ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A JUDICIALI[1]ZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Fabíola Valentin[1]

Mateus da Jornada Fortes[2]

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objeto o estudo da corrente teórica denominada de Análise Econômica do Direito (AED), uma aproximação das ciências de Direito e Economia sob o prisma daquela disciplina e a judicialização da saúde. O problema refere-se, mais precisamente, quanto à influência da economia no direito, especialmente, no fenômeno da judicialização da saúde.

Considerando o atual cenário brasileiro, a pesquisa da análise jurídica, sob uma perspectiva econômica, é extremamente relevante, sendo necessária, para tanto, a exposição de sua origem e aplicabilidade, especialmente como uma ferramenta para a garantia do direito fundamental à saúde. Ademais, quanto à judicialização da saúde, pesquisas demonstram significativa expansão do fenômeno nos últimos anos, o que renova a necessidade do estudo. Trata-se de um problema que compreende diversos setores do ordenamento jurídico brasileiro, além da sociedade, motivo pelo qual o trabalho buscará mostrar que a utilização de instrumentos da economia ao direito, ou seja, uma análise do fenômeno jurídico sob uma perspectiva econômica, no que diz respeito ao direito à saúde, pode ser uma ferramenta importante para minimizar a judicialização da saúde, bem como contribuir para a garantia e efetiva concretização desse importante direito.

Para a realização do estudo, utiliza-se o método dedutivo, em que a estratégia metodológica se corporifica em pesquisa bibliográfica, pautada em leitura, análise, síntese, interpretação e dedução de conceitos, obras e autores, bem como da leitura da legislação brasileira e análise jurisprudencial.

[1] Graduada em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Frederico Westphalen, RS.

[2] Professor do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Frederico Westphalen, RS.

2 O DIREITO E ECONOMIA (LAW AND ECONOMICS OU ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO) POR RICHARD POSNER

Richard Allen Posner iniciou fortemente o estudo do Direito através da Teoria Econômica e, após vários anos dedicados à pesquisa, Posner recebe o reconhecimento no mundo acadêmico, com a publicação da obra *Economic Analysis of Law*, em 1973 (GONÇALVES, 1997).

Sob a ótica de Posner, a Análise Econômica do Direito pode ser conceituada por se utilizar dos parâmetros econômicos de modo descritivo, com o objetivo de elucidar o Direito (LAUDA, 2009 apud SILVA; STAACK, 2017), propondo uma visão pragmática para guiar a concessão e demais atos governamentais (POSNER, 2007 apud SILVA; STAACK, 2017). Ou seja, Posner ensina que o Direito pode e deve ser estudado, analisado, aplicado e interpretado a partir dos princípios da microeconomia, à medida que essa se importa com a atividade individual dos agentes econômicos seja produzindo e consumindo, com a formação dos preços, o aumento de custos em uma empresa, etc. (GONÇALVES, 1997).

Consequentemente, a Análise Econômica do Direito denota uma maneira de análise e compreensão dos impactos do plano legal sobre o universo dos fatos (CHAVES, 2015), sendo corolário lógico afirmar que o Direito influencia e é influenciado pela Economia e a análise normativa encontra a análise positiva, com reflexos importantes na metodologia de pesquisa nessa área de interação (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005).

Nesse contexto, cabe salientar que o valor eficiência, como verdadeira medida do Direito, é o ensinamento mais relevante da fundamentação econômica do Direito, exemplificada por Posner (TIMM, 2005). Assim, o critério eficiência é entendido como maximização da riqueza e se torna um verdadeiro valor em si, bem como um valor máximo "cuja realização torna evidente e eficiência da sociedade e de suas instituições, dentre as quais, o Poder Judiciário" (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 374).

A maximização da riqueza é um fundamento ético norteador da Análise Econômica do Direito, o qual pode ser definido como uma doutrina que utiliza a análise custo-benefício para a decisão judicial (POSNER, 2010). Essa análise consegue comparar os objetos de seu estudo, antes de iniciar, o que é essencial, utilizando estimativas de determinados benefícios e custos,

ou seja, mesmo que certa circunstância não seja visivelmente uma questão monetária, é possível aproximá-la para um equivalente monetário (PIRES, 2016).

> De fato, a maximização da riqueza compreende a base de um modelo de justiça, oferecendo ao magistrado um critério objetivo a preencher com possível equilíbrio à margem discricionária da decisão, ao passo que, estrategicamente, na tese posneriana, surge a figura da eficiência (MARCELLINO JR., 2016).

