

Ativismo do Poder Judiciário na Concessão de Medicamentos x Concretização das Políticas Públicas Constitucionais

Marcia Carla Pereira Ribeiro *

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

Luis Alberto Hungaro**

Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

1. Aspectos gerais da concessão judicial de medicamentos no Brasil

Muitas vezes a morosidade do processo legislativo e as dificuldades acentuadas pelo sistema político vigente no país são consideradas como as causadoras do ativismo judiciário. Vale dizer, a solução política e geral é substituída pela decisão no caso concreto. Esta substituição é especialmente interessante quando a determinação judicial decorre de uma norma geral ou de um princípio constitucional, existindo ou não normativa específica sobre o tema tratado.

Certamente que a questão é ainda mais instigante quando se considera que o julgador se vê diante da possibilidade de oferecer uma prestação

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR e da UFPR. Procuradora do Estado do Paraná. Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006). Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012). Pesquisadora Convidada da Université de Montréal - CA (2007). Pesquisa desenvolvida no âmbito do projeto Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais - Chamada MCT/CNPQ/MEC/CAPES no. 43/13. Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária - PR. E-mail: mcarlaribeiro@uol.com.br.

** Pesquisador bolsista de Iniciação Científica (UFPR/TN), sob orientação do Professor Rodrigo Luis Kanayama. Integra o NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais), grupo de pesquisa em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR. Integra o PROPOLIS (Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento da UFPR). E-mail: la.hungaro@gmail.com

jurisdicional imediata, em atenção a um direito essencial como é o direito à saúde, não sob bases teóricas, mas no caso concreto.

Em temas envolvendo o fornecimento de medicamentos, muitos são os precedentes jurisprudenciais que condenam o Poder Público ao fornecimento de prescrições médicas que não estão arroladas nos protocolos de fornecimento de medicamentos gratuitos, ou ainda, substitutos terapêuticos mais onerosos em detrimento destes mesmos protocolos.

Porém, as determinações de fornecimento de medicamentos e tratamentos dirigidos ao demandante, independentemente dos limites orçamentários e das políticas públicas no setor, implicam o deslocamento dos recursos públicos, os quais necessariamente serão realocados de outra despesa, em razão de não estarem incluídos nos protocolos gerais de fornecimento de medicamentos e tratamentos e em razão da escassez dos recursos públicos.

Não é desconhecido da parte dos autores do artigo que os direitos atribuídos pela Constituição da República, especialmente no campo da saúde, são direitos dotados de essencialidade. Também não se desconhece os dramas pessoais que atingem os beneficiários dos pedidos judiciais e de seus familiares. Acrescente-se, ainda, que é notório em nosso país os episódios de má gestão administrativa e também os casos de corrupção com a conseqüente má utilização dos recursos públicos. A solução atribuída ao caso concreto pode ser eficiente do ponto de vista da prestação judicial e da satisfação de um direito essencial, porém, não irá necessariamente propiciar o resultado socialmente mais eficiente, vale dizer, a consagração de políticas públicas que possam multiplicar benefícios em prol da sociedade. Muito pelo contrário, a solução do caso concreto pode comprometer metas de políticas públicas absolutamente necessárias para o conjunto da sociedade brasileira.

O artigo parte de considerações sobre a Análise Econômica do Direito e visualiza a possibilidade desta metodologia ser utilizada para uma proposta de reflexão sobre o ativismo judiciário na questão do fornecimento de medicamentos.

São mencionados alguns precedentes jurisprudenciais sobre o tema, assim como apresentados argumentos sobre a inadequação das políticas públicas serem substituídas pela decisão no caso concreto.

A racionalidade limitada e o princípio da eficiência são sugeridos como elementos a serem também utilizados como ferramenta da parte

do julgador, mesmo quando diante de uma questão que envolva direitos constitucionais fundamentais.

Acredita-se que a alocação eficiente dos recursos públicos, associada à depuração na elaboração e aplicação das políticas públicas nos setores mais sensíveis para a sociedade pressupõem reflexões nas quais o elemento econômico seja mais uma ferramenta em proveito do desenvolvimento social brasileiro.

2. Medicamentos e análise econômica do Direito

Em razão da necessária consideração sobre o cotejo de princípios correlatos ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário, a essencialidade do direito à saúde pode as vezes contrastar com a escassez dos recursos públicos.

