de processos, cada qual com 1 processo. Em 2011, a Comarca de Tubarão se manteve com a maior quantidade de processos autuados, com 341 processos, enquanto as de Camboriú, Campo Erê, Descanso, Lebon Régis, Mafra e Modelo tiveram a menor quantidade de processos, cada qual com 1 processo.

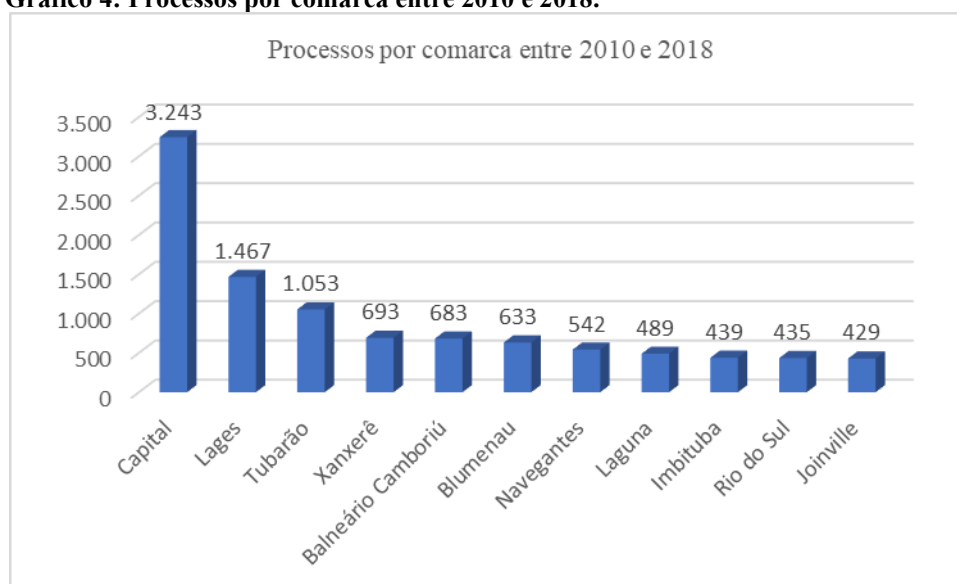
No ano de 2012, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a da Capital, com 226 processos, enquanto as de Dionísio Cerqueira, Garuva, Lebon Régis, Mafra e Tijucas tiveram a menor quantidade de processos, cada uma com 1 processo. Em de 2013, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a de Lages, tendo 263 processos, enquanto as de Anchieta, Campo Erê, Lebon Régis, Rio do Oeste e Rio Negrinho tiveram a menor quantidade de processos, cada uma com 1 processo. No ano de 2014, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a Capital, com 696 processos, enquanto a de Rio do Oeste teve apenas 1 processo.

Em 2015, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a da Capital, com 1.391 processos, enquanto as de Lebon Régis e São Carlos tiveram a menor quantidade de

processos, cada qual com 1 processo. No ano de 2016, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a da Capital, com 256 processos, enquanto a de Rio Negrinho teve apenas 1 processo. Em 2017, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a de Balneário Camboriú tendo 94 processos, enquanto as de Anchieta, Ascurra, Campo Erê, Campos Novos, Garuva e Itá tiveram a menor quantidade de processos, cada uma com 1 processo. E no ano de 2018, a Comarca com maior quantidade de processos autuados foi a de Lages, com 63 processos, enquanto as de Campos Novos, Capivari de Baixo, Cunha Porã, Garuva, Itapema, Itapiranga, Jaraguá do Sul, Lauro Müller, Meleiro, Seara e Turvo tiveram apenas 1 processo em cada.

O Gráfico 4 permite visualizar as 11 Comarcas com maior quantidade de processos autuados entre 2010 e 2018:

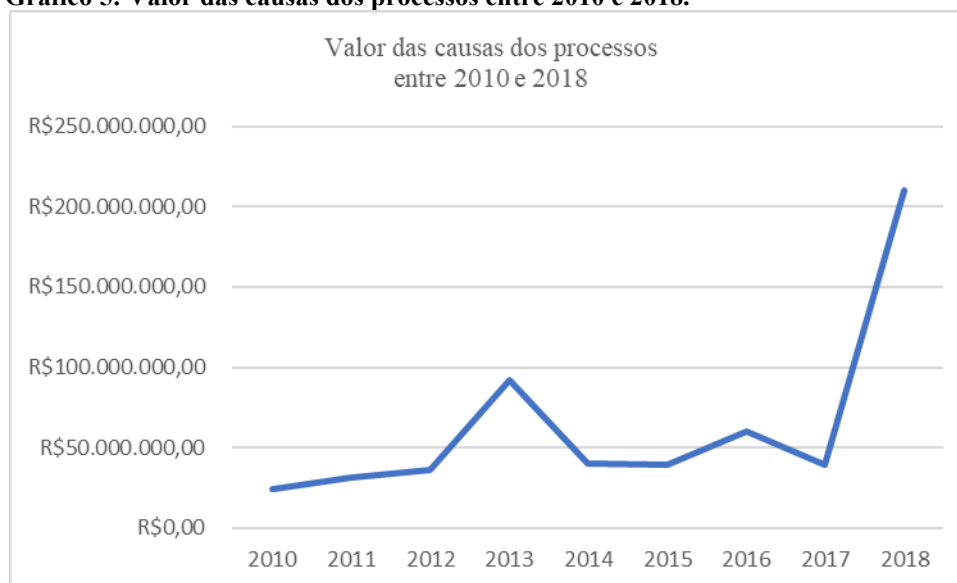
**Gráfico 4: Processos por comarca entre 2010 e 2018.**



Fonte: elaboração do autor.

Verifica-se, portanto, que as Comarcas da Capital, de Lages e Tubarão são as que apresentaram a maior quantidade de processos no período de 2010 a 2018.

No tocante ao valor das causas dos processos no Estado de Santa Catarina no período de 2010 a 2018, os dados do TJSC demonstram gastos totais nos montantes de R\$ 24.597.739,02 em 2010; R\$ 31.832.141,43 em 2011; R\$ 35.884.451,48 em 2012; R\$ 92.136.002,40 em 2013; R\$ 40.493.967,73 em 2014; R\$ 39.739.642,96 em 2015; R\$ 60.256.891,10 em 2016; R\$ 39.160.258,82 em 2017; e R\$ 210.165.829,82 em 2018. O Gráfico 5 demonstra mais claramente a oscilação desses valores:

**Gráfico 5: Valor das causas dos processos entre 2010 e 2018.**

Fonte: elaboração do autor.

Percebe-se que o ano com maior valor foi o de 2018, com R\$ 210.165.829,82, enquanto o de menor valor foi o de 2010, com R\$ 24.597.739,02. O aumento acentuado dos valores em 2018 se deve, em grande parte, à demanda ocorrida na Comarca de Lages, no montante de cerca de R\$ 127.260.000,00. Chama a atenção o fato de que o ano de 2018 apresentou o menor número de causas, porém, os maiores valores. Uma explicação para o aumento dos gastos sem o correspondente aumento do número de ações judiciais pode estar no crescimento no volume de aquisições de medicamentos importados, geralmente não fabricados no País e mais caros. Esses valores, cabe lembrar, dizem respeito apenas aos processos judiciais em primeira instância envolvendo concessão de medicamentos e tratamentos e tendo em vista a classificação do CNJ. Anota-se que não foi possível pesquisar detalhes das decisões nos autos.

Quanto à participação do Ministério Público Estadual<sup>179</sup> nessa pesquisa como parte ativa principal nos processos autuados entre 2010 e 2018, extraem-se dos dados comparativos entre a quantidade de processos e o ano que o Órgão Ministerial esteve presente, pelo menos, em 182 processos em 2010; 283 em 2011; 513 em 2012; 919 em 2013; 1.720 em 2014; 2.416 em 2015; 1.268 em 2016; 821 em 2017; e 586 processos em 2018. As evidências são de que o ano com maior quantidade de processos autuados foi o de 2015, com 2.416 processos.

<sup>179</sup> Os campos de preenchimento dos processos, nos quais foram realizadas as buscas textuais, apresentam variações, como Ministério Público de Santa Catarina, Ministério Público Estadual, Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Ministério Público e Promotoria de Justiça, não havendo uniformidade na designação do Órgão.

Considerando a participação por Comarcas, verifica-se que nos anos de 2010, 2011 e 2012 a Comarca com maior quantidade de processos autuados envolvendo como parte ativa principal o Ministério Público foi a de Lages. Já em 2013, 2014, 2015 e 2016, a Comarca com maior quantidade foi a da Capital. Em 2017 e 2018 foi a de Balneário Camboriú.

Levando-se em conta os valores envolvidos nos processos em que o Ministério Público Estadual atuou como parte ativa principal, no período entre 2010 e 2018, tem-se o montante de R\$ 648.816,30 em 2010; R\$ 1.114.058,90 em 2011; R\$ 2.482.619,20 em 2012; R\$ 3.466.927,80 em 2013; R\$ 5.181.359,10 em 2014; R\$ 3.799.633,60 em 2015; R\$ 6.312.924,20 em 2016; R\$ 8.045.086,10 em 2017; e R\$ 3.085.847,50 em 2018. Assim, tem-se que o ano com maior valor de causas foi o de 2017, com R\$ 8.045.086,10, enquanto o ano com menor valor de causas foi o de 2010, com valor de R\$ 648.816,30.

No que respeita ao valor das causas dos processos por Comarca envolvendo como parte ativa principal o Ministério Público para os anos de 2010 a 2018, tem-se os seguintes dados: No ano de 2010, a Comarca com maior valor de causa dos processos envolvendo como parte ativa principal o Ministério Público foi a de Rio do Campo, com o valor de R\$ 145.992,00. Em 2011, foi a da Capital, com o valor de R\$ 260.780,32. No ano de 2012, a Comarca com maior valor de causa dos processos foi a de Concórdia, com o valor de R\$ 574.331,39. Em 2013, foi a de Caçador, com o valor de R\$ 430.000,00. Em 2014, a Comarca com maior valor de causa foi a de Caçador, com o valor de R\$ 782.000,00. No ano de 2015, foi a de Ipumirim, com o valor de R\$ 647.266,00. Em 2016, foi a de Lages, com o valor de R\$ 1.397.690,54. Em 2017, foi a de Canoinhas, com o valor de R\$ 3.075.107,92. E no ano de 2018, a Comarca com maior valor de causa dos processos envolvendo como parte ativa principal o Ministério Público foi a de Navegantes, com o valor de R\$ 764.450,48.

Observa-se, assim, que o Ministério Público estadual, como parte ativa principal nos processos autuados entre 2010 e 2018, respondeu por 34% (8.708) do total de processos (24.968). Esses dados revelam um percentual relativamente alto.

Por outro lado, a Defensoria Pública do Estado participou como parte ativa principal entre 2014 e 2018 em, pelo menos, 6 processos em 2014; 12 em 2015; 18 em 2016; 9 em 2017; e 16 processos em 2018. Logo, tem-se que o ano com maior quantidade de processos autuados foi o de 2016, com 18 processos autuados. Considerando as Comarcas, a maior quantidade de processos autuados envolvendo como parte ativa principal a Defensoria Pública foi a de Joaçaba, em 2014, 2016, 2017 e 2018, e a Comarca da Capital em 2015.

Considerando o valor das causas dos processos envolvendo como parte ativa principal a Defensoria Pública nos anos de 2014 a 2018, tem-se o seguinte: R\$ 16.483,40 em 2014; R\$

395.989,40 em 2015; R\$ 135.080,84 em 2016; R\$ 11.988.240,84 em 2017; e R\$ 9.522.093,25 em 2018. Assim, observa-se que o ano com maior valor de causas foi o de 2017, com R\$ 11.988.240,84, enquanto o ano com menor valor de causas foi o de 2014, com R\$ 16.843,40.

Levando-se em conta o valor das causas dos processos por Comarca envolvendo como parte ativa principal a Defensoria Pública, tem-se que: No ano de 2014, a Comarca com maior valor de causa dos processos envolvendo como parte ativa principal a Defensoria Pública foi a de Joaçaba, com o valor de R\$ 9.240,00. Em 2015, foi a de São Lourenço do Oeste, com o valor de 282.771,72. No ano de 2016, foi a Comarca de Joaçaba, com o valor de R\$ 56.177,12. Em 2017, foi a de São Lourenço do Oeste, com o valor de R\$ 11.946.000,00. E em 2018, a Comarca com maior valor de causa dos processos envolvendo como parte ativa principal a Defensoria Pública foi a de Joinville, com o valor de R\$ 9.379.279,20.

Verifica-se, assim, que a Defensoria Pública do Estado participou como parte ativa principal no período entre 2014 (criação da DPE) e 2018 em 0,4% (61) do total (13.172) de processos. Evidencia-se percentual bastante baixo.

Os dados também destoam daqueles apontados pelo CNJ (2019a, p. 54, 57 e 128-135), cuja pesquisa realizada no período de 2008 a 2017 apontou que, em relação às principais partes envolvidas nos processos de saúde em primeira instância em Santa Catarina, a que aparece como principal parte ativa é identificada como “outros” (categoria resultante da agregação de vários nomes de pessoas físicas), compreendendo 20,94%, seguida do Ministério Público, com 10,15%. Já em relação às principais partes passivas, primeiramente figura o Estado Catarinense (35,95%), seguido de uma seguradora de consórcios (18,04%) e o Município (15,45%). No tocante às ações coletivas (incluindo ação civil pública, mandado de segurança coletivo e ação popular), demonstrou que em âmbito nacional apenas pequena parcela das ações era composta por ações coletivas, tanto em primeira quanto em segunda instâncias. Em Santa Catarina, o CNJ apontou na primeira instância (casos de tutela antecipada) 5,63% de ações coletivas (353 ações coletivas de um total de 6.271 ações) e na segunda instância 6,53% de ações coletivas (72 ações coletivas de um total de 1.102 ações).

A opção pela utilização de ações coletivas para a concretização do direito à saúde tende a apresentar como vantagem a preservação da isonomia, comparadas com as ações individualizadas. As ações coletivas propiciam que vários legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública, associações, entre outros) ajuízem ações em benefício de uma coletividade, evitando as propositura de ações individualizadas para situações idênticas, e proporcionam ganhos econômicos de escala. Ademais, buscam satisfazer as pretensões de todas as pessoas que se encontram na mesma situação de necessidade de saúde, benefício que

transcende o do(s) autor(es) da(s) ação(ões). Além disso, os custos dessas ações também tendem a ser menores, haja vista que os legitimados ativos costumam, geralmente, ser o Ministério Público e a Defensoria Pública. É bem verdade que a existência da ação coletiva não significa que a distribuição desigual dos recursos desaparecerá, vez que restará a quebra de isonomia entre o grupo representado pelo legitimado que propôs a demanda e outros grupos, com outras necessidades de saúde, mas que não submeteram seu pleito ao Poder Judiciário, tal como assevera Barcellos (2014, p. 178). Esse é o caso das associações representativas de pacientes que atuam em defesa de seus associados, ainda que por meio do Órgão Ministerial ou da Defensoria Pública.

A diferença significativa entre a quantidade de ações individuais e coletivas também remete a outras duas premissas fundamentais da abordagem econômica, especialmente no campo de estudos da TEP - a busca de privilégios especiais (*rent seeking*) e os grupos de interesse no acesso à medicamentos e tratamentos de saúde no Estado Catarinense. Dado que a busca de privilégios está relacionada à utilização de recursos com o objetivo de gerar renda econômica (obtenção de algum valor), proveniente de atividade que possui um valor social negativo, pode-se visualizá-lo na judicialização em questão enquanto possibilidade de que grupos de interesse (associações de indivíduos que buscam promover os seus interesses comuns) ou particulares (pacientes, advogados, indústria farmacêutica) possam persuadir governantes (gestores, servidores) e juízes a lhes conceder itens de saúde em forma de privilégios. A finalidade dos grupos de interesse é influenciar a tomada de decisão estatal em políticas públicas, como no caso da saúde, em busca de privilégios e atendimento de suas necessidades. A atuação dos postulantes, em grande medida, está relacionada com a captura de renda<sup>180</sup> e, conseqüentemente, com a não geração de riqueza na sociedade, já que pleiteiam determinado bem jurídico, que no caso em questão diz respeito a medicamentos e tratamentos de saúde. Não se desconsidera, evidentemente, que a atuação dos postulantes nem sempre se dirige à captura de renda, pois, há advogados (públicos, por exemplo) que não trabalham com litígios ou até trabalham no sentido de evitá-los.