Com efeito, por meio da eficiência, o magistrado tem um critério objetivo-científico para decidir, tornando-se agente de promoção da maximização de riqueza, legitimando suas decisões por meio de um novo conceito de justiça, à medida que estimula as ações autônomas e a melhor alocação de recursos em sociedade (MARCELLINO JR., 2016), assume o papel de um atenuador de externalidades do mercado, atuando de modo a amenizar as falhas mercadológicas e contribuindo com a busca do equilíbrio nas relações econômicas entre as pessoas (POSNER, 2003).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Conhecer a realidade social, as instituições envolvidas, as barreiras já existentes e os preceitos legais são extremamente necessários na construção de políticas públicas de saúde, pois, dessa forma, as decisões tomadas serão, de fato, efetivas ao que se pretende. (ARAÚJO; QUINTAL, 2018).

Dessa forma, como um método para superar as desigualdades e alcançar a equidade, as políticas públicas surgem como uma ferramenta importante da ação estatal, visando ao desenvolvimento social, para dar uma resposta quanto ao espaço e à atuação ou não do Estado. Em outras palavras, as políticas públicas são criadas pelo Estado para garantir os direitos sociais constitucionalmente previstos (ARAÚJO; QUINTAL, 2018).

Ocorre que o sistema de assistência à saúde, além de ser amplo, é complexo, uma vez que compreende uma grande diversidade de atores nas esferas pública e privada, além de abranger várias entidades regulatórias e inúmeros dispositivos legais, que regulam a relação entre esses diversos atores (CNJ, 2019).

Não obstante, a saúde também é uma questão que resulta em frequentes conflitos políticos e judiciais. Isso porque a prestação de saúde envolve a distribuição de recursos escassos em uma sociedade demasiadamente complexa, a qual possui padrões

epidemiológicos que aproximam o Brasil de países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Ao mesmo tempo, determinar o que é prioritário e estabelecer quem deve ser o foco dessas prioridades, causa necessariamente disputas e entraves (CNJ, 2019).

Assim, a chamada "judicialização da saúde" é, de fato, uma expressão dessa disputa estrutural por recursos, atingindo níveis ainda mais significativos do que seria de se esperar por sua relevância no mundo das relações socioeconômicas (CNJ, 2019).

Com efeito, a ineficácia prática das políticas públicas garantidoras de direitos sociais faz com que ocorra a ampliação de demandas frente ao Poder Judiciário, que se vê diante da necessidade de intervir, tanto para fiscalizar uma política pública, quanto para impor ao Estado a concessão de um medicamento, no caso da saúde, por exemplo (BRITO FILHO; DAOU, 2017).

Nesses termos, a Judicialização revela que questões importantes, sob a perspectiva política, social ou moral, estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, em caráter final (BARROSO, 2012), isto é, "a judicialização transfere para o Poder Judiciário decisão que, originalmente, deveria ser dos Poderes Legislativo e Executivo" (BRITO FILHO; DAOU, 2017, p. 465).

A última pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelou que o número de demandas judiciais referentes à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. De acordo com o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R$ 1,6 bilhão em 2016, o que representa parte vultosa do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais (CNJ, 2019).

Especificamente no estado do Rio Grande do Sul, a judicialização da saúde é marcada por ações de casos individuais envolvendo medicamentos fora das listas e protocolos do SUS, tendo a Secretaria Estadual de Saúde como polo passivo (CNJ, 2019 apud VASCONCELOS, 2018).

Nesse sentido, destaca-se o fato de que a Constituição Federal optou por um modelo de atenção universal e coletivo. Dessa forma, apesar de a saúde pública acolher e disponibilizar tratamentos, medicamentos e mecanismos terapêuticos de forma individualizada, tendo por base uma atuação que observa a individualidade de cada pessoa, o

pilar de estrutura, organização e planejamento da política pública de saúde se dá sob a ótica da saúde coletiva, priorizando a essência do movimento da Reforma Sanitária e da Constituição, qual é a promoção e proteção da saúde (CARLI; GOULART; NAUNDORF, 2018). Todavia, analisando as ações judicias que demandam questões relativas à saúde, evidencia-se que apenas 2% possui natureza coletiva e destas reivindicações para financiamento ou fornecimento pelo ente público, a grande maioria das ações são para dispensação de medicamentos, e em menor grau, por tratamentos (LEITÃO; LELIS, 2016).

Observa-se, atualmente, que Estado do Rio Grande do Sul apresentou uma redução, ainda que tímida, no crescimento do número de novos processos por ano, porém os cadastrados em atendimento atual, por ordem judicial, já perfazem o montante de 68.404 (CARLI; GOULART, NAUNDORF, 2018).

Consequentemente, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, porém com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes, se tornando personagens centrais na solução de conflitos morais e políticos, cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, atualmente o Judiciário exerce importante papel na concretização dos direitos fundamentais aos cidadãos, uma vez que suas decisões constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam e influenciam a formação da vontade política predominante (ARAÚJO; COSTA; MOTTA, 2017).

Apesar dos efeitos positivos da judicialização relativos ao acesso a medicamentos e à indução para incorporação de novas tecnologias e medicamentos, aspectos negativos relevantes podem ser destacados, pois além das ações judiciais gerarem cargas administrativas e fiscais elevadas, podem ainda ampliar as desigualdades no fornecimento e no acesso à assistência à saúde (BIEHL et al., 2009).

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Uma das discussões mais relevantes no Direito Constitucional contemporâneo se refere à vinculação das formas do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) aos direitos fundamentais. Diante dos problemas de justiça social, existentes no Brasil, principalmente no que tange à concentração de renda, esse debate é essencial (TIMM, 2008).

A classe doutrinária brasileira movimenta-se para o entendimento de que esses direitos fundamentais, previstos no texto constitucional, além de envolverem direitos negativos, os quais são as abstenções do Estado no campo privado ou também chamados de direitos de proteção, envolvem os deveres positivos ou prestacionais, ou seja, as práticas do Estado na prestação de serviços públicos, seja diretamente, seja indiretamente por meio das permissões e concessões (TIMM, 2008).

Ocorre que dada a complexidade da sociedade moderna, é extremamente necessário compreender o Direito aliado à realidade econômica, política e social, uma vez que somente a eficácia formal das normas jurídicas não será suficiente para assegurar, em todos os casos, a finalidade para a qual as citadas normas foram criadas. A razão disso é porque o direito enfrenta certas dificuldades na formatação de uma estrutura normativa considerada adequada e satisfatória à efetiva concretização dos direitos fundamentais, notadamente ao fato de a disciplina jurídica não ter uma teoria sobre o comportamento humano. Consequentemente, a ausência de um mecanismo adequado para identificar a reação dos atores sociais diante das estruturas jurídicas gera o surgimento de atuações estatais (legislativas, executivas e judiciárias) indevidas, as quais ou não são efetivas ou ocasionam até mesmo efeitos contrários (CAMPOS; RIBEIRO, 2012).

Em virtude dessa deficiência para supri-la, importante o auxílio de um instrumento analítico desenvolvido por outras ciências sociais, principalmente originária da teoria econômica (CAMPOS; RIBEIRO, 2012). Desse modo, a AED propõe "um instrumental teórico que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos" (GICO JR., 2010, p.55), pois a Economia estuda o comportamento humano a partir da ordenação e administração de recursos dentro de um contexto de escassez (NUSDEO, 2005), com grande "potencial de previsibilidade das condutas dos agentes, podendo ser aplicado para a análise das prováveis reações dos atores sociais frentes as instituições jurídicas (CAMPOS; RIBEIRO, 2012, p. 67).

Considerando que o modelo de Estado instituído pela Constituição Federal provoca a admissão de verdadeiros deveres jurídicos prestacionais, tanto de serviço quanto assistenciais, em favor da coletividade (TIMM, 2008) e, tendo em vista que na esfera da saúde, a questão da escassez de recursos públicos se coloca de maneira especial, pois os recursos da sociedade são escassos para a satisfação das inúmeras necessidades sociais (GICO JR, 2010), deve-se procurar uma interpretação jurídica que assegure ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, observando os reflexos que tal decisão irá produzir. Aliás, a realidade

orçamentária não pode deixar de ser observada, uma vez que o desperdício de recursos públicos, dada a limitação dos mesmos, "gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deles deveriam atender" (TIMM, 2008, p. 445).

Logo, a ciência econômica oferece instrumentos para se pensar as consequências. Enquanto a economia se preocupa sempre com as consequências, em contrapartida, o Direito nem sempre o faz, em que pese se beneficiar delas para definir o justo, considerando que "o Estado de Bem-Estar-Social e a Administração por resultados se preocupa com as consequências sociais do Direito e das ações estatais". Contudo, o Direito por si só, não consegue prever ou desvendar essas externalidades e consequências, necessitando da economia para esclarecer fenômenos derivados de uma sociedade cada vez mais complexa (TIMM, 2008, p. 446).

Nessa linha, a AED se filia na ideia de uma análise consequencialista, a qual tem por objeto alcançar resultados eficientes na interpretação do direito, de sorte que a aplicação das regras e normas jurídicas estejam de acordo com a máxima satisfação ou bem-estar (utilidade) dos indivíduos, ocasionando o menor custo na alocação das riquezas (CARDOSO, 2015).

Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano Silva Campos (2012), a AED pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais, os quais formam o centro dos Estados Constitucionais democráticos, de modo que fornecem ferramenta útil para investigar se as políticas públicas (leis, atos normativos e demais ações estatais) eleitas pelo Estado são eficientes, máxime à concretização dos direitos fundamentais.

Nesse passo, imperioso destacar, para que as políticas públicas, em sentido amplo, sejam eficientes, é conveniente que resultem em um sistema de incentivo, capaz de estimular o comportamento dos agentes de maneira adequada à efetivação dos direitos fundamentais, com o melhor aproveitamento e com a aplicação mais satisfatória dos recursos (CAMPOS; RIBEIRO, 2012).