---

<sup>180</sup> Porto e Garoupa (2020, p. 306-307) assim explicam o envolvimento do advogado com o processo de captura de renda: “a depender da forma de contratação, interessado nos eventuais honorários, sua atuação promoverá litígios. Se os seus honorários forem maiores quando houver disputas, abstraindo-se compromissos éticos e sob uma perspectiva econômica, dificilmente ele orientará seus clientes a resolver os conflitos de maneira amigável. O advogado seria um (mero) intermediário interessado na captura de uma renda criada pelos litígios”. Não havendo disputa, ou seja, sendo a solução consensual, é provável que as partes não desembolsem muito dinheiro com honorários, evitando o recolhimento de custas e emolumentos judiciais. “Caso, no entanto, seus honorários dependam do litígio (ou sejam maiores face à sua existência), dificilmente um advogado, quando procurado por um cliente, incentivaria a realização de um acordo”.

Considerando que a pesquisa priorizou dados com a participação do Estado no polo passivo principal (exclusivo ou em litisconsórcio) das demandas judiciais para fornecimento de medicamentos e tratamentos, observa-se que a quantidade de processos autuados envolvendo como parte passiva principal o Estado de Santa Catarina entre os anos de 2010 e 2018 está assim distribuída: 1.843 processos em 2010; 2.282 em 2011; 2.845 em 2012; 3.181 em 2013; 3.148 em 2014; 3.367 em 2015; 2.987 em 2016; 1.453 em 2017; e 883 processos em 2018. Logo, tem-se que o ano com maior quantidade de processos autuados foi o de 2015, com 3.367 processos. Vale lembrar de que os dados coletados do TJSC se referem a ações especificamente contra o Estado, que totalizaram 24.968.

Outro ponto importante coletado dos dados do TJSC foi sobre a concessão de liminar. Nos processos pesquisados (24.968) entre 2010 e 2018, pode-se constatar que em 4.324 processos houve concessão de liminar, em 51 processos houve concessão parcial e em 202 houve negação de liminar. As Comarcas com maior quantidade de concessões de liminares (total) foram a da Capital em 2010 e 2011; Lages em 2012 e 2013; Navegantes em 2014; Balneário Camboriú em 2015; Imaruí em 2016 e 2017; e Caçador em 2018.

Quanto à quantidade de processos em que houve julgamento improcedente nos anos de 2010 a 2018, observa-se que 1.568 tiveram julgamento improcedente, 1.184 procedente em parte e 7.743 procedente. Como nos demais processos não foi possível extrair as mesmas informações, o que parece estar ligado à situação dos processos em cada ano, os resultados colocam em dúvida eventuais conclusões sobre os achados.

Do total de processos (24.968), foi possível extrair a situação atual de cada um no período entre 2010 e 2018, conforme Tabela 4:

**Tabela 4: Situação atual dos processos no período entre 2010 e 2018.**

<b>Ano</b>	<b>Situação atual do processo</b>	<b>Quantidade de processos</b>
2010	Arquivado	1782
	Cancelado	3
	Em andamento	155
	Em grau de recurso	40
	Encaminhado a outro tribunal	239
	Suspense	18
2011	Arquivado	2300
	Arquivado administrativamente	4
	Cancelado	1
	Em andamento	171
	Em grau de recurso	75
	Encaminhado a outro tribunal	97
Suspense	25	
2012	Arquivado	2691
	Arquivado administrativamente	2
	Cancelado	4



	Em andamento	285
	Em grau de recurso	134
	Encaminhado a outro tribunal	75
	Suspensão	30
	Arquivado	2679
	Cancelado	2
2013	Em andamento	503
	Em grau de recurso	209
	Encaminhado a outro tribunal	191
	Suspensão	81
	Arquivado	1875
	Arquivado administrativamente	4
	Cancelado	21
2014	Em andamento	639
	Em grau de recurso	238
	Encaminhado a outro tribunal	638
	Suspensão	111
	Arquivado	1276
	Arquivado administrativamente	3
	Cancelado	28
2015	Em andamento	701
	Em grau de recurso	171
	Encaminhado a outro tribunal	1353
	Suspensão	97
	Arquivado	1750
	Arquivado administrativamente	10
	Cancelado	32
2016	Em andamento	1061
	Em grau de recurso	261
	Encaminhado a outro tribunal	156
	Suspensão	210
	Arquivado	779
	Arquivado administrativamente	3
	Cancelado	41
2017	Em andamento	632
	Em grau de recurso	79
	Encaminhado a outro tribunal	4
	Suspensão	67
	Arquivado	279
	Cancelado	18
2018	Em andamento	597
	Em grau de recurso	27
	Encaminhado a outro tribunal	5
	Suspensão	6

Fonte: elaboração do autor.

A situação dos processos no período de 2010 a 2018 evidencia que em cada ano sobressaiu a grande quantidade de processos arquivados e em andamento. Chama também a atenção o número de processos encaminhados a outro Tribunal no ano de 2015, possivelmente em razão do deslocamento de competência para a esfera federal. Quando se analisa a quantidade de processos por Comarca, sobressaem as cidades de Florianópolis, Lages e Tubarão, que não

necessariamente representam as cidades mais populosas do Estado. A despeito da quantidade de processos em andamento, poder-se-ia aventar sobre a sua incompatibilidade com a urgência do atendimento das demandas na área da saúde. Contudo, os dados não permitem maiores explicações, dada a falta de outros elementos, notadamente no que respeita ao conteúdo dos processos em questão.

Fato é que as ações judiciais no campo da saúde têm sido, em grande parte, decididas em favor dos demandantes individuais, situação que gera precedentes com baixo efeito dissuasório, aumenta a probabilidade de êxito e cria incentivos para ajuizamento de novas demandas. Já que as ações judiciais individuais são fortemente acolhidas pelo Judiciário, é razoável observar tais benefícios como transferência de renda significativa da população/coletividade para indivíduos ou grupos privilegiados, distorcendo as políticas públicas e a competição no mercado de medicamentos em prejuízo da comunidade em geral. Tendo em vista que os valores são geralmente elevados, o financiamento estatal de tratamentos leva à captura de recursos que deveriam ser aplicados em políticas públicas de saúde para outras pessoas, distorcendo a finalidade social do direito fundamental à saúde. Isso revela que o demandante individual se apropriou de recursos que seriam direcionados a outras pessoas. Por isso se dizer que um dos efeitos do *rent seeking* é a má alocação de recursos no mercado, vez que aqueles recursos que poderiam ser destinados ao desenvolvimento de novos produtos ou serviços, gerando riqueza, são subtraídos em benefício de determinado indivíduo ou grupo de interesse, prejudicando até mesmo os investimentos em bem-estar social com os escassos recursos da sociedade, além de aprofundar a desigualdade de acesso à saúde. Como assevera Dresch (2017, p. 94), “as ordens judiciais não aumentam a oferta de serviços, apenas violam a garantia de acesso igualitário”.

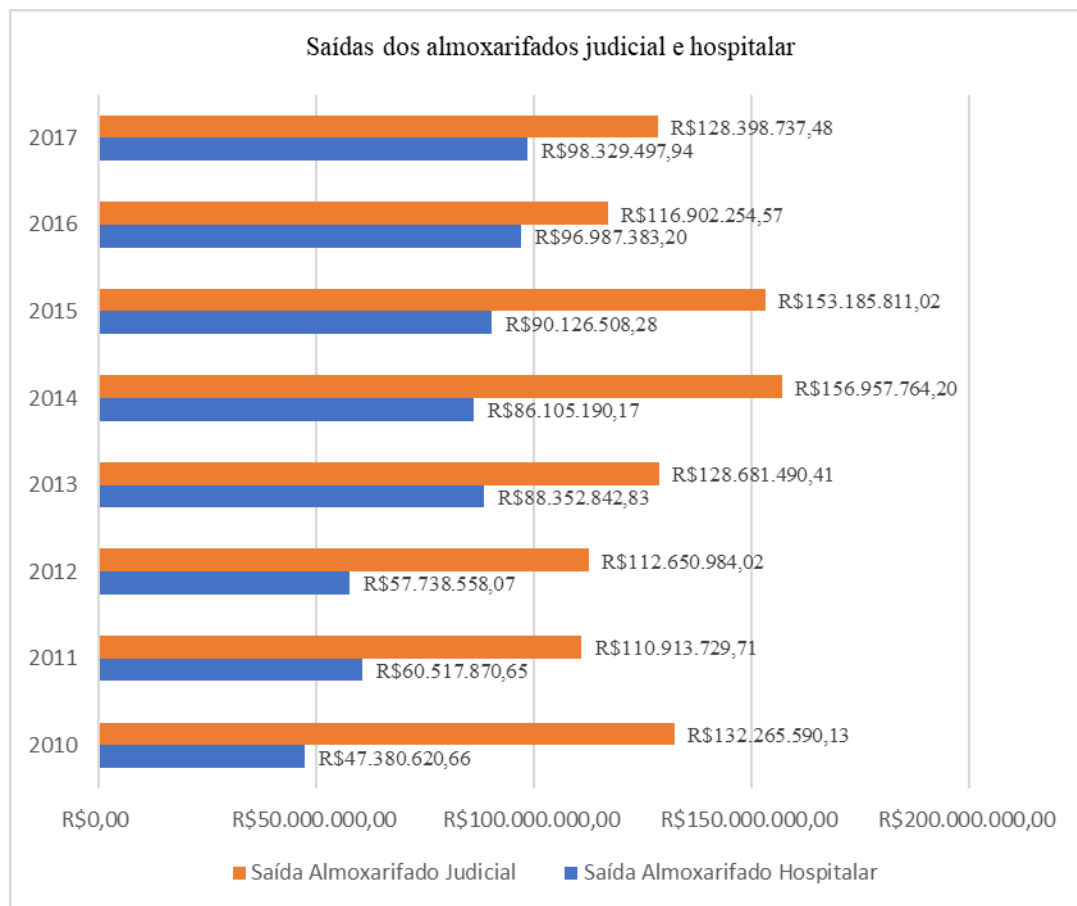
O comportamento do rentismo também implica que a obtenção de vultosos benefícios incentiva outros indivíduos e grupos de interesse a promoverem ações judiciais. Mostra-se relevante a proposta da TEP em lançar luzes sobre a existência de rentismo e grupos de interesse para além da esfera política, na medida em que outros atores também se organizam para defender interesses próprios, sejam pessoas físicas ou jurídicas, servidores públicos, médicos, advogados, juízes, empresas, indústrias farmacêuticas etc., desde que haja incentivos para se organizarem e influenciarem agentes do Estado (*lobby*). Outra consequência, inclusive injusta para os jurisdicionados, é o fato de que aqueles que ingressam no Poder Judiciário acabam “furando” a fila de espera do SUS e retirando o lugar daqueles que aguardam regularmente ser atendidos. Ainda se poderia trazer à tona o custo do processo. Não bastasse o gasto com a prestação de serviços, medicamentos, tratamentos e insumos, ainda há o gasto com a tramitação

do próprio processo judicial, considerando que em diversos casos o seu custo é bastante superior ao custo do medicamento ou tratamento judicializado. Acrescente-se, ainda, que a judicialização predatória da saúde pública também sobrecarrega o Poder Judiciário, tornando-o mais moroso e mais caro para a sociedade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado de Santa Catarina, em grande medida, também opera com a busca de privilégios, considerando que a concessão judicial de medicamento ou tratamento a determinado indivíduo retira a renda previamente garantida pelo gestor público a determinada coletividade. São, na verdade, benefícios individuais auferidos por meio de um custo coletivo. Adverte-se que não se desconhece a dificuldade e a complexidade da aferição precisa dos custos do *rent seeking* no âmbito dos mais variados indivíduos e grupos de interesse, até porque esses refletem, segundo Yeung (2018, p. 8), uma sociedade democrática e pluralista, geralmente possuindo fácil acesso ao Poder Judiciário, de modo que suas influências sobre as tomadas de decisões judiciais nem sempre são possíveis de explicar.

O dilema que os postulantes das ações impõem pode também ser percebido na comparação feita pela auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) entre as despesas de itens de saúde para atender às demandas judiciais entre 2010 e 2017, oriundas da Justiça Estadual e da Justiça Federal, e para atender os hospitais próprios do Estado. Segundo apurado, o contexto da judicialização da saúde no Estado de Santa Catarina, abrangendo as ações e os serviços públicos de saúde relacionados a medicamentos, insumos e/ou nutrição objetos de determinações da Justiça Estadual e da Justiça Federal, pode ser visualizado na comparação entre os valores despendidos para atender às demandas judiciais e as unidades hospitalares no Estado, a partir dos registros de distribuição do almoxarifado central, conforme Gráfico 6:

**Gráfico 6: Comparativo entre as saídas do estoque do almoxarifado hospitalar e do almoxarifado judicial no período de 2010 a 2017.**



Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020 (gráfico adaptado).

Os dados evidenciam que o fornecimento de medicamentos, insumos e fórmulas para atender às demandas judiciais (Justiça Estadual e Justiça Federal) alcançou o montante de R\$ 1.039.956.361,5, entre 2010 e 2017, enquanto, no mesmo período, o fornecimento para atender os hospitais próprios do Estado representou R\$ 625.538.471,80. Observa-se que os valores referentes às determinações judiciais oscilaram entre cerca de R\$ 110 milhões e R\$ 156 milhões de reais, por ano, destacando-se o aumento expressivo em 2014 e 2015. Os recursos destinados a atender as unidades hospitalares também oscilaram no período entre 2010 e 2017, de R\$ 47 milhões a R\$ 98 milhões, porém, em todos os anos foram inferiores àqueles destinados ao atendimento das determinações judiciais. Tal situação demonstra que as demandas judiciais concorrem pelos recursos que financiam o acesso a medicamentos ofertados a toda a população catarinense, incrementando outras desigualdades sociais relacionadas a saneamento básico, moradia, renda, educação, nutrição etc. que, direta ou indiretamente dialogam com a saúde.

A competição entre os recursos para atender os hospitais e para atender às decisões judiciais evidencia uma das premissas da abordagem econômica, a escassez, na medida em que se considera que os recursos são finitos. Se os recursos não fossem escassos (portanto, infinitos), não haveria motivos para discutir a alocação de recursos públicos na judicialização

da saúde, já que sobriariam recursos nos cofres públicos, tampouco se aventaria a questão da desorganização orçamentária do Estado e o prejuízo para as políticas públicas. Daí a necessidade de realizar escolhas diante das alternativas possíveis, em prejuízo de outras (custo de oportunidade), para a melhor alocação dos recursos. Aliás, o custo de oportunidade na judicialização da saúde tende a ser muito alto, porquanto os valores gastos com alguns indivíduos poderiam ter sido alocados para a execução de políticas públicas de saúde com ações e serviços destinados a tratamentos e redução do risco de adoecimento da população.

Nesse cenário, ainda que defensores das ações individualizadas possam ter legitimidade, os dados demonstram que somente a judicialização de forma coletiva e sobre descumprimento das obrigações de prestação de políticas públicas já planejadas, especialmente no âmbito do atendimento da atenção básica, pode incentivar a mudança do paradigma atual, que não ataca problemas como a falta de medicamentos, as longas filas de espera para consultas e cirurgias, a falta de profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, técnicos), a baixa quantidade de postos de saúde, equipamentos, entre outros.

A quantidade dos valores envolvidos na judicialização convida à necessidade de debater o retorno dessas despesas para a coletividade, porque a imensa maioria se destina a atender interesses individuais, que representam pouquíssimos beneficiários, comparado ao total de atendimentos prestados pelo SUS. Não por outra razão, a judicialização tem sido apontada como fator desorganizador das execuções de serviços de saúde e dos recursos orçamentários programados, exigindo dos gestores manobras orçamentárias que impactam negativamente a gestão das políticas públicas em saúde existentes dirigidas à coletividade.<sup>181</sup> Vale lembrar de que a CRFB/1988 (art. 167) veda o início de programas ou projetos não incluídos na LOA, a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes e a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra sem prévia autorização legislativa.