O termo eficiência, posto em questão, diz respeito à eficiência alocativa, referindo-se à escolha do conjunto de bens, de modo a aplicar, da melhor maneira possível, os recursos produtivos conjuntamente com os processos técnicos de produção necessários que utilizem os recursos que a sociedade tem em maior profusão, de forma mais adequada. Esse entendimento se complementa com a racionalidade ou o uso racional dos recursos, como mecanismo para obter a eficiência, na medida que sua aferição se dá pelos recursos aplicados e dos meios utilizados para a realização dos fins, ou seja, "quando o maior número de objetivos é

alcançado com o menor dispêndio de recursos" (LEITÃO; LELIS, 2016 , p. 576).

Nessa esteira, a análise das questões jurídicas, de acordo com os preceitos teóricos da Economia, pode auxiliar o Poder Judiciário de modo a prestar uma tutela jurisdicional mais adequada à máxima concretização dos direitos fundamentais, dado contexto de escassez de recursos já mencionado (CAMPOS; RIBEIRO, 2012).

Exemplificando, à luz da AED, na hipótese de o Poder Judiciário determinar ao Estado o fornecimento de um medicamento não contemplado na lista do SUS ou não registrado na ANVISA, significa dizer que o ente público precisará retirar recursos de outro setor ou destinados a outros pacientes para o cumprimento da referida decisão judicial. Como consequência, inviabilizaria a própria ordem administrativa, além de beneficiar o jurisdicionado de forma individual em detrimento da promoção da saúde pública coletiva, essa prevista no texto constitucional, bem como não teria o condão de concretizar o direito à saúde, além de fomentar a judicialização neste campo. É essa perspectiva que a AED oferece ao magistrado para a sua tomada de decisão (AMARAL, 2001 apud MELO, 2016).

Ademais, a AED auxilia a compreender que as decisões judiciais têm custos, ou melhor, todos os direitos têm custos, bem como, toda a alocação de recursos escassos, especialmente os de grande repercussão, correspondem a uma política distributiva a ser observada como interligada. Assim, considerando a grave escassez, qualquer questão que envolva um grande impacto econômico e social também representa uma situação extremamente difícil, ao demandar a alocação de recursos pelo Poder Judiciário. Assim, a responsabilidade recai a todos os poderes públicos, de forma indissociável do Judiciário (MAGALHÃES, 2017).

Dessa forma, é necessário observar que há uma competência administrativa para a organização no que tange à questão da saúde pública. Embora exista uma jurisprudência dominante, consagrando a solidariedade entre todos os entes federativos com aparência de uma decisão libertadora, na medida em que garante ao indivíduo receber o medicamento ou procedimento de qualquer dos entes, na verdade, do ponto de vista da AED e, portanto, prático, isso apenas origina uma grande dificuldade administrativa, além de grave dispêndio desnecessário de recursos, justamente porque as três estruturas passam a funcionar para, em juízo, atuarem na defesa da Fazenda Pública. Sob o prisma da racionalidade, da eficiência e da economicidade de recursos escassos, quando na distribuição do sistema restar clara a responsabilidade de um ente por ser um fármaco relacionado ao atendimento básico, especializado ou estratégico, o polo passivo legítimo da demanda deverá ser apenas o ente

que, nos termos constitucionais e dos atos administrativos, o responsável pela prestação do bem jurídico pleiteado, evitando assim, a multiplicação de atuações administrativas, além do desperdício de recursos públicos, o que é inaceitável, principalmente pelo atual cenário brasileiro (BARROSO, 2010).

Com efeito, a AED apresenta subsídios racionais e úteis para entender que o fornecimento de medicamentos, tratamentos ou procedimentos via administrativa, é uma ótima estratégia para diminuir o custo para o Estado, tendo em vista que ao contrário do que acontece com os particulares, uma ação judicial acarreta, para os entes públicos enquanto réus, custos que não se limitam àqueles inerentes às suas próprias defesas em juízo. Esse contexto, necessariamente, precisa ser observado quando do cálculo sobre a racionalidade, economicidade e eficiência de realização de um acordo para a solução administrativa de um conflito, pois não parece ser razoável permitir o ajuizamento de um processo cujo objetivo seja a de obter um fármaco que tenha custo menor do que o custo total que os entes públicos suportarão em razão da lide, atinado pela alta probabilidade de sucumbência da Administração (CARVALHO V., 2018).