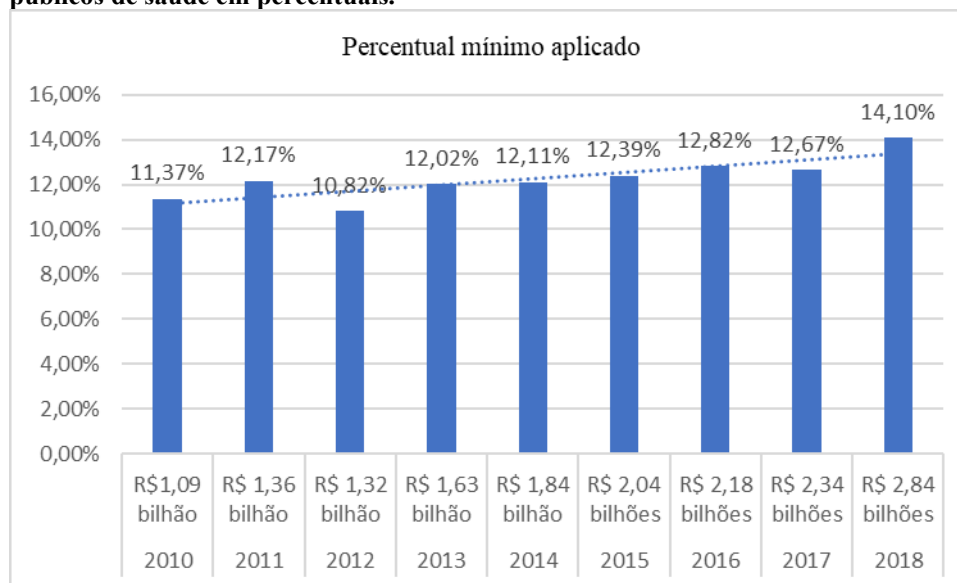
Por outro lado, é interessante anotar que essa propalada desorganização dos recursos orçamentários programados não aparece de forma tão transparente na aplicação do mínimo constitucional em saúde, mesmo diante das legislações que aumentaram, temporariamente, o

---

<sup>181</sup> Tome-se, como exemplo, o fato de haver Estados nos quais as demandas judiciais em saúde podem consumir mais da metade do orçamento da política de assistência farmacêutica. Situação ainda mais grave pode ocorrer nos Municípios de pequeno porte, em que as determinações judiciais para fornecimento de medicamentos de alto custo para um único paciente pode consumir parte significativa do orçamento de saúde.

percentual no Estado de Santa Catarina.<sup>182</sup> A análise dos pareceres prévios dos exercícios de 2013 a 2018 permite constatar que nesse período o Governo Estadual praticamente aplicou o percentual mínimo constitucional da receita de impostos e transferências em ações de saúde. O Gráfico 7 evidencia a evolução da aplicação desses percentuais:

**Gráfico 7: Evolução da aplicação da receita de impostos e transferências em ações e serviços públicos de saúde em percentuais.**



Fonte: TCESC, Processo @PCG 19/00311744, 2019 (gráfico adaptado e atualizado).

Constata-se no mencionado gráfico a oscilação no percentual com predominância de crescimento e que apenas os percentuais aplicados em 2010 e 2012 ficaram abaixo do limite mínimo constitucional (12%).<sup>183</sup> Logo, é possível afirmar que nesse percentual mínimo de cumprimento estavam inseridos os gastos com a judicialização da saúde, até porque a rubrica contábil não discrimina. Vale dizer, ao mesmo tempo em que as despesas com a judicialização impactam negativamente o orçamento, também contribuem para aumentar o percentual mínimo constitucional investido na saúde. Aqui igualmente se encaixam as falhas de Governo, já que é passada a ideia de que os percentuais investidos foram somente aplicados em benefício da

<sup>182</sup> Apesar de a CRFB/88 (art. 198, § 3º) e a Lei Complementar n. 141/2012 (art. 6º) estabelecerem que os Estados devem aplicar em ações e serviços públicos de saúde o valor mínimo correspondente a 12% do produto da arrecadação dos impostos, o legislador catarinense, por meio da EC n. 72/2016, deu nova redação à Constituição Estadual (art. 155) para fixar outros limites mínimos de gastos com saúde no Estado, de forma progressiva, como 13% em 2017, 14% em 2018 e 15% em 2019.

<sup>183</sup> Em 15/02/2018, o Governo do Estado ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF questionando a constitucionalidade da EC n. 72, que alterou os limites de gastos mínimos de aplicação de recursos com ações e serviços públicos de saúde. O Plenário daquela Corte, em 24/04/2019, decidiu pela inconstitucionalidade da citada Emenda Constitucional, que previa a aplicação de 15% da arrecadação Estadual na área da saúde no ano de 2019. No tocante aos percentuais de 13% e 14% de vinculação orçamentária previstos para 2017 e 2018, respectivamente, também questionados na ação, o Plenário, por unanimidade, decidiu pela improcedência da ação, afirmando que os orçamentos daqueles anos já haviam sido executados (STF, ADI 5897, 2019).

coletividade, quando, na verdade, também atenderam a interesses individuais de alguns pacientes que propuseram ações judiciais, inclusive de forma predatória.

### **3.8 A complexidade da judicialização predatória da saúde pública no Estado Catarinense**

Comumente, a judicialização tem origem na ausência de fornecimento administrativo de itens de saúde pelo Poder Público, em razão de falhas relacionadas à gestão do ciclo farmacêutico, como processo de compra, orientação ao usuário, avaliação técnica sobre o protocolo clínico, ou por não estarem registrados na ANVISA ou não incorporados aos protocolos do SUS. Este último aspecto é de grande relevância.

A análise dos dados da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) acerca dos medicamentos de maior custo judicializados em 2017 evidencia que, do valor total de medicamentos judicializados (R\$ 123.988.235,37), os primeiros 25 medicamentos em razão do custo, em conjunto, representaram 55,40% (R\$ 68.693.232,23) do total. Desses 25, apenas 6 estavam incorporados, representando 24% (R\$ 16.486.375,74) dos gastos com judicialização, enquanto 17 não haviam sido incorporados (68%) e 2 se encontravam em fase de incorporação (8%). Logo, infere-se dessa amostra que menos de 30% da judicialização no Estado Catarinense decorre do não fornecimento de medicamentos incorporados, significando que a judicialização predatória pode chegar a 70%.

O alto percentual de judicialização de medicamentos não padronizados em Santa Catarina não destoa tanto de outros Estados da Federação. Estudos da judicialização da saúde no Rio Grande do Sul demonstram volume de 58% de tratamentos deferidos judicialmente contra o Estado envolvendo medicamentos fora das listas dos SUS (NAUNDORF; CARLI; GOULART, 2018, p. 211-212). A partir de pesquisas desenvolvidas por Pepe *et al* e Figueiredo, Wang (2015, p. 619) colaciona que no Estado do Rio de Janeiro e na Capital as demandas desse tipo chegam a cerca de 80% e 92%, respectivamente. Ainda sobre a obrigação judicial de fornecimento de medicamentos não padronizados, já foram apurados percentuais de 79% (MACHADO *et al.*, 2011, p. 593) e 73% (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 218) de medicamentos para os quais havia alternativa terapêutica no SUS. Isso evidencia que a judicialização não resulta apenas das falhas da Administração Pública relacionadas a medicamentos ou insumos padronizados para a dispensação pelo SUS em hospitais e postos de saúde, mas, também (e principalmente) de pedidos de medicamentos não inseridos na política pública farmacêutica para dispensação regular (não incorporados ao SUS).

Tal situação também permite constatar a complexidade que envolve a judicialização predatória da saúde no tocante aos medicamentos, na medida em que se exige dos agentes do

Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça o prévio exame acerca do registro na ANVISA, da análise pela CONITEC, da aprovação de PCDT e Protocolo de Uso, da incorporação ao SUS, entre outros critérios, quando da formulação do pedido nas vias administrativa e judicial. Sabe-se que a disponibilização, pelo SUS, de novas tecnologias à população deve observância a critérios objetivos, pois, como adverte Xavier (2018, p. 53-60), “o Estado é responsável pela segurança e qualidade dos serviços prestados e, concomitantemente, está obrigado a evitar o risco de doença e outros agravos”, o que inclui o seu dever de “abster-se daquelas prestações que possam revelar-se danosas à população”. Isso demonstra que o que norteia as decisões do Ministério da Saúde no âmbito do SUS é a “medicina baseada em evidências”, e não a “medicina baseada na autoridade”.

Esse tende a ser o lado mais grave e polêmico da judicialização predatória da saúde pública, e não apenas no Estado de Santa Catarina, que diz respeito a despesas de milhões de reais de recursos públicos do SUS com medicamentos que não passaram pelo crivo da ANVISA para atestar a segurança e eficácia da substância, e depois serem incorporados, e que, portanto, nem poderiam ser comercializados no País. Considerando o prazo imediato ou exíguo para cumprimento da determinação judicial e a penalidade de multa e responsabilidade criminal pelo seu descumprimento, os gestores públicos acabam muitas vezes se socorrendo da contratação emergencial (art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93), na forma de compra direta, para promover a aquisição de medicamentos, insumos e serviços, sem a realização de procedimento licitatório, como hipótese de dispensa de licitação, muito embora não haja previsão legal expressa de contratação emergencial para cumprimento de decisão judicial. De qualquer sorte, a aquisição se torna, conseqüentemente, mais dispendiosa do que se fosse adquirida por meio dos trâmites legais comuns da licitação, além de intensificar as assimetrias de informações entre Governo e contratado.<sup>184</sup>

Vale citar, por exemplo, o caso da judicialização do medicamento Eculizumabe (nome comercial Soliris®)<sup>185</sup>, de alto custo e utilizado no tratamento de doenças raras, que custou ao

---

<sup>184</sup> Nesse ponto, acompanha-se o posicionamento de Nóbrega e Jurubeba (2020, p. 483-484): “*A licitação é um mecanismo de revelação de informações*. Ela existe porque há dificuldades de transmissão de informações entre os governantes e os particulares que poderiam ser contratados para suprir as necessidades do Estado. Do contrário, se as informações fossem livres, perfeitas e gratuitas, não haveria necessidade de certame licitatório, bastaria ao gestor público contratar diretamente o particular que melhor atendesse aos seus critérios de escolha. No mundo real, porém, sempre haverá uma assimetria entre o governo e os licitantes, de modo que a licitação é o mecanismo que o gestor lança mão para captar informações dos possíveis contratados e, só então, elencá-los de acordo com aqueles critérios de escolha”.

<sup>185</sup> A droga é utilizada para tratamento de duas doenças raras, denominadas de Síndrome Hemolítico-Urêmica Atípica – SHUA e Hemoglobínúria Paroxística Noturna – HPN. Conforme apontado por Xavier (2018, p. 53-60), “cada ampola de 300 mg da droga custa R\$ 20,8 mil reais (dados de 2016), e o uso médio por pessoa é de 3



Ministério da Saúde o equivalente a R\$ 2,44 bilhões, em aproximadamente 11 anos (entre março de 2007 e dezembro de 2018), adquiridos por dispensa de licitação em decorrência de determinações judiciais, já que não era registrado na ANVISA (CAETANO, 2020). Segundo pesquisa de Xavier (2018, p. 53-60), “o Eculizumabe representou, sozinho, quase metade dos gastos feitos pela União com aquisição de medicamentos (fornecimento direto)”.<sup>186</sup>

Em outro estudo, de âmbito nacional, foi constatado que os 10 medicamentos judicializados que representaram o maior gasto do Ministério da Saúde em 2018 foram: Eculizumabe (Soliris, incorporado em dezembro de 2018), Galsufase (Naglazyme, incorporado em dezembro de 2018), Idursulfase (Elaprase, incorporado em 2017), Alfagalsidase (Replagal, com decisão por não incorporação), Elosulfase (Vimizim, incorporado em dezembro de 2018), Atalureno (Translarna, que não recebeu registro em abril de 2019), Betagalsidase (Fabrazyme, com decisão por não incorporação), Alfaglicosidase (Myozyme, incorporação em análise após consulta pública), Nusinersen (Spinraza, incorporado em abril de 2019) e Metreleptina (Myalept, que não possui registro). Todos esses medicamentos são indicados para doenças raras, para um número estimado de 11 milhões de pacientes com essas enfermidades. Os fornecedores dos 10 medicamentos mais judicializados em 2018 são: Multicare (estrangeiro), Uno Healthcare (estrangeiro), Genzyme (nacional), M3 Pharma (estrangeiro), Shire Brasil (nacional), Shire Irlanda (estrangeiro), Biogen (estrangeiro), Sanofi-Aventis (nacional), Tuttopharma (estrangeiro), Global (nacional), Green Cross (estrangeiro), Hosp - Log (nacional), Alium (estrangeiro), Sens Farma (estrangeiro), Paragonmeds (estrangeiro), Hospfar (nacional) e Diprophar (estrangeiro). O que chama a atenção é a quantidade de fornecedores estrangeiros, que receberam 88% do valor gasto, sendo que também a maior parte das compras é feita com varejistas (84%), e não com a indústria farmacêutica fabricante (SILVA, 2019, p. 20-22).

Cite-se, ainda, que em 17/08/2020 a ANVISA (2020) aprovou o registro do medicamento considerado mais caro do mundo – o Zolgensma (onasemnogeno abeparvoveque). Trata-se de terapia genética para uso pediátrico voltada para o tipo mais grave de Atrofia Muscular Espinhal - AME. Nos EUA, esse medicamento é comercializado pela empresa Novartis Biociências S.A. ao preço de US\$ 2,125 milhões, o equivalente a cerca de

---

ampolas a cada 15 dias. Apenas em 2016, foram gastos R\$ 624.621.563,43 para atender os 364 pacientes que ganharam na Justiça o direito de optar pela droga, e não fazer o tratamento oferecido pelo SUS”.

<sup>186</sup> Em *webinar* intitulada “O custo para o SUS no direito à saúde na via judicial”, promovido pela PGESC, em 1º/10/2020, foi apontado por servidor do Núcleo de Medicamentos da SES que naquele momento em Santa Catarina o medicamento Eculizumab atendia 11 pacientes, totalizando 112 frascos/mês, ao custo de R\$ 18.312,69 cada frasco, enquanto o medicamento Nusinersen (Spinraza) atendia 12 pacientes, totalizando 6 frascos/ano, ao custo de R\$ 247.399,96 cada ampola, sendo ambos os medicamentos padronizados.

R\$ 12 milhões cada dose. A aprovação pela ANVISA não significa que o SUS seja obrigado a fornecê-la, mas, certamente, o registro exercerá forte pressão da indústria farmacêutica sobre o SUS para sua incorporação, o que poderá afetar o equilíbrio financeiro do sistema. A questão essencial é saber se o SUS suportará financeiramente a aquisição, inclusive pela via da judicialização, já que o Poder Judiciário não dá sinais de julgamento exclusivamente baseado nas normativas do SUS. Veja-se, por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que determinou que o Ministério da Saúde complementasse o valor do remédio milionário para o tratamento de bebê com doença rara (STJ, Notícias, 2020). Aliás, no âmbito de Santa Catarina, segundo informações da SES<sup>187</sup>, em 2020 havia 12 pacientes em tratamento da doença, o que equivaleria a cerca R\$ 138 milhões, caso o Estado tivesse que custear tal medicamento.

Custear tratamentos dessa magnitude financeira implicará sérios custos de oportunidade, ou seja, a exclusão de milhares de outras pessoas que necessitam de tratamentos de doenças com baixo valor, como hipertensão, diabetes, hipotireoidismo, e de menor visibilidade. Aliás, pouco se questiona sobre a razão de determinados medicamentos ou tratamentos custarem tanto. Nesse caso, a questão essencial não parece estar circunscrita à obrigação ou não de o SUS fornecer medicamentos e tratamentos dispendiosos, mas à análise transparente sobre os custos e benefícios para a população que utiliza os serviços do SUS e os impactos sobre a sustentabilidade do sistema público de saúde, o que tem sido feito pela CONITEC no campo da incorporação. É necessário pensar o direito constitucional à saúde como políticas públicas.

No estudo realizado pelo CNJ (2019a, p. 117-123) foi demonstrada a existência de diferenças na evolução da intensidade de judicialização da saúde ao longo do tempo. Em valores totais, houve um crescimento das ações judiciais relacionadas ao tema para o Brasil como um todo, porém, em alguns Estados houve queda acentuada, como foi o caso, por exemplo, do Rio de Janeiro. Em relação ao Estado de Santa Catarina, constatou-se a elevação significativa no número de processos judiciais por 100 mil habitantes entre 2009 e 2017. Os dados chamam a atenção pela comparação com o Estado de São Paulo, conforme Tabela 5:

**Tabela 5: Número de processos judiciais relativos à saúde a cada 100 mil habitantes.**

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Média
TJSC	3,76	6,21	7,68	14,08	29,69	67,80	102,80	121,37	175,73	58,79
TJSP	9,08	18,74	22,55	33,46	37,86	44,57	48,47	47,72	52,03	34,94

Fonte: CNJ, 2019a, p. 117-123.

<sup>187</sup> Em *webinar* intitulada “O custo para o SUS no direito à saúde na via judicial”, promovido pela PGESC, em 1º/10/2020.

O CNJ (2019a, p. 59) também apurou o número de processos em primeira instância relativos à saúde, de 2008 a 2017, em tramitação e já concluídos/arquivados.<sup>188</sup> Para Santa Catarina, tem-se: 2008 (182), 2009 (235), 2010 (388), 2011 (485), 2012 (899), 2013 (1.970), 2014 (4.561), 2015 (7.010), 2016 (8.387) e 2017 (12.303). Também foi evidenciado que, nos processos de primeira e segunda instâncias no Estado de Santa Catarina, os assuntos relacionados à saúde que aparecem em maior número dizem respeito a “fornecimento de medicamentos” (28%), “seguro” (26%), “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos” (8%), “planos de saúde” (5%) e “tratamento médico-hospitalar” (3%).<sup>189</sup>

Comparando-se os dados de outros pesquisadores e do CNJ com os dados extraídos da auditoria do TCESC e do TJSC, é fácil perceber a incongruência das informações para compreensão da realidade da judicialização.

Aliás, já há diferenças significativas entre os dados judiciais constantes da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) e os dados encaminhados pelo TJSC a este pesquisador. Além do período analisado, uma das principais razões está no objeto das ações. Enquanto o da auditoria envolveu a “judicialização da saúde”, em sentido amplo, o objeto das ações enviadas pelo TJSC abrangeu apenas “fornecimento de medicamentos”, “tratamento médico-hospitalar” e “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”, mais próximos da judicialização do acesso a medicamentos e tratamentos. A auditoria do TCESC, por exemplo, apurou que as ações relacionadas ao direito à saúde no Poder Judiciário de Santa Catarina visam à obtenção de fornecimento de medicamentos em 87% dos 28.501 casos, seguido do tratamento médico-hospitalar, com 7%, trilhando o caminho de que a principal demanda relacionada à saúde é por medicamentos.

A propósito, as diferenças encontradas reforçam a diversidade de itens demandados e a complexidade da judicialização da saúde, que não se restringem às fronteiras do Estado de Santa Catarina. Cite-se, a título de comparação, a pesquisa realizada por Sant’Ana (2017, p. 58-63) sobre o perfil das demandas com atuação de Defensorias Públicas, a partir de informações de 2016. Os dados demonstraram que no Estado do Amazonas as demandas por medicamentos respondiam por 22%, cirurgias por 20%, exames por 15%, material por 12% e outros por 31%.

---

<sup>188</sup> Dentre os principais assuntos discutidos nos processos de primeira instância podem ser destacados: “plano de saúde”, “seguro” e “saúde”, seguidos de “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”.

<sup>189</sup> Comparativamente, foi apontado que no Ceará 67% dos processos são relativos a “seguro”, enquanto em São Paulo e Pernambuco o assunto que mais aparece é “planos de saúde”. Nos Estados do Acre, Alagoas, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, por sua vez, predomina o assunto “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”. Isso indica a existência de uma heterogeneidade entre os estados quanto ao tipo de demanda judicial envolvendo a saúde (CNJ, 2019a, p. 48-52).

No Estado de Sergipe, 39% eram por medicamentos, 23% por cirurgias, 14% por exames, 12% por material e 12% outros. No Estado do Rio de Janeiro, as ações pleiteando medicamentos respondiam por 47%, cirurgias por 5%, exames por 11%, material por 11% e outros por 26%. E, no Distrito Federal, observou que as demandas por medicamentos eram de 28%, por cirurgias eram de 26%, por exames eram de 9%, por material eram de 6% e, outros, de 31%.

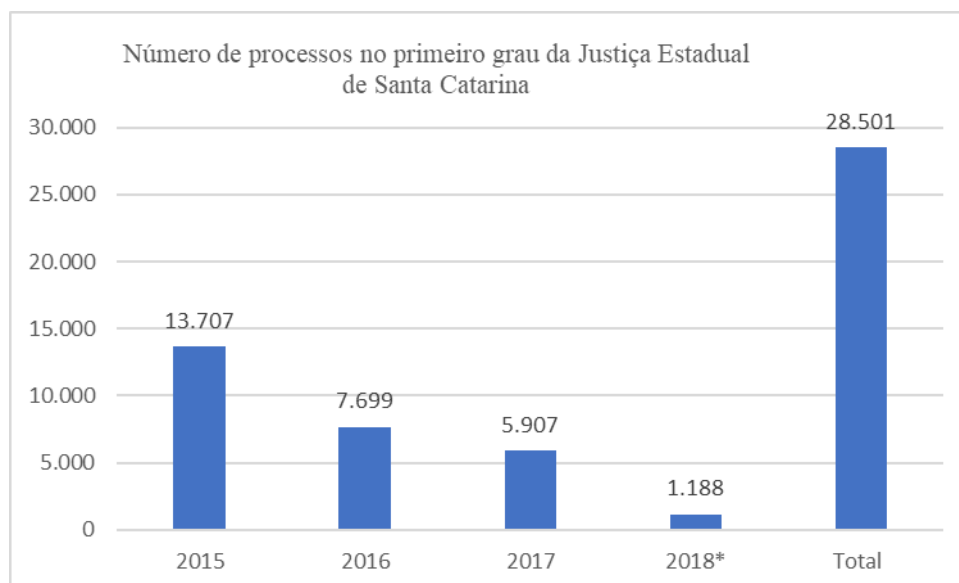
Reconhece-se que a classificação das demandas por assunto apresenta limitações, já que podem ser categorizadas de formas diferentes pelos Tribunais. De qualquer sorte, torna-se útil para que se tenha um quadro geral, ainda que imperfeito, do que está sendo requerido. Como ressalta Vieira (2020, p. 28), “a dificuldade para se mapear todas as decisões judiciais no âmbito do SUS no país impede que se tenha um retrato fiel dos gastos do Poder Executivo nas três esferas de governo com o cumprimento dessas sentenças”. Mesmo considerando as diferenças entre as metodologias utilizadas, a diversidade de motivos da judicialização da saúde, assim como a variação no tempo e no espaço territorial, todos esses dados parecem convergir para a visão predominante na literatura de que as decisões tendem a ser favoráveis aos demandantes.<sup>190</sup> Mais do que isso, o aumento na quantidade de processos envolvendo o tema ao longo do período analisado reflete que o comportamento dos atores do Sistema de Justiça parece contribuir não apenas como solução do problema da judicialização, mas também como causa.

Situação interessante que consta dos dados da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) diz respeito à redução do número absoluto de ações (individuais e coletivas) propostas perante o Poder Judiciário estadual em primeiro grau de jurisdição no período de 2015 a março de 2018, conforme se infere do Gráfico 8:

**Gráfico 8: Evolução do número de ações judiciais propostas no primeiro grau de jurisdição do Poder Judiciário de Santa Catarina entre janeiro de 2015 e março de 2018.**

---

<sup>190</sup> Em pesquisa realizada por Wang e Ferraz (2013, p. 171-172), com dados empíricos coletados em 2009, na cidade de São Paulo, o percentual de êxito das ações individuais propostas pela Defensoria Pública em decisões liminares na primeira instância foi de 84%, em decisões de mérito foi de 78% e em grau de recurso foi de 76%. Já nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, o *parquet* obteve êxito em 64% das decisões liminares, em 80% das sentenças finais e de 52% em sede recursal.



Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020 (gráfico adaptado).  
\* Dados de janeiro a março de 2018.

Esses dados, no entanto, devem ser analisados com reservas, vez que envolvem outros fatores não considerados na auditoria. Uma das justificativas pode ser vista na Tabela 6, em que foi constatado que as despesas com sentenças judiciais em ações e serviços de saúde apresentaram queda em 2016, comparado com 2015, mas em 2017 foi superior a 2016, indicando oscilação de valores ano a ano, ainda que sem tendência de queda.

**Tabela 6: Orçamento da saúde e sentenças judiciais empenhadas, nos exercícios de 2013 a 2017.**

Exercício	Orçamento da Saúde (1)	Sentenças Judiciais (2)	% (2/1)
2013	2.477.065.079	148.319.752,92	5,99%
2014	2.781.836.079	122.301.223,42	4,40%
2015	3.326.771.257	135.515.884,13	4,07%
2016	3.419.792.958	118.155.053,45	3,46%
2017	3.235.247.173	151.755.426,44	4,69%
<b>TOTAL</b>	<b>15.240.712.545,94</b>	<b>676.047.340,30</b>	<b>4,44%</b>

Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

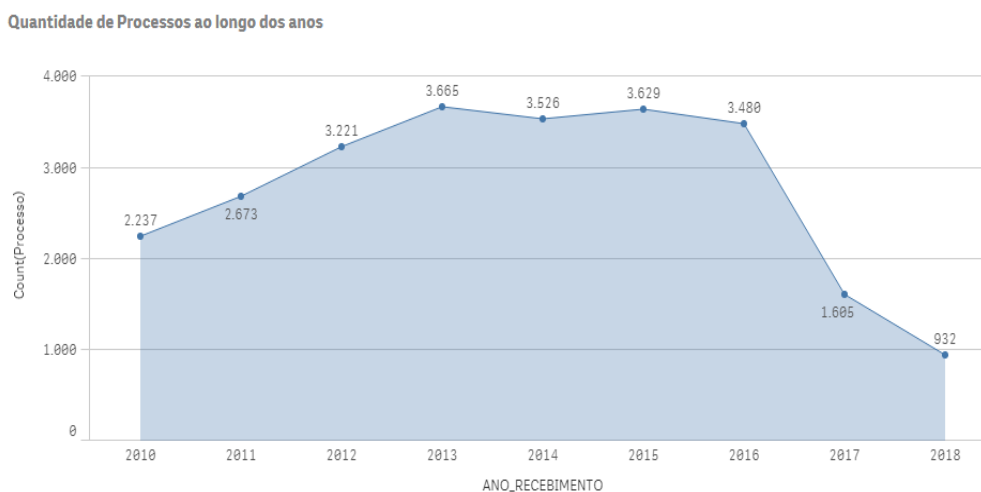
Os dados revelam que, no período de 2013 a 2017, os recursos do Estado aplicados em ações e serviços públicos de saúde (considerando todas as fontes) corresponderam a R\$ 15.240.712.545,94, enquanto o montante empenhado para atender às demandas judiciais<sup>191</sup> relativas à saúde representou R\$ 676.047.340,30, o que equivale a 4,44% do orçamento. Acrescente-se, ainda, que os montantes previstos no orçamento aumentaram entre 2018 (R\$

<sup>191</sup> A despesa empenhada se relaciona com o montante reservado do orçamento do ano para determinado item de despesa, enquanto a despesa liquidada se refere ao montante reconhecido pelo Governo como despesa com determinado item, tendo em vista que os bens ou serviços já foram adquiridos e prestados por terceiro. No presente caso, então, refere-se ao montante relacionado aos itens de saúde disponibilizados aos demandantes no cumprimento das decisões judiciais em cada exercício, sendo razoável supor que as concessões foram efetivadas.

3.672.251.165,90) e 2019 (R\$ 3.823.932.088,37), do mesmo modo que o das sentenças judiciais (2018 – R\$ 299.595.789,16 e 2019 -R\$ 316.859.783,72) (TCESC, Processo @PCG 20/00143150, 2020). As sentenças judiciais incluem aquelas oriundas do Poder Judiciário estadual e federal e podem abranger o fornecimento de medicamentos, insumos (fraldas, protetores solares etc.), fórmulas (fórmulas dietéticas etc.), órteses e próteses, bem como procedimentos médicos.

Já na pesquisa com os dados enviados pelo TJSC, referente aos processos autuados em primeira instância no Estado de Santa Catarina entre 2010 e 2018, com decisão liminar ou definitiva, observa-se que há aumento significativo na quantidade de processos autuados (casos novos), ano a ano, entre 2010 e 2013 (2.237 em 2010; 2.673 em 2011; 3.221 em 2012; e 3.665 em 2013), seguido de diminuição em 2014 (3.526) e novo aumento em 2015 (3.629). A partir de 2015 há diminuição na quantidade de processos, registrando-se a expressiva queda especialmente entre 2016 e 2017 (3.480 em 2016 e 1.605 em 2017) nos processos classificados como “fornecimento de medicamentos”, “tratamento médico-hospitalar” e “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”, contra o Estado isoladamente ou em litisconsórcio, conforme visualizado no Gráfico 9:

**Gráfico 9: Quantidade de processos ao longo dos anos.**



Fonte: elaboração do autor.

O ano com maior quantidade de processos autuados foi 2013, com 3.665 processos, enquanto 2018 foi o ano com menor quantidade de processos autuados. Levando-se em consideração o crescimento populacional do Estado no mesmo período, segundo o IBGE, em 2013 a população era de 6.620.186 de habitantes e, em 2018, de 7.075.494, o que revela que a quantidade de demandas judiciais na saúde no período não foi proporcional ao crescimento da população catarinense.

Os dados, por si sós, não permitem afirmar em grau de certeza as causas da diminuição da judicialização da saúde no Estado Catarinense de 2015 em diante. Ainda que se considere que os dados não sejam completos, é possível inferir semelhança de comportamento da judicialização entre pesquisas de nível nacional e estadual. Em estudo de âmbito nacional sobre demandas de fornecimento de medicamentos, circunscrita à classificação “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”, Vieira (2020, p. 27-29) também constatou diminuição expressiva dos casos novos em 2017 e 2018, sugerindo ainda ser cedo para se concluir sobre a tendência de redução desses casos nos curto e médio prazos, ainda que permaneçam em patamar bastante elevado. Essa situação, segundo a autora, provavelmente decorre da crise econômica recente e das medidas de austeridade fiscal implementadas, como o teto de gastos, além de outros fatores que precisam ser investigados.

No entanto, a partir dos dados analisados no Estado, pode-se conjecturar que a diminuição verificada esteja ligada à influência de vários fatores. O primeiro diz respeito à diminuição dos investimentos/gastos em saúde com a crise financeira de Estados e Municípios. Não é o objetivo deste trabalho explorar detalhadamente a crise econômica e o contingenciamento do pagamento de despesas, cabendo apenas o registro dessa variável importante, que deve ser considerada na diferença constatada. Para tanto, suficiente assinalar que nos anos de 2015 e 2016 houve forte recessão na economia, quando os índices do PIB foram negativos em percentuais de, respectivamente, -3,5% e -4,2 % (Brasil) e -3,3% e -2% (Santa Catarina). Além disso, observa-se na evolução do resultado orçamentário do Estado valores negativos em 2017 (-R\$ 241,13 milhões) e 2018 (-R\$ 1,23 bilhão). As despesas do Poder Executivo também diminuíram em 2016 (R\$ 589,34 milhões) e 2017 (R\$ 554,73 milhões) (TCESC, Processo @PCG 20/00143150, 2020).

Outro fator é a criação do NAT-JUS/SC e das Câmaras Técnicas, pois, ao oferecer informações técnicas aos juízes, em alguma medida promoveu a redução das assimetrias informacionais, dado o maior conhecimento adquirido sobre a matéria, contribuindo para a redução da judicialização. Também pode ser citada a incorporação de novos medicamentos ao SUS, ao reduzir a judicialização predatória. A criação da Defensoria Pública do Estado constitui outro fator importante. Obviamente, não se desconsidera que há déficit de defensores públicos não apenas no Estado Catarinense, como também no País, conforme demonstrado por Moura (2013).