Além disso, os entes públicos, sob a perspectiva da AED, têm condições de ao menos tentar identificar os casos em que a sucumbência em juízo é muito provável, quando não certa, uma vez que, nessas hipóteses, uma solução extrajudicial para o conflito significa economizar a diferença entre os custos à judicialização e os custos relativos à solução extrajudicial, que são geralmente menores. A título de exemplo, não é coerente que o ente público permita o ajuizamento de uma ação em face de si para dispensar um fármaco que já se encontra padronizado para fornecimento pelo SUS, mas por eventual irregularidade do estoque, não se encontre à disposição do paciente. Até porque o próprio ente já se encontra obrigado a fornecer o item, não havendo, em regra, resistência jurídica relevante ao cumprimento da obrigação, sendo, portanto, a sucumbência muito provável. Logo, é possível notar facilmente que a solução extrajudicial do conflito, baseada nas premissas do direito e da ciência econômica, pode ser considerada uma estratégia racional pautada na eficiência e economicidade, capaz de propiciar, pelo menos, a economia dos custos de judicialização (CARVALHO V., 2018).

Outrossim, a judicialização da saúde é originária da prescrição médica. Nesse contexto, importa destacar que uma pesquisa realizada pela Fiocruz, revelou que a maioria das prescrições médicas, levadas às ações judiciais, provêm de médicos cadastrados no SUS. Considerando que existe uma lista oficial contemplando os medicamentos disponíveis no

sistema público (RENAME), bem como protocolos de diretrizes terapêuticas (PCDTs), se a prescrição for para medicamento fora da lista do SUS, o ideal é ter uma comissão de revisão, dentro do próprio SUS, composta por um colegiado de médicos responsáveis para avaliar a necessidade da prescrição de tal fármaco não incorporado no Sistema para a patologia no caso concreto. Se a decisão do colegiado for, no sentido da necessidade daquela substância não contemplada na lista de saúde pública, o sistema poderá se organizar, aceitando aquela prescrição e, evitando assim, a judicialização (CRUZ, 2015). Esse contexto demonstra mais uma maneira de como pode ser diminuído o custo para o Estado em uma perspectiva econômica.

Corroborando com isso, a AED tem se utilizado das premissas da economia para afirmar que o fornecimento de medicamentos por meio de ações judiciais individuais, muitas vezes, é ineficiente, logo, negativa à efetivação do direito à saúde (TIMM, 2008).

Por fim, importa registrar que o Direito aplicado de maneira inadequada é um dos principais motivos da não concretização dos direitos fundamentais. E é precisamente nesse ponto que a Análise Econômica do Direito pode ser útil: "avaliar os efeitos econômicos das leis e das orientações jurisprudenciais, de modo a orientar que sejam formuladas da maneira que produza melhores efeitos para fins de concretização dos direitos fundamentais". Nessa esfera, observa-se "não ser correta a impressão de que a Economia seria sempre fundamento para negativa de concretização dos direitos fundamentais". Conforme se verifica, seu instrumental teórico se mostra essencialmente necessário para auxiliar na formação da atuação estatal de modo concêntrico à máxima efetivação dos direitos fundamentais (CAMPOS; RIBEIRO, 2012 , p.45).

5 INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS: AS CONSEQUÊNCIAS DA ALTERAÇÃO DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei nº 4.657, em sua redação original, de 04 de setembro de 1942, ficou conhecida por compreender princípios estruturantes da interpretação jurídica, especialmente, para definição de feitos que apresentassem conflitos entre normas direcionadas para o Direito Privado e possíveis divergências com normas jurídicas de outros países (MORAIS; ZOLET, 2018).

Recentemente, a LINDB passou por uma modificação, trazida pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu parâmetros de aplicação de norma, baseados na segurança jurídica e na eficiência, objetivando a norma proporcionar racionalidade ao sistema jurídico, em virtude do atual cenário em que se encontra (DINIZ; DINIZ, 2018).

Os novos artigos inseridos apresentam, diretamente para o direito público, elementos novos a serem observados nas decisões nos campos administrativo, controlador e judicial. São eles: o consequencialismo de decisões assentadas em valores jurídicos abstratos; a verificação de obstáculos e dificuldades reais do gestor; os regimes de transição para novas interpretações consubstanciadas em normas indeterminadas; entre outras. Significa dizer que a arquitetura normativa da LINDB, na atualidade, tutela a necessidade de uma análise mais criteriosa às conexões entre Direito e sociedade, além do controle da eficácia da Administração Pública (DINIZ; DINIZ, 2018).

Concentrando nos artigos 20 e 21 da Lei nº 13.655/18, verifica-se claramente o argumento consequencialista imposto pelos legisladores. Nota-se que os referidos dispositivos compreendem necessariamente a análise cautelosa acerca da alocação de recursos em decisões no âmbito administrativo, controlador e judicial, sendo dever do agente público interpretar e aplicar o direito levando em consideração as consequências e externalidades de suas decisões (DETONI; SÁ, 2018).

A exemplo disso, interpretando o artigo 20 da referida Lei, é vedado proferir decisão sem que haja uma avaliação fática do caso. Assim, torna-se impossível, na hipótese da judicialização da saúde, provimento judicial que menciona somente artigo da Constituição (artigo 196, por exemplo), sendo necessário que a fundamentação verse sobre questões clínicas, tais como evidências do tratamento pleiteado, custo-efetividade, eficácia e eficiência do medicamento, etc. (SCHULZE, 2018). Ou seja, referida norma trouxe a exigência de compatibilizar a essência dos princípios com o fundamento das consequências fáticas daquela decisão, objetivando uma decisão mais efetiva e combatendo a insegurança jurídica (POLETTI, 2018).

Além disso, as "consequências práticas" expressa na Lei, diz respeito a finalidade e, principalmente, qual a mudança na esfera administrativa, como por exemplo, no caso de haver condenação de obrigação de fazer (SCHULZE, 2018, p. 56).

Já o artigo 21 quer dizer que nas ações individuais (mais comuns no âmbito da saúde), o juiz de Direito também deverá avaliar a possibilidade de ampliar aquele medicamento,

procedimento, cirurgia ou tratamento a outras pessoas que, teoricamente, estejam na mesma situação. Trata-se de proteger o princípio da isonomia, substancialmente (SCHULZE, 2018).

Consequentemente, é possível afirmar que a nova redação da lei tem por escopo buscar a cuidar das dificuldades, bem como dos obstáculos do gestor público nos casos de decidir, principalmente no que tange à validade ou invalidades dos atos públicos, por meio de motivação qualificada, visando ao não desequilíbrio do interesse público (BRASIL, 2018).

Entretanto, é necessário aferir antecipadamente e por métodos adequados quais são, de fato, as consequências práticas que se pretende buscar para então ser possível verificar a idoneidade da decisão tomada, além de atingir a finalidade pública do Direito. Mas, qual deve ser a metodologia a ser utilizada para justificar as decisões judiciais fundadas nas consequências em um cenário tão complexo? (DINIZ, DINIZ, 2018).

Nesse sentido, a aplicação da Análise Econômica do Direito pode influenciar sobremaneira, contribuindo na mensuração dessas consequências, bem como na avaliação concreta de soluções, ao passo que existe uma manifesta relação entre o instrumental da AED e as ferramentas exigidas aos agentes públicos para a aplicabilidade da LINDB (DETONI; SÁ, 2018), pois esses terão que expressar as externalidades positivas ou negativas, a partir de uma extensa análise sobre custos de transação, custos de oportunidade, *trade offs* e incentivos futuros, que estarão criando para todos os indivíduos. Sintetizando, é dizer como os agentes racionais irão reagir às decisões tomadas, cuja reação provocará um retorno tanto para os legisladores quanto para os magistrados, influenciando também o seu agir (CARVALHO C., 2018).

Por conseguinte, não há melhor teoria do comportamento do que a ofertada pela Economia. Corolário lógico, a AED, ao utilizar tais mecanismos analíticos à ciência jurídica, possibilita avaliar e até mesmo verificar as futuras consequências da aplicabilidade dos dispositivos inseridos na LINDB à medida que a disciplina AED se utiliza da teoria da maximização racional, da eficiência, da escassez, do equilíbrio, dos incentivos, quais são postulados imprescindíveis para a investigação do comportamento jurídico (CARVALHO C., 2018).

Nesse contexto, portanto, a AED é a melhor ferramenta capaz de orientar os agentes a aplicar os novos dispositivos da Lei de Introdução, assegurando o seu objetivo de garantir uma decisão efetiva e a segurança jurídica (CARVALHO C., 2018).

6 A APLICABILIDADE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante da inefetividade da Suspensão de Tutela Antecipada (STA 175-AgR/CE), o Supremo Tribunal Federal retornou à discussão acerca da matéria de saúde em relação ao fornecimento de medicação não registrada na ANVISA, nos dias 22 e 23 de maio de 2019, oportunidade em que também foram debatidas situações mais amplas quanto ao dever do Estado e do Poder Judiciário em matéria de saúde pública. Passamos a analisar um dos julgados.

6.1 Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário (RE) 855.178

O Recurso Extraordinário (RE) 855.178, de relatoria do Ministro Luiz Fux, trata de Embargos de Declaração, com pedido de efeito modificativo, opostos contra acórdão do Plenário Virtual, que, ao reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida no RE, reafirmou a jurisprudência dominante da Corte de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, em razão da responsabilidade solidária dos entes federados e de que o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. Assim, a discussão versa se o acórdão embargado incide na alegada obscuridade.

Luiz Fux, relator do caso concreto, acolheu parcialmente os embargos interpostos pela União. Seu entendimento é no sentido de que as ações devem ser ajuizadas em face do ente, o qual tem a responsabilidade de fornecer o medicamento, tratamento ou procedimento. Entretanto, em todos os casos a responsabilidade da União deve ser de forma subsidiária e não solidária. Porém, a maioria dos Ministros rejeitou a adoção da referida tese.