Some-se ainda aos fatores a maior conscientização dos juízes sobre o tema da saúde, além da estrutura de incentivos criada pelas regras jurídicas e sua interpretação no Poder Judiciário. Aqui vale lembrar dos precedentes. Considera-se que “[o] precedente sinaliza às

partes os critérios que serão utilizados na decisão judicial, diminuindo assim o seu erro de previsão com relação ao resultado do litígio” ( SANTOS ARENHART; BALBINOTTO NETO, 2012, p. 6). Ainda que careça de comprovação empírica, é notório que em alguma medida parcela dos juízes não adotam cegamente os precedentes das Cortes Superiores, o que pode ser intuitivamente extraído da enorme quantidade de recursos julgados no Poder Judiciário. Obviamente, não se desconsidera a cultura<sup>192</sup> do litígio e da advocacia de sempre recorrer das decisões. Os precedentes são o subproduto das atividades conjuntas dos atores processuais (advogados, juízes, partes) e podem ser considerados como externalidades positivas dessas atividades durante a litigância, principalmente quando diversos casos semelhantes alcançam os Tribunais. Além disso, uma vez respeitado por juízes e advogados, o sistema de precedentes tende a diminuir o nível de litigância (WOLKART, 2020, p. 407-408).

Assim, à medida que os Tribunais Superiores estabelecem diretrizes interpretativas ou parâmetros de decisão para as instâncias de Primeiro Grau, os precedentes tendem a reduzir a liberdade discricionária dos juízes, desincentivando a judicialização. Esse é o caso da judicialização da saúde, em que o Supremo Tribunal Federal tem avançado na fixação de parâmetros para a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde, muito embora ainda permaneçam alguns pontos a decidir.

Outro dado extraído da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) que serve para contextualizar o fenômeno analisado diz respeito ao número de pacientes atendidos pela SES em decorrência de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos, insumos ou fórmulas. De acordo com as informações, até abril de 2018 a SES atendia 22.632 pacientes em decorrência de demandas judiciais, distribuídos entre as comarcas do Estado, conforme Tabela 7:

**Tabela 7: Pacientes ativos no sistema MEJUD da SES em abril de 2018.**

Comarca	Soma de Pacientes
Criciúma	1.293
Florianópolis	1.277
Tubarão	843
São José	799
Braço do Norte	731
Urussanga	699
Blumenau	674

<sup>192</sup> A questão cultural brasileira tão discutida em âmbito nacional sob a denominação de “jeitinho brasileiro”, vinculado ao patrimonialismo e à forma cordial para levar vantagem ou descumprir regras, é outro componente que se soma à complexa compreensão do comportamento humano e que interfere na tomada de decisão nas esferas privada e pública, seja das partes, dos advogados, dos juízes e dos servidores públicos. Contudo, não será aqui abordado por fugir ao escopo deste trabalho. Sobre o tema, entre outros clássicos, ver *in* RIBEIRO, 2010; FAORO, 2012; DAMATTA, 1997a; DAMATTA, 1997b; HOLANDA, 1995. Sobre os impactos do jeitinho brasileiro nas relações jurídicas, ver *in* MOTA, 2012; WOLKART, 2020.



Lages	652
Laguna	614
Palhoça	548
Demais Comarcas	14.502
<b>TOTAL</b>	<b>22.632</b>

Fonte: TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020.

Os dados demonstram que 6 entre as 10 cidades com as maiores populações do Estado constavam na listagem de pacientes ativos por comarca no sistema MEJUD, da SES, em abril de 2018. Assim, as cidades de Tubarão, Braço do Norte, Urussanga e Laguna contam com menos de 105 mil habitantes, conforme dados do IBGE (referente à população de 2017), mas estão na terceira, quinta, sexta e nona posição da quantidade de pacientes atendidos, a frente de Joinville, que possui a maior população do Estado, mas se encontra na décima segunda posição. Isso significa que as demandas judiciais na área da saúde não se dão, necessariamente, de forma proporcional à quantidade de população.

Essas constatações convergem para as conclusões de outras pesquisas, como a de Ferraz (2009, p. 33-45), que ao analisar dados sobre a judicialização da saúde na última década verificou que as regiões mais desenvolvidas do País possuíam maior quantidade de demandas, comparadas com as menos desenvolvidas, revelando que a judicialização não tem servido aos indivíduos em situação socioeconômica mais desvantajosa e à equidade postulada pelo SUS. Dito de outra forma, os recursos públicos obtidos com a judicialização geralmente não chegam aos que mais necessitam e que se encontram submetidos ao maior risco social.

### **3.9 Se a judicialização da saúde é complexa e a articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça é ineficiente, o que fazer?**

A porta de entrada do SUS é a Atenção Básica, e não o Ministério Público, a Defensoria Pública ou o Poder Judiciário. Pelo que se percebe até aqui, é possível sustentar que o Poder Judiciário não é o único lugar da realização da justiça. O *locus* privilegiado da concretização da justiça, especialmente a distributiva, está nos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da elaboração e execução das leis, inclusive a do orçamento. São os governantes que, a partir dos recursos arrecadados, decidem quais serão as políticas públicas e as prioridades na realização dos gastos públicos. Assim, se por meio do SUS o Estado estabelece a política pública de saúde de fornecimento continuado de determinado medicamento nos postos de saúde às pessoas que foram diagnosticadas com enfermidade específica, obviamente todas as que se encontram na mesma situação possuem o direito de serem atendidas, e não apenas determinada

pessoa individualmente. Nesse caso, deixando o Poder Público de fornecer o medicamento, nasce para o indivíduo o direito legítimo de buscar a satisfação no Poder Judiciário.

Ocorre que a tradição de utilização da via judicial como forma preferencial de resolução dos conflitos levou à tendência de se confundir acesso à Justiça com acesso ao Poder Judiciário (SANTOS, 2006, p. 262). Ao decidir casos individuais com reflexos para a coletividade, o Judiciário não contribui para políticas universalizáveis, pois realoca recursos escassos de modo particular e custeados pelos cofres públicos. Vale dizer, suas decisões não são universalizáveis nessa área, de forma que podem alterar a sustentabilidade orçamentária e comprometer a coletividade e as futuras gerações pela violação do pré-compromisso constitucional. Logo, é na conjugação de esforços de todos os Poderes e órgãos que pode estar a concretização do ideal de justiça e de uma sociedade menos desigual.

Entre os caminhos alternativos para evitar ou minimizar a judicialização predatória da saúde pública devem estar a construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as Instituições Estatais envolvidas (articulação interinstitucional), a busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde e, principalmente, a criação de incentivos para o material humano que lida com a judicialização.

A ideia de diálogos institucionais toma por base o fato de que, de modo geral, os juízes desconhecem a sistemática da gestão, de aquisição de medicamentos, de funcionamento de hospitais, de contratação de servidores, entre outros. Sob a perspectiva de Schulze (2016, p. 71-75), representam a tentativa de corrigir o ativismo judicial e as omissões da autocontenção judicial. As vantagens desse diálogo são o fortalecimento das instituições, o comprometimento dos atores a participar nos debates, os efeitos mais duradouros da decisão debatida dialogicamente, o prestígio da maioria ao ampliar a quantidade de pessoas beneficiadas pela decisão e evitar a imposição unilateral com o autoritarismo judicial. Como forma de diálogo para reduzir o número de ações judiciais, também pode ser citada a mediação sanitária, conforme apontado por Vieira (2020, p. 42).

A importância do diálogo entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça tem em vista a redução da litigiosidade de massa e, como base, a confiança nos papéis de cada um dos atores, de modo que o Executivo possa exercer suas competências e fornecer os medicamentos e tratamentos administrativamente e o Judiciário seja instado a resolver apenas situações excepcionais, primando pelo comportamento dialógico e de autocontenção.

No campo da articulação entre as Instituições do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, os dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) indicam deficiências de comunicação interinstitucional, a partir de relatos da PGESC, de onde se extraiu a dificuldade

de comunicação com a SES e com a COMAJ, no que respeita à insuficiência de subsídios à defesa do Estado por parte daquela Procuradoria na área da judicialização da saúde.<sup>193</sup> Tal situação evidencia a falta de política institucional voltada à prevenção e solução de conflitos no âmbito administrativo da SES, assim como deficiências no diálogo interinstitucional que precisam ser superadas. Para modificar a cultura do litígio que produz a judicialização da saúde é fundamental promover a cultura do diálogo e da pacificação social, atitude que deve ser buscada pelas próprias Instituições Estatais envolvidas.<sup>194</sup>

Para além da ineficiência na articulação entre as Instituições Estatais, também se contata a ineficiência do Sistema de Saúde no Estado de Santa Catarina no que respeita a não utilização, por parte da SES, de um mecanismo importante de prevenção de litigâncias judiciais envolvendo a saúde, que é a resolução administrativa de conflitos. Os dados da auditoria do Tribunal de Contas (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) apontam que os 25 medicamentos de maior custo e mais judicializados pertencem ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), previsto na Portaria de Consolidação n. 02/2017, Anexo XXVIII, Título IV, e na Portaria n. 06/2017, Título V, Capítulo II, do Ministério da Saúde. Estudos demonstram que o impacto das despesas com medicamentos pertencentes a esse grupo tem sido cada vez maior.<sup>195</sup>

No entanto, o procedimento administrativo para a concessão desse componente no âmbito da SES<sup>196</sup> não prevê a possibilidade de pedido de reconsideração ou interposição de

---

<sup>193</sup> Conforme apontado, “a Procuradoria do Estado relatou casos em que a COMAJ não conseguiu apresentar a comprovação do cumprimento da decisão judicial, de forma a subsidiar a instituição em suas defesas, pois foram enviadas guias de saída dos medicamentos para as Regionais de Saúde, mas não foram juntados os recibos de entrega aos pacientes. Com isso, a PGESC não teria como comprovar se os medicamentos foram ou não entregues”.

<sup>194</sup> O Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCESC), a Assembleia Legislativa (ALESC), o Tribunal de Justiça (TJSC) e o Ministério Público estadual (MPSC) iniciaram no mês de agosto de 2020 as tratativas para a criação de um grupo de trabalho ou de uma câmara técnica de mediação para sugerir, ao Governo do Estado, encaminhamentos voltados à resolução do problema da judicialização da saúde para o fornecimento de medicamentos, insumos e fórmulas. As discussões foram motivadas pelo resultado da auditoria operacional (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020) executada pela Diretoria de Atividades Especiais (DAE) do TCESC, em 2018, que apontou deficiências de gestão nos procedimentos que deveriam ser adotados pela Secretaria de Estado da Saúde (SES).

<sup>195</sup> Em pesquisa realizada por Vieira (2020, p. 31), demonstrou-se em âmbito federal que as demandas judiciais de medicamentos estão onerando a ação orçamentária que financia o CEAF, sendo que a participação dessa despesa no gasto total do componente subiu de 19% para 22% entre 2016 e 2018.

<sup>196</sup> Segundo a auditoria do Tribunal de Contas, a partir de informações da SES, os medicamentos podem ser solicitados por meio de apresentação de processo administrativo nas Unidades de Assistência Farmacêutica (UAF) municipais do Estado, para conferência da documentação e cadastro da solicitação para posterior encaminhamento à Diretoria de Assistência Farmacêutica estadual (DIAF). As solicitações são analisadas segundo Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde e Protocolos Estaduais, e os processos, após avaliação, são encaminhados para o Município de origem. Nas UAF municipais, os medicamentos são dispensados aos pacientes que tiverem sua solicitação deferida. Caso não sejam preenchidos os requisitos e apresentada a documentação exigida, o pedido será negado e o processo devolvido à origem. Ver detalhes no portal da SES. Disponível em: <http://portalses.saude.sc.gov.br>.

recurso na eventualidade de indeferimento. A possibilidade de solucionar administrativamente conflitos envolvendo medicamentos pertencentes ao CEAF já seria de grande valia. Mas, na prática, a SES não possui mecanismos de resolução de conflitos em sede administrativa, conforme salientado nos dados da auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), embora haja esforços no sentido de implantação do procedimento de mediação, em parceria com o Ministério Público e as Defensorias Públicas, antes da propositura da ação judicial.

No campo da resolução administrativa de conflitos, a experiência do Município de Joinville tem servido de exemplo. Ao implantar o NAT-JUS/Joinville, como órgão consultivo para auxiliar o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública com análise técnica sobre saúde pública, também deu atribuições a este Órgão para, nos limites de suas competências, promover a resolução administrativa dos litígios, conforme se extrai do Decreto n. 30.043/2017 (arts. 1º, 4º e 11) e do Relatório de Gestão em Saúde do Município de Joinville.<sup>197</sup>

Já a Portaria n. 643/2017, que regula o NAT-JUS/SC no âmbito da SES, não prevê competências relacionadas ao fortalecimento da articulação entre os atores da judicialização ou sobre o gerenciamento de recursos administrativos. Por outro lado, anota-se que a Resolução n. 238/2016 (art. 1º, § 5º), do CNJ, exclui a mediação das atribuições exercidas pelos NAT-JUS, o que não impede, a rigor, que o órgão de apoio técnico estadual adote rotinas de informações aos Órgãos Estaduais e Municipais sobre situações técnicas capazes de solução administrativa dos conflitos, evitando a judicialização. Nesse ponto, considerando-se que o NAT-JUS/Joinville promove a resolução administrativa de litígios e o NAT-JUS/SC no âmbito da SES não o promove da mesma forma, tem-se clara a diferença de racionalidade do comportamento dos agentes entre as instituições.

Por outro lado, no âmbito do Sistema de Justiça, observa-se que o TJSC promove a mediação e a conciliação judicial e pré-processual por meio das Casas da Cidadania (Resolução n. 02/2001), de Centros Judiciários de Solução de Conflitos (atualmente são 46 CEJUSCs), do

---

<sup>197</sup> O Relatório de Gestão em Saúde do Município de Joinville, em seu Anexo X – Monitoramento da judicialização 2017, o número de ações judiciais por meio das quais se pleiteava a disponibilização de medicamentos, insumos, procedimentos e outros serviços de saúde (227 novas ações) foi aproximadamente 23% menor do que o quantitativo registrado em 2016 (294 novas ações) – (item 1.1). Nesse período, o NAT-JUS/Joinville recebeu um total de 272 requerimentos administrativos, representando um crescimento de 597% em relação à quantidade registrada em 2016, que foi de 39 requerimentos. Os requerimentos administrativos corresponderam a 54,5% das demandas excepcionais recebidas pela Secretaria Municipal da Saúde (frente a 20,97% em 2016), enquanto 45,5% foram objeto de ações judiciais. Segundo apontado na auditoria (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020), o NAT-JUS/Joinville atua de forma mais ampla do que o NAT-JUS/SC, na medida em que tem dentre as suas competências o fortalecimento do diálogo de todos os atores do processo judicial, assim como é responsável por “processar e analisar os requerimentos administrativos”.

Programa Mediação Familiar (Resolução TJ/SC n. 11/2001), do Mutirão da Conciliação, entre outros. Segundo os dados da auditoria do TCESC (Acórdão n. 522/2020, 2020), porém, apesar de a mediação e a conciliação estarem estruturadas no âmbito do TJSC, não foi identificado no portal institucional nenhum programa específico para solucionar de forma consensual as demandas sobre saúde contra o Estado de Santa Catarina.<sup>198</sup>

A mesma situação se dá no âmbito da PGESC, em que ainda não havia sido implantado mecanismo de resolução de conflitos, à época da pesquisa. A PGESC criou uma comissão para avaliar a conveniência da implantação de câmara de mediação e conciliação (Portaria n. 10/2017), que apresentou o Projeto de Lei de Criação da Câmara de Autocomposição de Conflitos no âmbito da PGESC. Naquele momento, encontrava-se em fase de tramitação na Assembleia Legislativa.

A importância da autocomposição como forma de resolução extrajudicial de conflitos é bastante útil para conter a predatória judicialização da saúde.<sup>199</sup> Há que se lembrar de que a abordagem econômica contribui para a criação de incentivos à cooperação entre as partes envolvidas no litígio em busca de acordo, reduzindo os custos de transação, a quantidade de novas ações judiciais propostas e, conseqüentemente, tornando o Poder Judiciário mais célere, eficiente e menos dispendioso. A criação de incentivos à cooperação tende a gerar equilíbrio e saldo positivo a ser dividido entre as partes envolvidas, considerando que cada uma buscará os resultados que mais valorize, maximizando sua utilidade. A situação de equilíbrio remete à

---

<sup>198</sup> Vale registrar que o CNJ (2019a, p. 113-116 e 163) tem procurado estabelecer uma política de incentivo às soluções extrajudiciais de conflitos sobre saúde, estimulando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem órgãos ou processos extrajudiciais a fim de analisarem demandas em etapa prévia à judicialização. Com isso, as demandas podem ser solucionadas na via administrativa e, caso não sejam, poderão os documentos utilizados naquela via instruir com mais robustez eventuais processos judiciais. A busca pela solução consensual dos conflitos também foi a opção adotada pelo Código de Processo Civil, inclusive com a criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito da Administração Pública (§§ 2º e 3º do art. 3º e arts. 165 e 174 da Lei n. 13.105/2015), e pela Lei de Mediação, que inclui a autocomposição de conflitos também no âmbito da Administração Pública (arts. 32 a 35 da Lei n. 13.140/2015). Conforme citado na pesquisa do CNJ, na Bahia, por exemplo, a Câmara de Conciliação da Saúde tem sido instrumento importante para a diminuição da judicialização, porquanto busca permitir que ingressem no Poder Judiciário apenas aqueles casos em que os órgãos envolvidos não conseguiram solucionar extrajudicialmente. Portanto, há boas práticas disseminadas pelo País e que não são seguidas pela Administração Pública Catarinense.

<sup>199</sup> A solução cooperativa (“ganhador x ganhador”) administrativa se opõe e/ou precede à solução judicial competitiva (“ganhador x perdedor”) e maniqueísta (“bem x mal”). Deve-se, na medida do possível, evitar levar o conflito ao Judiciário e estimular as partes a apresentarem uma solução cooperativa para o problema. Como ressalta Gonçalves (2016, p. 177 e 197), “a delegação da responsabilidade, quanto à gestão dos conflitos ao magistrado, trouxe consigo a inércia das partes em resolver privadamente suas demandas e, ainda, a ideia de que somente os tribunais possuem o monopólio legítimo da decisão vinculante”. Além disso, a alternativa da estratégia cooperativa da mediação tende a ser mais rápida e menos custosa, comparada com a prestação jurisdicional (com seus inúmeros recursos às instâncias superiores), reduzindo ao máximo os custos de transação, o comportamento estratégico oportunista e melhor alocando os recursos disponíveis, na esteira da eficiência do Teorema do Coase.

noção de eficiência, em que uma das partes ganha, sem que a outra tenha que perder (eficiência de Pareto), ou, então, que o ganho obtido por uma delas possa compensar a perda de outra e ainda gerar saldo positivo (eficiência de Kaldor-Hicks).

Do ponto de vista da abordagem econômica, as partes realizarão acordo ou autocomposição somente quando lhes for vantajoso. E essas vantagens estão muito relacionadas com os custos do processo judicial, as diferenças de expectativas quanto ao resultado do processo (decorrentes das assimetrias de informações e incertezas) e os incentivos que a autocomposição proporcionará em relação à continuidade da lide.<sup>200</sup>

Partindo-se das concepções de Cooter e Ulen (2010, p. 424), os acordos acontecem quando as partes estão relativamente pessimistas em relação ao resultado do julgamento, de modo que ambas tendem a preferir o acordo ao risco de um julgamento. Logo, o relativo pessimismo das partes favorece a obtenção de acordos judiciais, ao passo que o otimismo relativo (ou exagerado) sobre o resultado do julgamento dificulta a autocomposição. Esse ponto pode ser melhor visualizado na sistematização feita por Santos Arenhart e Balbinoto Neto (2012):

**Tabela 8: Otimismo e pessimismo das partes no favorecimento de acordos.**

Otimismo excessivo +	Alta probabilidade de JULGAMENTO
Otimismo excessivo	
Pessimismo excessivo +	Alta probabilidade de ACORDO
Pessimismo excessivo	
Otimismo excessivo +	Depende de lucro cooperativo:
Pessimismo excessivo	Se > 0, ACORDO Se < 0, JULGAMENTO

Fonte: SANTOS ARENHART; BALBINOTTO NETO, 2012.

Considerando que não se mostra como medida eficiente a tentativa racional de resistir ao entendimento predominante dos Tribunais na condenação do Ente Federado<sup>201</sup> no campo da saúde, a implantação de política institucional com mecanismos voltados à prevenção e à resolução administrativa de conflitos no âmbito da SES, de forma pré-processual e cooperativa,

<sup>200</sup> Podem também ser acrescentados outros fatores, oriundos da Economia Comportamental, como o otimismo das partes, o sentimento de vingança, entre outros. Como salienta Wolkart (2020, p. 346), a realização de acordo se assemelha à venda do exercício do direito de ação ou do direito de continuar exercendo o direito de ação no processo, de modo que o valor desse direito para o autor equivale ao valor esperado do processo.

<sup>201</sup> Na prática da judicialização, o que se percebe é a dominância de comportamentos e estratégias não cooperativos, especialmente por causa das assimetrias de informações entre os envolvidos. Portanto, o ideal seria conter a litigância por meio da criação de uma estrutura de incentivos ou modificação daquela que atualmente vigora, no intuito de conduzir as partes litigantes ao comportamento cooperativo, no qual ambas possam extrair a maior utilidade possível para si, contribuindo para a redução da excessiva e habitual litigância e para a minimização da “Tragédia da Justiça”, em analogia àquela descrita por Hardin na “Tragédia dos Comuns”.

seria medida racional, flexível e eficiente, possibilitando a redução dos custos de transação, das estratégias oportunistas dos demandantes, do número de ações judiciais e do aumento da eficiência do Sistema de Saúde.

Contudo, a partir dos dados levantados, é possível inferir que a solução administrativa ou cooperativa extrajudicial, tomada como solução ótima para as partes, está limitada pelas falhas de Governo na produção e organização das informações, pelas deficiências nos sistemas informatizados, assim como por não ser o pensamento cooperativo dominante entre os atores envolvidos na judicialização (pacientes, defensores, gestores, advogados públicos etc.). Também está limitada por conta da assimetria de informações sobre as chances de êxito da parte contrária<sup>202</sup>, dos custos de transação na celebração do acordo<sup>203</sup>, do individualismo ou dos grupos de interesse institucionalizados<sup>204</sup> e das visões de cada ator sobre o interesse público.

A ausência de banco de dados com informações fidedignas e atualizadas sobre a quantidade e a qualidade de litígios, os itens de saúde pleiteados, os custos envolvidos e os resultados de cada demanda ajuizada, até mesmo os custos da estrutura administrativa da própria Administração Estadual, também dificulta a possibilidade de celebração de acordos extrajudiciais e, conseqüentemente, a satisfação do direito fundamental à saúde do paciente, potencial demandante judicial, de forma efetiva e eficiente.

Diante desse quadro, torna-se importante compreender o comportamento dos atores e os interesses em jogo, que decorrem de diversas tomadas de decisões e da geração de uma cadeia de incentivos, preferências e oportunidades. Anote-se que o paciente procura o médico para o tratamento de sua doença, que prescreve os medicamentos ou procedimentos que entende cabíveis ao caso. Não os obtendo regularmente pelas vias administrativas, o paciente recorre ao Poder Judiciário por meio de um advogado ou defensor público. Nesse cenário, os médicos ocupam um papel central nos sistemas de atenção à saúde, já que são eles que mais exercitam o poder decisório ao ordenarem despesas do sistema de saúde. Como salienta Mendes (2019, p. 52-53), “[s]ão os médicos que tomam as decisões de internar as pessoas, de prescrever medicamentos, de fazer exames complementares, de realizar cirurgias etc.”.<sup>205</sup>

Após a batalha judicial, o juiz, legitimando a concepção individualizada e curativa do direito à saúde, geralmente amparada numa prescrição médica, determina ao gestor público que

---

<sup>202</sup> Informações sobre a pretensão do paciente que não chegam à Administração porque encontram incentivos ofertados pelos advogados.

<sup>203</sup> Montar estrutura e dotar profissionais de conhecimento sobre autocomposição ou mediação.

<sup>204</sup> Os advogados públicos e privados possuem plenas condições de antever a probabilidade de resultado da demanda, considerando a experiência e o acesso à jurisprudência.

<sup>205</sup> Sobre os excessos da medicina atual e as conseqüências que o uso abusivo da prescrição médica e da tecnologia pode causar ao paciente e à saúde pública, ver *in*: Bobbio (2019).

forneça o medicamento ou procedimento imediatamente, sob pena de aplicação de penalidade. O gestor realoca recursos destinados a políticas públicas de saúde, inclusive fornecimento de medicamentos e tratamentos para a coletividade, dirigindo-os para determinado indivíduo, desorganizando as contas públicas, as rotinas administrativas de gestão de recursos humanos e financeiros e os programas previamente planejados, vulnerando as políticas públicas da área, bem como os princípios que orientam o SUS. A atuação do juiz promove o acesso alternativo aos medicamentos, mas desconecta a concessão judicial do medicamento com o sistema de cuidado do SUS. O Judiciário, não raro, decide interferindo em políticas públicas ao incentivar com suas determinações a execução daquelas não previstas nas legislações orçamentárias e ordinárias.

O problema se agrava quando os interesses são voltados para a satisfação de interesses próprios burlando o sistema. É o caso do paciente que possui recursos, mas que recorre aos cofres do Estado; do médico do setor privado que se utiliza do SUS; do advogado particular, que capta clientela (pacientes) para o ajuizamento de ações em massa; dos laboratórios farmacêuticos, que lançam no mercado produtos de alto custo com foco na aquisição judicial; assim como do juiz, que decide liminarmente sem se importar com as consequências, simplesmente por não querer que a morte de um paciente seja atribuída à sua decisão. Tudo isso devido aos incentivos criados por decisões judiciais que desconhecem as políticas públicas e a legislação do SUS, bem como desconsideram os limites orçamentários e a escassez dos recursos públicos, gerando o que Ferraz (2019, p. 15) denomina de jurisprudência do direito à saúde como um “direito a tudo”.<sup>206</sup>

Depreende-se, assim, que é expressiva a cadeia de incentivos para que o demandante busque no Poder Judiciário a satisfação de sua pretensão em saúde por meio de uma estratégia racional, já que o benefício esperado é superior ao custo a ser suportado. Isso porque a jurisprudência predominante continua favorável a quem demanda, com elevada probabilidade de êxito; os custos do processo são baixos, especialmente considerando a gratuidade do acesso ao Judiciário; e os custos do autor da ação são praticamente limitados aos custos pessoais, que incluem, além da própria enfermidade, o tempo, o deslocamento, as condições financeiras e outros. Desconsiderando-se a possibilidade de solução administrativa dos conflitos, os custos pessoais são muito baixos se levado em conta a alta probabilidade de êxito e o fato de a

---

<sup>206</sup> Como pontua Ferraz (2019, p. 15), “a jurisprudência do ‘direito a tudo’ habita um mundo no qual escolhas difíceis não precisam ser feitas e processos complexos podem ser descartados pela conjunção mágica entre um artigo da Constituição e o carimbo de um médico no seu receituário. Esse mundo infelizmente não existe. Ou pior, existe, mas apenas a um enorme custo, repita-se, para a segurança, a sustentabilidade e a equidade do sistema público de saúde”.



judicialização ser praticamente a única forma de acesso gratuito às prestações não fornecidas pelo SUS.

Desse modo, investir nas pessoas criando incentivos adequados para a autocomposição pode evitar a superexploração da estrutura do Poder Judiciário (bem comum) e a atual intensidade da litigância predatória sobre o direito à saúde, sem deixar de alocar esse direito de forma eficiente. Para tanto, tais incentivos devem se dar de maneira que elas vislumbrem que por meio de acordo extrajudicial possam obter, pelo menos, o mesmo resultado que teriam na esfera judicial, porém, suportando custos de transação menores.

Se houvesse a adequada compilação histórica de todos dados estatísticos acerca das demandas, a Administração Estadual (SES) poderia ter mais informações e possibilidades de adotar estratégias para incentivar a solução cooperativa, passando a ideia ao paciente/demandante de que será alta a probabilidade de obter a prestação por meio de um acordo e com menores custos e menor tempo (contraponto ao incentivo da jurisprudência favorável vislumbrado pelo autor da ação), sem prejuízo de que a PGESC, enquanto órgão defensor do Estado nessas ações, também fizesse o mesmo de forma a subsidiar aquela.

Ocorre que a ideia de criação de incentivos não deve se limitar a direcionar apenas o comportamento dos litigantes, mas também (e principalmente) dos agentes públicos. Esse é o ponto de contribuição dessa pesquisa. Viu-se que as relevantes contribuições da análise econômica enquanto teoria comportamental auxilia a compreender e prever, em grande medida, como os indivíduos e agentes públicos se comportam em seus meios, podendo-se estabelecer incentivos e desincentivos para determinadas condutas a partir da previsibilidade das escolhas e suas consequências. Não há dúvidas de que a compreensão do comportamento dos indivíduos no âmbito dos órgãos do Executivo e do Judiciário exige ir além da dogmática jurídica e do próprio Direito.

Considerando que o bem-estar social pode ser compreendido como uma medida de agregação dos níveis de utilidade atribuída por todos os indivíduos da sociedade, que a noção de eficiência está associada à maximização do bem-estar social e que toda medida que produzir a maior satisfação do maior número de indivíduos na sociedade será considerada eficiente, torna-se necessário investir nos agentes públicos por meio de incentivos, dissuasões e informações suficientes, porque são eles que individual e coletivamente tomam decisões.

Portanto, para além da imperiosa construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as Instituições Estatais envolvidas (articulação interinstitucional) e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, mostra-se fundamental a criação de incentivos para o material humano envolvido na judicialização. Isso implica desenhar uma

estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde. Do contrário, a judicialização predatória das políticas públicas de assistência farmacêutica no Estado continuará sendo causada ou influenciada, em grande medida, pelas falhas de Governo e pela ineficiência da articulação entre as Instituições Estatais.

## CONCLUSÕES

Nas últimas três décadas, a judicialização da saúde pública no País apresentou uma trajetória crescente de busca judicial por medicamentos e tratamentos em face do Estado, contexto que evidencia a maior consciência das pessoas sobre os seus direitos, a maior disposição dos advogados públicos e privados em promover ações e a grande recepção do Poder Judiciário para acolher demandas, principalmente em sua dimensão individual. Entre os aspectos positivos está o fato de o Judiciário ampliar o exercício da cidadania, ao constranger o gestor público a concretizar as prestações de saúde previstas em políticas públicas prometidas e não executadas, em conformidade com o que determina o art. 196 da CRFB/88. Por outro lado, também existem aspectos negativos, como a desorganização do orçamento do Executivo, a realocação de recursos de outros programas de saúde, a desconsideração das prioridades governamentais e da capacidade de pagamento de tributos pela sociedade, o aumento das desigualdades de acesso aos serviços causados pelo atendimento judicial de prestações não contempladas nas políticas públicas do SUS, bem como o esgotamento do Poder Judiciário em razão da enorme quantidade de demandas.

Apesar dos avanços na jurisprudência, o STF não tem enfrentado de forma desejável o problema da judicialização da saúde, a fim de estabelecer critérios que confirmem o mínimo de segurança jurídica e permitam aos juízes de primeira instância decidir de maneira uniforme, alheios à emoção do caso concreto e de sua urgência. Passados mais de dez anos entre a audiência pública realizada em maio de 2009 e as recentes decisões em repercussão geral, a tensão entre demandas individuais e prestações coletivas ainda está longe de uma solução, especialmente em razão do foco predominante sobre a microjustiça (caso concreto) de pedidos individuais por medicamentos, insumos e tratamentos, em detrimento da análise da macrojustiça, que pressupõe o controle sobre as políticas públicas em sentido amplo, assegurando-se o respeito aos princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e serviços de saúde, assim como os meios para a concretização das promessas constitucionais, em consonância com a capacidade financeira do Estado. Não há dúvidas de que exercitar a macrojustiça, de forma universal e isonômica, também constitui grande desafio.