O Ministro Edson Fachin, com voto-vista, inaugurou a divergência, conhecendo os embargos, mas rejeitando-os, reafirmando a solidariedade dos entes federados. Ademais, realizou alguns esclarecimentos, mas sem efeitos modificativos para determinar que a obrigação do Estado, reconhecida a responsabilidade solidária, é decorrente da obrigação material comum estabelecida na CRFB/1988.

O polo passivo das ações pode ser composto por qualquer um dos entes (União, estados e municípios), isolada ou conjuntamente. Significa que o usuário tem direito a uma

prestação solidária, nada obstante cada ente tem o dever de responder por prestações específicas que devem ser observadas. Ainda, salientou que, no caso de procedimentos ou fármacos que não estão incluídos no sistema do SUS, automaticamente a responsabilidade é da União, tendo em vista que o Ministério da Saúde possui a competência para incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos e procedimentos.

Esse entendimento foi acompanhado por maioria dos Ministros presentes em plenário, os quais fixaram a seguinte tese de que os entes da federação em decorrência da competência comum são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e diante de critérios constitucionais de descentralização e hierarquização compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Analisando o julgamento, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, verifica-se que a disciplina não foi levada em consideração, uma vez que a tese fixada, no contexto jurídico, não parece ser eficiente. Veja-se que saber se determinada decisão é eficiente é uma das principais finalidades da AED. A obrigação solidária imposta pela Suprema Corte, torna o sistema de saúde mais custoso. Aliás, esse ponto é extremamente relevante na medida em que os estados brasileiros enfrentam momentos de crise política e econômica. Além de onerar todo o sistema, o torna manifestamente menos efetivo e dificulta o seu acesso, prejudicando o beneficiário do direito à saúde.

Nesse âmbito, divergindo do relator Edson Fachin, o Ministro Luís Roberto Barroso, não vê nenhuma razão para a solidariedade quando não se tratar de medicamento que não conste na lista do SUS. Em seu voto, explicitou que existem demandas em que o fármaco ou o tratamento prescrito não está previsto pelo Ministério da Saúde ou pela ANVISA. Nesses casos, a ação deve ser proposta apenas em face da União. Entretanto, quando o medicamento, tratamento ou procedimento estiver contemplado no sistema de saúde e ocorrer a violação do direito, dever-se-ia, na visão do Ministro, observar quem o violou. Nota-se que tanto a tese proposta pelo Ministro Luís Fux, a qual restou vencida, quanto os argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso para fundamentar o seu voto, foram construídos sob a ótica da Análise Econômica do Direito, uma vez que seus entendimentos contribuem com a busca do equilíbrio nas relações econômicas entre as pessoas, além de observarem se os efeitos ou consequências sentenciais serão positivas ou negativas para a sociedade.

Nessa linha, o Ministro Alexandre de Moraes, explicitou por meio de seu voto, que não existe solidariedade na hipótese concreta, nem para o fornecimento de medicamentos, ou seja, não há previsão de solidariedade. O que existe previsto é a subsidiariedade. Já o Ministro Dias Toffoli, explanou sobre a existência da solidariedade, mas há também a obrigação estruturada em níveis de atuação e de execução, os quais deveriam ser observados nas decisões judiciais.

Dessa forma, pode-se afirmar que a não observância dos preceitos do Direito e Economia na tese fixada, pode manter o crescimento vertiginoso do custo para os estados, que por estar mais perto da população, é quem mais será demandado, desestruturando toda a sua estrutura política e econômica e, consequentemente, prejudicando o usuário do Sistema Único de Saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada, conclui-se que, tendo em vista o aumento da utilização das vias judiciais em busca de prestações à saúde, tanto nos números de ações litigiosas quanto do valor despendido e, considerando que o direito coletivo deve prevalecer sobre o individual, a compreensão que uma interpretação vinculada aos aspectos econômicos significa reduzir os impactos negativos da judicialização, além de ter a capacidade de concretizar o direito à saúde efetivamente, garantindo acesso igualitário, facilitado, resultado positivo e segurança jurídica para todos os beneficiários do Sistema Único de Saúde, é medida que se impõe diante do atual cenário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Dalvaney Aparecida; COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em:<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4809/3640>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ARAÚJO, Kammilla Éric; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 3, p. 212-235, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Direito%20à%20Saúde%20e%20Judicialização%20da%20Saúde%20no%20Brasil/A%20judicialização%20do%20acesso%20aos%20medicamentos%20

em%20Belo%20Horizonte%20-%20uma%20questão%20sobre%20equidade.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 11, n. 15, p. 13-38, 2007. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Representante Nacional do Colégio de Procuradores de Estado. **Supremo Tribunal Federal**. Audiência Pública sobre Saúde. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BIEHL, João et al. Judicialisation of the right to health in Brazil. **The Lancet**. Nova York, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, jun. 2009. Disponível em: <http://joaobiehl.net/wp-content/uploads/2009/07/Judicialisation.pdf>. Acesso em 24 mai. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/DADOS%20CNJ.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais:** RENAME 2018. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2018/11/RENAME-2018.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