A primeira conclusão que exsurge das pesquisas realizadas é de que não existem dados fidedignos e completos produzidos pelas Instituições Públicas do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça de forma transparente, a fim de subsidiar análises, diagnósticos, soluções e projeções acerca dos problemas que envolvem a complexidade da judicialização da saúde no Estado Catarinense. A qualidade das informações é fundamental para a tomada de decisão não só no âmbito da Administração Pública, como também do Poder Judiciário. A ausência de dados

completos, atualizados e fidedignos causa assimetria de informações e externalidades negativas, prejudica as tomadas de decisões individuais e coletivas e a própria articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça. Ademais, o ambiente de assimetria de informações pode permitir que os agentes (laboratórios farmacêuticos, advogados e outros) mais bem informados tenham maiores chances de se organizar em grupos de interesse e de capturar a Administração Pública.

A segunda conclusão se revela na importância da utilização de preceitos derivados das Ciências Econômicas no Direito, devendo ser levado a sério o fato de que os direitos têm custos, os recursos são escassos, as ações geram consequências, as normas e as decisões judiciais produzem externalidades, os Governos falham, a má gestão das políticas públicas de saúde provoca distorções no sistema e o êxito na judicialização predatória incentiva novas demandas. Essa visão pragmática, mais interessada nas consequências das ações do que na interpretação semântica das normas não afasta a hermenêutica tradicional do Direito, e sim auxilia os juízes e os gestores nas tomadas de decisões em busca de maior eficácia e eficiência e menor produção de externalidades negativas, especialmente no campo da judicialização da saúde pública, cuja complexidade restou demonstrada nesta pesquisa. Isso porque a busca judicial de medicamentos e tratamentos convive com postos de saúde e hospitais públicos com precária infraestrutura, falta de profissionais especializados e de insumos, além de falhas de gestão governamental.

Nesse sentido, os pressupostos teóricos da TEP podem ser importantes para avaliar o processo de tomada de decisão dos agentes e suas consequências, modificar arcabouços normativos e, assim, enriquecer o Direito. Não existem respostas absolutas e definitivas para todas as questões que abarcam a judicialização do direito social à saúde. Contudo, observa-se que a TEP pode contribuir para o debate com o seu instrumental teórico, auxiliando a descortinar outras causas, especialmente no que tange às falhas de Governo. Não mais é possível enfrentar a complexidade da judicialização da saúde pública utilizando apenas as lentes do Direito, ignorando as demais áreas do conhecimento, sobretudo aquelas que permitem avaliar e prever o comportamentos das pessoas, como a Ciência Econômica.

A terceira conclusão evidencia que é possível promover melhorias nas Instituições Estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça envolvidas com a judicialização predatória do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado de Santa Catarina, fornecendo-se incentivos aos seus atores para que se comportem de maneira socialmente desejada, tomem decisões eficientes, efetivas e voltadas à maximização de interesses sociais.

Ao estudar o comportamento autointeressado, a matriz econômica da TEP chama a atenção para a racionalidade (ainda que limitada) do agente público e a importância dos incentivos que recebe no ambiente em que se encontra e toma decisões. Sabendo-se que os resultados dos processos decisórios são influenciados pelos incentivos existentes, pode-se elaborar políticas regulatórias no âmbito do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça que incorporem incentivos comportamentais que tragam maior eficiência nas decisões e efetividade nos resultados no que respeita à judicialização da saúde.

Portanto, ainda que limitada aos dados fornecidos e coletados sem isolamento de outras variáveis ou causalidades, a presente pesquisa permite confirmar a hipótese fundamental inicialmente formulada no argumento de que a judicialização predatória da saúde pública no Estado Catarinense é causada, em grande medida, pela articulação ineficiente das Instituições Estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, especialmente em razão das falhas de Governo, dos conflitos de interesses de cada ator ou grupo nesse processo, dos custos de transação elevados, da estrutura de incentivos, das assimetrias de informações e das externalidades negativas produzidas pelas tomadas de decisões no âmbito do Governo e do Judiciário.

Tendo em vista a problematização da judicialização predatória da assistência farmacêutica no Estado Catarinense a partir dos aportes teóricos e empíricos, mostra-se necessário indicar alguns caminhos para enfrentar esse dinâmico e complexo problema. Como proposta para o seu enfrentamento sugere-se, para além da necessária construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as Instituições Estatais envolvidas (articulação interinstitucional) e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, a criação de incentivos para o material humano envolvido na judicialização, porque ao fim e ao cabo são as pessoas que individual e coletivamente tomam decisões.

O material humano a que se faz referência diz respeito aos agentes públicos, na condição de servidores, juízes, advogados, auditores, promotores, médicos, farmacêuticos, entre outros. Nesse ponto, deve haver especial atenção em relação aos médicos, já que estes exercitam o poder decisório de prescrever medicamentos e tratamentos, que tende a influenciar as decisões subsequentes, inclusive no âmbito do Poder Judiciário com a judicialização.

Em sua aparente simplicidade, significa desenhar uma estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos envolvidos maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde. Tal estrutura deve abarcar o mapeamento de informações empíricas e representativas da realidade da saúde pública e das consequências da sua judicialização no Estado, a fim de servir como ferramenta de apoio ao processo decisório e

de parâmetro de atuação administrativa e judicial mais realista e eficiente. Esse mapeamento estatístico de informações deve ser feito conjuntamente com Órgãos e Instituições Estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, especialmente no âmbito do NAT-JUS, do COMESC, do TCESC, do TJSC, da PGESC, da Defensoria Pública e do Conselho Regional de Medicina, de maneira articulada, compartilhada, convergente e contínua para formação de um grande banco de dados de acesso interno e externo.

Deve-se incentivar a transparência e a divulgação das informações em meio eletrônico de amplo acesso à sociedade, tornando públicas as consequências das decisões judiciais quanto à origem dos recursos econômicos realocados pela Administração Pública e os programas negativamente afetados. Com isso, tende-se a fortalecer as Instituições, promover a melhoria da qualidade dos serviços e dos interesses sociais na área da saúde, ampliar o acesso à saúde pública e minimizar a judicialização predatória.

Reconhece-se que desenhar incentivos aos agentes públicos, apesar de fundamental, é parte da solução para o problema, já que a judicialização da saúde constitui fenômeno complexo, difuso e multifacetado. No entanto, acredita-se que, aliado à análise jurídica, a abordagem econômica da questão pode ser de grande valia para compreender o problema de modo mais amplo e para além da dogmática jurídica, estimulando novas pesquisas teóricas e empíricas sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. Judicialização da política vigora no Brasil desde o Império. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 494, ano XV, 03 out. 2016.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./ jun., 2014.
- ARAÚJO, Fernando. **Análise económica do direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARROW, Kenneth J. Social choice and individual values. John Wiley & Sons, London, 1951, p. 3. Disponível em: < <https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf> >. Acesso em: 19 set. 2019.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 88, jan/abr, 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AZEVEDO, Lyza Anzanello de. **Análise econômica da tributação**: a importância da arrecadação do ICMS para garantia dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.
- BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo**: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev., 2010a.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 12, n. 96, fev./mai., 2010b.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de**

- Direito Social**, v. 9, n. 34, p. 11–43, abr./jun., 2009. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf). Acesso em: 10 ago. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out., 2005.
- BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda *et al.* Assistência Farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciência & Saúde Coletiva**. 23 (6): 1937-1951, 2018.
- BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.
- BOBBIO, Marco. **Medicina demais**: o uso excessivo pode ser nocivo à saúde. Trad. Mônica Gonçalves. Barueri: Manole, 2019.
- BODART, Bruno; YEUNG, Luciana L. A constitucionalização de direitos sociais: uma análise econômica. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira. **A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Notícias**. Aprovado registro de produto de terapia gênica. 17 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). I Jornada de Direito da Saúde. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014**. Disponível: [http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pd](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pd). Acesso em: 20 mai. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução. **Justiça Pesquisa**, 2019a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010. 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. Brasília, 2010. Disponível em: <[www.normasbrasil.com.br/norma/?id=94757](http://www.normasbrasil.com.br/norma/?id=94757)>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em números 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019b. Disponível em: <[justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf) (cnj.jus.br)>. Acesso em: 21 set. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília: 2010. Disponível em: <[www.normasbrasil.com.br/norma/?id=112742](http://www.normasbrasil.com.br/norma/?id=112742)>. Acesso em: 14 mar. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília. 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **População**. 3 de janeiro de 2021. Disponível em: <



[www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm\\_source=portal&utm\\_medium=popclock](http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock)>. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Cidades**. 3 de junho de 2019. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama>>. Acesso em 03 jun. 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Desafios da Nação**. V. 1.

Brasília: IPEA, 2018, p. 88-89. Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327\\_desafios\\_da\\_nacao.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao.pdf). Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. **Notas Técnicas NAT-JUS/SC**. Disponível em:

<[http://www.jfsc.jus.br/novo\\_portal/conteudo/mostraConteudoArquivo.php?idValorCampoMateria=88942](http://www.jfsc.jus.br/novo_portal/conteudo/mostraConteudoArquivo.php?idValorCampoMateria=88942)>. Acesso em: 13 abr. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília. 2011. Disponível em:

<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Diário Oficial, Brasília, p. 12647, 24 set. 1976.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília. 1990. Disponível em:

<[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.thm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.thm)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas para o SUS – PCDT. Brasília: 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/ceaf/pcdt>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça**: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais/Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf). Acesso em: 10 out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Relator determina que Ministério da Saúde complete valor de remédio milionário para tratamento de bebê com doença rara. 6 de outubro de 2020. Disponível em:

<[www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06102020-Relator-determina-que-Ministerio-da-Saude-complete-valor-de-remedio-milionario-para-tratamento-de-bebe-com.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06102020-Relator-determina-que-Ministerio-da-Saude-complete-valor-de-remedio-milionario-para-tratamento-de-bebe-com.aspx)>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1069810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5897**. Rel.: Min. Luiz Fux. Julg.: 24/04/2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409330>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Pleno. Rel.: Min. Ayres Brito. Julg.: 29.05.2008. DJ 28.05.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277 e ADPF 132. Pleno. Rel.: Min. Ayres Britto. Julg.: 05.05.2011. DJ 14.10.2011.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Pleno. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julg.: 12.04.2012. DJ 29.04.2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG n. 236.644-RS. Rel: Min. Maurício Correa.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG n. 238.328-RS. Rel.: Min. Marco Aurélio.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. STA. n 175, Rel Min. Gilmar Mendes, DJe. 30.04.2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Rel.: Min. Teori Zavascki. Julg.: 17.02.2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.952. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julg.: 07.08.2008. Súmula Vinculante n. 11.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 941, de 20 a 24 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo941.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição n. 1.246-1/SC. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg.: 31 jan. 1997, DJ: 13/02/1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670 e MI 708. Pleno. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 25.10.2007. DJ 31.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712. Pleno. Rel.: Min. Eros Grau. Julg.: 25.10.2007. DJ 31.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602. Rel.: Min. Eros Grau. Julg.: 04.10.2007. DJ 03.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.603. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg.: 04.10.2007. DJ 03.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.604. Rel.: Min. Cármen Lúcia. Julg.: 04.10.2007. DJ 03.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 271.286-AgR-RS. Rel.: Min. Celso de Mello.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AgReg no RE 393.175-0/RS. Rel.: Min. Celso de Mello, Julg.: 12/12/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR/CE. Rel.: Min. Gilmar Mendes, Julg.: 17/03/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF suspende eficácia da lei que autoriza uso da fosfoetanolamina. 19 de maio de 2016. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (eds.) **The Theory of Public Choice II**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2009.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent**: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 1999 [1962].
- BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas; MOREIRA, Fernando Henrique Barbosa Borges. Impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas de saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- BUTLER, Eamonn. **Public Choice**: a primer. London: The Institute of Economic Affairs, 2012.
- CAETANO, Rosângela *et al.* O caso do eculizumabe: judicialização e compras pelo Ministério da Saúde. **Revista Saúde Pública**, v. 54, n. 22, 2020.

- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources.** New York: Norton & Company, 1978.
- CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista Saúde Pública**, 46(5): 784-790, 2012.
- CAPLAN, Bryan. Rational irrationality and the microfoundations of political failure. **Public Choice**, v. 107, n. 3, 2001a. Disponível em: <[https://www.independent.org/pdf/working\\_papers/07\\_rational.pdf](https://www.independent.org/pdf/working_papers/07_rational.pdf)>. Acesso em: 2 mai. 2021.
- CAPLAN, Bryan. Rational ignorance versus rational irrationality. **Kyklos**, v. 54, 2001b. Disponível em: <[atavisionary.com/wp-content/uploads/2017/08/rational-irrationality.pdf](http://atavisionary.com/wp-content/uploads/2017/08/rational-irrationality.pdf)>. Acesso em: 2 mai. 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Cristiano. Direito tributário e Análise Econômica: uma introdução atualizada. In: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos.** São Paulo: Actual, 2020.
- CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil.** Rio de Janeiro: Record, 2017.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, 2018.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista Saúde Pública**, 44(3):421-429, 2010.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59-112.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic**. v. 3, 1960.
- COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law, v. 68, **Cal. L. Rev.** 221, 1980.
- COLEMAN, Jules L. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice". **Stanford Law Review**, v. 34, n. 5, 1982.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics.** 6. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2016.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 3, 2019.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O interesse público no divã da psicanálise: para um conceito bidimensional de interesse público. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 52, 2018.
- CYRINO, André. O princípio constitucional da eficiência: interdisciplinaridade, análise econômica e método no direito administrativo brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a.

- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.
- DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.
- DOMINGUES, Daniela de Cássia; BARBOSA, Mariana Michel. Utilização das notas técnicas nos processos judiciais do Estado de Minas Gerais. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais**. Brasília: CONASS, 2018.
- DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Trad. Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013 [1957].
- DRESCH, Renato Luís. Judicialização da saúde: medidas de aprimoramento técnico das demandas judiciais. In: GEBRAN NETO, João Pedro; AVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel (Orgs.). **Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso**. V. 2. Vitória: Editora ABRAGES, 2017.
- DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, 1980.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2014.
- ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.
- ESPINOZA, Gisele Bechara. O sequestro de verba pública e a imposição de multa cominatória como meio de efetivação do direito à saúde: uma análise sob a ótica da administração. In: SANTOS, Alethele de Oliveira (Coord.). **Direito à saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015.
- EVANGELISTA, Ana Paula. SUS. **Revista Poli: saúde, educação e trabalho**, Ano X, nº 59, julho 2018.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, set./dez. 2019.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequalities? **Health and Human Rights, An International Journal**, v. 11, n. 2, p. 33-45, 2009. Disponível em: <https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/125/2013/07/4-Ferraz.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.
- FERREIRA, Francisco Whitaker. Participação popular, inovação promissora da Constituinte de 1987-1988 e os tempos atuais. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FORTES, Pedro Rubim Borges. De graça até injeção na testa? Dez mitos da literatura crítica e uma defesa da judicialização da saúde baseada em evidências. **Revista Estudos Institucionais (REI)**, v. 7, n. 1, jan./abr., 2021.