BRITO FILHO, José Caludio Monteiro; DAOU, Heloisa Sami. A atuação do poder judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 44-65, jul-dez. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Direito%20à%20Saúde%20e%20Judicialização%20da%20Saúde%20no%20Brasil/A%20atuação%20do%20Poder%20Judiciário%20na%20concretização%20de%20direitos%20fundamentais%20sociais%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

CAMPOS, Diego Caetano da Silva; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/AED%20e%20a%20cocretização%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 17, n. 112, p. 293-313, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/AED%20-%20políticas%20públicas%20e%20consequências.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CARLI, Patrícia de; GOULART, Bárbara; NAUNDORF, Bruno. 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. **Coletânea Direito à Saúde. Dilemas do Fenômeno da Saúde.** Brasília (DF): Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2018. 1 ed, v. 2, p. 208-217. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude-1.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

CARVALHO, Cristiano. A nova lei de introdução é análise econômica do direito? **JOTA.** 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/LINDB/A%20nova%20Lei%20de%20Introdução%20é%20Análise%20Econômica%20do%20Direito_%20-%20JOTA%20Info.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

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. **Revista Brasileira Política Públicas**. Brasília, DF, v. 8, nº 3, 2018 p.307-326. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/5676-25143-2-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência e justiça. **JURIPOIESES – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, ano 18, n. 18, p. 105-118, 2015. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/1784/906>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CRUZ, Adriane. O direito à saúde exigido na justiça: reflexões que envolvem o indivíduo, a sociedade e os sistemas de saúde e de justiça. **Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONSENSUS**. Brasília, ano V, n. 15, abri-mai-jun. 2015. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_15.pdf>. Acesso em: 7 de jun. 2019.

DETONI, Robert Luther Salviato. SÁ, Luís Filipe Vellozo Nogueira; A nova LINDB e o controle externo: uma breve reflexão sob a ótica da análise econômica do direito. **Revista do MPC-PR - Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**. Curitiba, n. 09, p. 69-79, 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rR5Sl0B_HvKzg9MFcHg0OOrzpq3XKC44/view>. Acesso em: 24 de maio 2019.

DINIZ, Cláudio Smirne; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: definição de parâmetros para o controle da administração pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná.** Curitiba, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/LINDB/Nova%20LINDB%20-%20definição%20de%20parâmetros%20para%20o%20controle%20da%20administração%20pública.pdf >. Acesso em 24 mai. 2019.

GICO JR.,Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/AED%20-%20Gico%20Jr..pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GONÇALVES, Everton, das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>. Acesso em: 11 de mar. 2019.

LEITÃO, Rebeca Borges Machado Azevedo; LELIS, Davi Augusto Santana de. A (in)aplicabilidade da análise de eficiência para a justiciabilidade de medicamentos. **Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Porto Alegre, v. XI, n. 3, p. 119-147, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/66428-295907-2-PB.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019.

MAGALHÃES, Andrea da Fonseca Santos Torres. **Precisamos falar sobre a crise:** a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à justiça:** a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016.

MELO, Daniela Vieira de. Considerações sobrea análise econômica do direito e a efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil. **Revista Constituição e Garantia de Direitos.** Natal, p. 156-178, 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/10328-Texto%20do%20artigo-28991-1-10-20161005%20(1).pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

MORAIS, Fausto Santos; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**. Curitiba, v. 04, n. 53, p. 497-523, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/LINDB/A%20nova%20LINDB%20e%20os%20problemas%20da%20argumentação%20consequencialista.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIRES, Luís Tadeu Nascimento. **Judicialização da saúde no Brasil sob a perspectiva da análise econômica do direito**. 2016. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/164166>. Acesso em: 20 abr. 2018.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. Ed. New York: Aspen Publischers, 2003.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POLETTI, Maria Eugênia Del Nero. As alterações na LINDB e as consequências positivas da sua aplicação. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/LINDB/As%20alterações%20na%20LINDB%20e%20as%

20consequências%20positivas%20da%20sua%20aplicação.%20_%20ZMB%20Advogados.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

SCHULZE. Clenio Jair. LINDB e a nova judicialização da saúde. **Revista Empório do Direito**. Florianópolis, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/LINDB/LINDB%20e%20a%20nova%20Judicialização%20da%20Saúde%20-%20Empório%20do%20Direito.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

SILVA, Gabriela Rangel; STAACK, André Luiz. Análise econômica do direito por Richard Posner e os direitos sociais: uma abordagem cruzada. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 35 – 51, jan/jun. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/Material%20Monografia/ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_POR_RICHARD_POSNER_E_.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Cap. 2, p. 55-68.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.