- FRAZÃO, Carlos Eduardo; SILVA, Raphael Carvalho da. Judicialização de políticas públicas: os desafios técnicos e jurídicos na justiciabilidade dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 5, n. 8, jan-jun, 2013.
- GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguilar; WASILEWSKI, Dione Jesabel. Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 12, n. 3, set./dez., 2020.
- GADELHA, Maria Inez Pordeus. A questão judiciária no SUS. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do direito: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GALVÃO, Eduardo Ribeiro. **Fundamentos de relações governamentais** [on line]. (s/ ano). Disponível em:  
<https://books.google.com.br/books?id=Ngt6DwAAQBAJ&pg=PR47&lpg=PR47&dq=logrolling+ng+rolar+os+troncos&source=bl&ots=3MHMp0eM0N&sig=ACfU3U0TdyPsUYrLW5toVkB YD V0HYNK60w&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiFs9fy6ojqAhWUGbkGHa8pA14Q6AEwAnoECAkQAQ#v=onepage&q=logrolling%20rolar%20os%20troncos&f=false>. Acesso em: 17 jun 2020.
- GEBRAN NETO, João Pedro. Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. In: SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. In: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020a.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020b.
- GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In: **Sequencia**. V. 35, n. 68. Florianópolis, SC. 2014.
- GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. *Public choice, rent seeking* e judicialização do direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 14, n. 3, p. 27-45, set./dez. 2017.
- GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e teoria dos jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- GOULART, Bianca Bez. **Análise econômica do litígio**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the Commons. **Science**, New Series, v. 162, n. 3859 [Dec. 13, 1968], p. 1244. Disponível em:  
<https://www.hendrix.edu/uploadedFiles/Admission/GarrettHardinArticle.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. (Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HENRIQUE, Milene de Carvalho; MENDONÇA, Mara Regina Leite; BRAGA, Elizangela Andrade. NatJus e desjudicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES,

- Luciana Tolêdo (Orgs.). **Boas práticas e diálogos institucionais**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- HESSE, Conrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**, 2004.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Fondo de Cultura Economico: México, 1999.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- HONE, Thomas. O futuro dos sistemas universais de saúde: como o Sistema Único de Saúde brasileiro pode aprender com o Serviço Nacional de Saúde (NHS) do Reino Unido? In: BARROS, Fernando P. Cupertino de (Coord.). **O futuro dos sistemas universais de saúde**. CONASS debate. Brasília: CONASS, 2018.
- INATOMI, Celly Cook. Abordagens teóricas na pesquisa empírica sobre o Poder Judiciário: diálogos, pontes, híbridos. In: KOERNER, Andrei. (Org.). **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** São Paulo: Martins fontes, 2004 [1931].
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP** [online], n. 96, 2013.
- KOERNER, Andrei. (Org.). **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017.
- KRONMAN, Anthony T. Wealth Maximization as a Normative Principle. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, 1980.
- KRUEGER, Anne O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. **American Economic Review**, v. 64, 1974.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stönnnes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria do jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- LEAL, Leila. Tijolo por tijolo: memórias das lutas que, durante os anos 1970 e 80, construíram o caminho para a criação do SUS. **Revista Poli: saúde, educação e trabalho**, Ano X, nº 59, julho 2018.

- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial**: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LEESON, Peter T.; THOMPSON, Henry A. Public choice and public health. **Public Choice**. 2021. Disponível em: <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs11127-021-00900-2.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- LISBOA, Marcos de Barros; LATIF, Zeina Abdel. Democracy and growth in Brazil. **Inspere Working Paper**. 2013. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/07/Democracy\\_and\\_Growth\\_in\\_Brazil.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2013/07/Democracy_and_Growth_in_Brazil.pdf). Acesso em: 18 ago. 2019.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Revista Saúde Pública**, 45(3): 590-598, 2011.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MANIKW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima e Ez2 Translate. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.
- MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Avanços e desafios do SUS na atualidade. In: SANTOS, Alethele de Oliveira (Coord.). **Direito à saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MATHIAS, Maíra. Os sistemas universais na encruzilhada: ainda há espaço para a garantia do direito à saúde no capitalismo de hoje? **Revista Poli: saúde, educação e trabalho**, Ano X, nº 59, julho 2018b.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (ed.). **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. University of Lucerne, Switzerland, 2012, p. 6. Disponível em: [https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6\\_Mathis\\_Consequentialism\\_in\\_Law.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf). Acesso em: 07 fev. 2018.
- MEDICI, André Cezar. A saúde no Brasil do século XXI: limites constitucionais e possibilidades de reforma. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Eugênio Vilaça. **Desafios do SUS**. Brasília: CONASS, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. Introdução: os primeiros 25 anos da Constituição Federal – A celebração do inesperado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Coords.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Marcos. O que é “rent seeking”? **Brasil, Economia e Governo**. 25 mar. 2014. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/03/25/o-que-e-rent-seeking/>. Acesso em: 04 mar. 2018.

- MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MICHELMAN, Frank I. A Comment on Some Uses and Abuses of Economics in Law. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 2, 1979.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Jeitinho brasileiro, mazelas históricas e cultura jurídico-tributária**. Florianópolis: Insular, 2012.
- MOURA, Tatiana Whately *et al.* **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Anadep: Ipea, 2013. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_19\\_03.pdf](https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf). Acesso em: 20 abr. 2019.
- MUELLER, Dennis C. **Public Choice III**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- MUELLER, Dennis C. Public Choice: a survey. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (eds.). **The Theory of Public Choice II**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2009.
- NAUNDORF, Bruno; CARLI, Patrícia; GOULART, Bárbara. O Estado do Rio Grande do Sul e os impactos da judicialização da saúde na gestão pública. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na Nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. In: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020.
- NORONHA, João Otávio de. A reserva do possível e sua aplicação. In: **Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019.
- OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 188-189, jan./jun., 2015.
- OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Relatório 30 anos de SUS: que SUS para 2030?** Brasília: OPAS, 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Health Spending**, 2019. Disponível em: <https://data.oecd.org/healthres/health-spending.htm#indicator-chart>. Acesso em: 5 dez. 2019.
- PAIM, Jairnilson Silva. A macropolítica de saúde pública. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 491, Ano XVI, 22 ago. 2016.
- PAIM, Patrícia. Os passos do SUS: do apogeu à falência – a judicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018b.
- PAIVA, Emília; FREITAS, Elton. Informações para as políticas públicas: o potencial do DataViva. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PARGENDLER, Mariana Souza; SALAMA, Bruno Meyerhof. A Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos (Apresentação). In: KLEIN, Vinicius; BECUE,



- Sabrina Maria Fadel (Orgs.). **A Análise Econômica do Direito**: principais autores e estudos de casos. Curitiba: CRV, 2019.
- PEREIRA, José liberto; PEPE, Vera Lúcia Edais. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 30-45, 2014.
- PEREIRA, Paulo Trigo. A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*): uma abordagem neoliberal? **Análise Social**, vol. XXXII (141), p. 437-439, 1997. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. London: Macmillan & Co., 1920. Disponível em: [https://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html?chapter\\_num=1#book-reader](https://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html?chapter_num=1#book-reader). Acesso em: 17 mar. 2020.
- PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PINTO, Élide Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. **Revista Consultor Jurídico**. 21 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Consolidação do gasto com ações e serviços públicos de saúde**: trajetória e percalços no período de 2003 a 2017 (Texto para Discussão nº 2439). Brasília: IPEA, 2018, p. 13-14. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2439.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2439.pdf). Acesso em: 25 set. 2019.
- PIOLA, Sérgio; PAIVA, Andrea Barreto de; SÁ, Edvaldo Batista de; SERVO, Luciana Mendes Santos. **Financiamento público da saúde**: uma história à procura de rumo (Texto para Discussão nº 1846). Brasília: IPEA, 2013, p. 7. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD\\_1846.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf). Acesso em: 13 dez. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.
- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.
- POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 2, 1979.
- POSNER, Richard A. The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States. V. 32. N. 1. **Tulsa Law Journal**, 1996.

- POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.
- POSNER, Richard A. What Do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). **Supreme Court Economic Review**, 3: 1, 1994.
- POSNER, Richard. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, 1980.
- RAMOS, Elival da Silva. A advocacia pública na Constituição de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson De. A formação do Estado brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.
- RIBEIRO, José Mendes *et al.* Federalismo e políticas de saúde no Brasil: características institucionais e desigualdades regionais. **Ciência & Saúde Coletiva**. 23 (6): 1777-1789, 2018.
- ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: FCE, 1994.
- ROSALEN, Volnei. **Judiciário e política: fatos e versões da crise do Judiciário do Brasil a partir de sua estrutura e dos litígios**. Curitiba: Juruá, 2018.
- ROWLEY, Charles K. Public Choice from the Perspective of the History of Thought. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich (Eds.). **The Encyclopedia of Public Choice**. V. I. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004b.
- SAKALOUSKA, Karen. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da Suprema Corte. In: KOERNER, Andrei. (Org.). **Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017a.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I)**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, n. 22, mar/2008.
- SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 117, jul./dez., 2018.
- SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização e promoção da justiça no acesso à saúde: estudo do perfil das demandas dos cidadãos atendidos na Defensoria Pública. In: GEBRAN NETO, João Pedro; AVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel (Orgs.). **Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso**. V. 2. Vitória: Editora ABRAGES, 2017.
- SANTA CATARINA, Tribunal de Contas. Parecer Prévio sobre as contas prestadas pelo Governador do Estado: exercício 2018. Processo @PCG 19/00311744, Rel.: Cons. Herneus De Nadal, Julg.: 30/05/2019, Florianópolis: Tribunal de Contas, 2019. Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/diario/dotc-e2019-06-07.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.
- SANTA CATARINA, Tribunal de Contas. Parecer Prévio sobre as contas prestadas pelo Governador do Estado: exercício 2019. Processo @PCG 20/00143150, Rel.: Cons. José Nei Alberton Ascari, Julg.: 03/06/2020, Florianópolis: Tribunal de Contas, 2020. Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/diario/dotc-e2020-06-16.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

- SANTA CATARINA. Comitê Estadual de Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência da Saúde de Santa Catarina (COMESC). **Enunciados**. Disponível em: <https://www.mpssc.mp.br/programas/comesc?ancora#enunciados>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. COMESC. Disponível em: <<https://www.mpssc.mp.br/programas/comesc>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- SANTA CATARINA. Município de Joinville. **Relatório Anual de Gestão – RAG**. 2017. Disponível em: <[Relatório-de-Gestão-em-Saúde-do-Município-de-Joinville-2017.pdf](#)>. Acesso em 28 dez. 2019.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas de Santa Catarina. **Contas do Governo do Estado relativas ao exercício de 2017**. Processo PCG 18/00200720, 2018. Disponível em: <<https://consulta.tce.sc.gov.br/relatoriosdecisao/voto/4644777.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Processo RLA 17/00850315, Acórdão n. 363/2019, Rel.: Cons. Luiz Eduardo Cherem, julg.: 29 mai. 2019. Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/diario/dotc-e2020-10-23.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Processo @RLA 18/00189572, Acórdão n. 522/2020, Rel.: Cons. Cleber Muniz Gavi, julg.: 06/07/2020. Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/diario/dotc-e2020-11-17.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. Rio do Sul. Rel.: Des. Ronei Danielli. Julg.: 09 nov. 2016. Disponível em: <DJSC 3/03/2020 - Pg. 260 - Caderno jurisdicional do tribunal de justiça | Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina | Diários Jusbrasil>. Acesso em: 16 nov. 2020.
- SANTOS ARENHART, Fernando; BALBINOTTO NETO, Giacomio. A análise econômica da litigância: teoria e evidências. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, 2012. Disponível em: <[qt94h4b44p.pdf](#) (escholarship.org)>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos *et al.* O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e acesso à justiça. **Revista Sequência**, n. 53, 2006. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/47426944\\_Arbitragem\\_e\\_acesso\\_a\\_justica](https://www.researchgate.net/publication/47426944_Arbitragem_e_acesso_a_justica)>. Acesso em: 6 jan. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva o possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010a.
- SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b.
- SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019, p. 121.

- Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 07 jul. 2019.
- SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 [1929].
- SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde e a judicialização do impossível. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- SCHULZE, Clenio Jair. Direito à saúde e o Poder Judiciário. In: SCHULZE, Clenio Jair.; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.
- SCHULZE, Clenio Jair. Judicialização da saúde: importância do conjunto probatório e da oitiva do gestor. In: SANTOS, Alethele de Oliveira (Coord.). **Direito à saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015a.
- SCHULZE, Clenio Jair. O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde. In: SANTOS, Alethele de Oliveira (Coord.). **Direito à saúde**. Coleção Para Entender a Gestão do SUS. Brasília: CONASS, 2015b.
- SELDON, Arthur. Escolha pública na Grã-Bretanha. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Trad. Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005a, Parte III.
- SELDON, Arthur. Introduction: About Public Choice. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure: A Primer in Public Choice**. Washington: Cato Institute, 2002a.
- SELDON, Arthur. Prefácio: a teoria da escolha pública. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública**. Trad. Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005b.
- SELDON, Arthur. Public Choice in Brintain. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure: A Primer in Public Choice**. Washington: Cato Institute, 2002b, Part III.
- SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. Cambridge, 2003, cap. 17, p. 2. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w9697.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- SHIKIDA, Cláudio Djissey. Gordon Tullock. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Orgs.). **A Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019.
- SHUGHART II, William F. Logic of collective action. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich (Eds.). **The Encyclopedia of Public Choice**. V. II. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.
- SILVA, José Afonso da. A constituinte pós-ditadura. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SILVA, Luíza Pinheiro Alves da. **Orçamento Temático de Acesso a Medicamentos: análise de 10 anos de recursos federais destinados à Assistência Farmacêutica - Avaliação das execuções financeiras do Ministério da Saúde com medicamentos de 2008 a 2018**. INESC. Brasília, nov. 2019.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**. V. 69, n. 1, 1955.

- STARCK, Christian. Princípios do Federalismo e o Brasil. Trad. Geraldo Luiz de Carvalho Neto. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Coords.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**, 1995.
- TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; KLEIN, Vinicius. *Rent seeking* e grupos de interesse. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira *et al* (Orgs.). **Análise econômica do direito**: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.
- TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- TOFFOLI, José Antonio Dias. O Poder Judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira**: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TOLLISON, Robert D. Foreword. In: BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent**: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 1999 [1962].
- TOLLISON, Robert D. Homo economicus. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich (Eds.). **The Encyclopedia of Public Choice**. V. II. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.
- TONELLI, Maria Luiza Quaresma. Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 494, ano XV, 03 out. 2016.
- TRINDADE, André Karam. Neoconstitucionalismo? A *resistência garantista* de Luigi Ferrajoli e a *crítica hermenêutica* de Lenio Streck. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Neoconstitucionalismo**: avanços e retrocessos. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- TULLOCK, Gordon. A teoria da escolha pública. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Falhas de governo**: uma introdução à teoria da escolha pública. Trad. Roberto Fendt. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2005, Parte I.
- TULLOCK, Gordon. Economic Imperialism. In: BUCHANAN, J.M.; TOLLISON, R.D. (eds.) **Theory of Public Choice**: Political Applications of Economic. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1972.
- TULLOCK, Gordon. The theory of public choice. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure**: A Primer in Public Choice. Washington: Cato Institute, 2002, Part I.
- TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. **Western Economic Journal**. v. 5, 1967.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- VALLINDER, Tobjörn *et al*. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- VANBERG, Viktor J. Public Choice from the Perspective of Sociology. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich (Eds.). **The Encyclopedia of Public Choice**. V. I. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.
- VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**, 2002.

- VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999.
- VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Brasília: Ipea, p. 11, 2020. (Texto para Discussão, n. 2547).
- VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, 2007; 41(2):214-222, p. 218.
- WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WALDRON, Jeremy. **Derecho y Desacuerdos**. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madri: Marcial Pons, 2005.
- WALDRON, Jeremy. **Political Theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: The problem and the institutional responses. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 4, p. 617-641, 2015.  
Disponível em:  
<https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/11469/Wang%20Healthcare%20Litigation%20in%20Brazil%20Accepted%202015.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 09 jul. 2019.
- WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à Justiça e o papel de defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 167-190, 2013.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- XAVIER, Christabelle-Ann. Judicialização da saúde: perspectiva crítica sobre os gastos da União para o cumprimento das ordens judiciais. In: SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Orgs.). **Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Coletânea direito à saúde. Brasília: CONASS, 2018.
- YEUNG, Luciana. Empirical Analysis of Judicial Decisions. In: MARCIANO, A.; RAMELLO, G. B. (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**, New York: Springer-Verlag, 2018.
- YEUNG, Luciana L. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”. In: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise Econômica do Direito**: temas contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.
- YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- ZEBULUM, José Carlos. Decisões judiciais na saúde, um campo propício para a interferência de convicções pessoais de cada juiz: análise da jurisprudência de quatro Tribunais de Justiça. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 26-31, nov. 2018/fev. 2019.
- ZEBULUM, José Carlos. Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos Tribunais Federais brasileiros. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 162, 2018.