2.1. Análise econômica do Direito

Primeiramente, antes de dar início ao tratamento do tema da concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, é importante frisar que o presente estudo se utilizou da metodologia da Análise Econômica do Direito, também conhecida pela expressão original em inglês, “Law and Economics.”¹ Essa metodologia sugere a análise de institutos jurídicos a partir das diretrizes da Ciência Econômica, permitindo que se interprete o Direito a partir da ótica econômica².

No Brasil ainda é bastante raro que os integrantes do Poder Judiciário se utilizem de elementos e conceitos próprios da Análise Econômica do Direito na elaboração de suas decisões. Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro ressalta o distanciamento entre juízes e os elementos da Ciência Econômica, de modo a demonstrar, após a realização de pesquisa entre os

1 Segundo Rachel Stajin, o surgimento da “Law and Economics”, e consequente interdisciplinariedade entre o direito e a Economia, teve precedência nos pensamentos de Jeremy Benthan, o qual passou a implementar a racionalidade econômica no Direito: “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização das utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. Os campos em que o diálogo entre Direito e Economia se demonstra fecundo abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos” (SZTAJN, 2005, pp. 76-77).

2 GICO JR, 2011, p. 17.

magistrados, que grande parte deles concorda com a afirmativa relacionada ao papel social que o magistrado possui, de modo a desconsiderar a repercussão econômica de suas decisões e as possíveis influências de tais decisões em relação ao comportamento dos agentes econômicos:

Em pesquisa recente com magistrados, 73,1% dos entrevistados responderam que concordam com a afirmativa seguinte: ‘o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos’.(...) é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica das suas decisões. Em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior³.

Desse modo, conforme será tratado no decorrer da exposição, a Análise Econômica do Direito ainda não se tornou objeto de estudo corriqueiro dos juristas brasileiros, estando mais disseminada nos países de influência da “Common Law” e entre os economistas, especialmente aqueles que se voltam para a corrente de pensamento denominada Nova Economia Institucional⁴.

Na realidade nacional, nota-se a priorização dos magistrados na efetivação da justiça social em detrimento, muitas vezes, da segurança jurídica. Há de se considerar que a estrutura normativa brasileira conduz os magistrados a esta postura, uma vez que tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais são repletas de diretrizes que visam a efetivação de direitos sociais, dentre os quais se pode citar os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social dos institutos privados (como propriedade e contrato), da diminuição das desigualdades sociais, dentre outros.

Transformar valores sociais em Lei é, de certa forma, vista como uma conduta implementadora de melhorias em face dos cidadãos. No entanto, infelizmente, a utilização da Lei como único instrumento de implementação de políticas públicas não se mostra suficiente para modificar de forma duradoura e sustentável o quadro da realidade nacional: o custo econômico para as ações e determinações estatais provenientes do Direito precisa

3 PINHEIRO, 2003.

4 Sobre o histórico da Análise Econômica do Direito: RIBEIRO; GALESKI JR., 2009.

ser considerado, sob pena de, ao invés de nos depararmos com reais projetos de melhoria das condições sociais, ao final e ao cabo de algum tempo, ter-se de deparar com ações dispendiosas e superficiais.

Por outro lado, ao que não é indiferente a disciplina da *Law and Economics*, há custos que podem ser considerados a partir da criação normativa, assim como custos decorrentes de sua aplicação⁵. Em ambos os casos, a Economia tem muito a dizer ao Direito sobre a eficiência das determinações judiciais, ou, ao menos, à mensuração de seus custos, já que a eficiência a ser considerada não deve ser necessariamente matemática, podendo até mesmo prevalecer aquela de natureza social – mas seus custos precisam ser conhecidos e administrados.

2.2. O caso a ser analisado:

Após as breves considerações apresentadas sobre a metodologia da Análise Econômica do Direito, passa-se agora à análise de alguns julgados relacionados ao tema do fornecimento de medicamento pelas redes públicas de saúde em decorrência de decisões judiciais.

Optou-se pela análise de decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 271286, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual se considerou o direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida. Importante destacar da supramencionada decisão o seguinte trecho:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade⁶.

5 GICO JR, 2011, p. 18.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR nº 271286. Relator: Ministro Celso de Mello, Sessão de 12/09/2000, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 nov. 2000.

O referido julgado será analisado a partir dos instrumentos pertinentes à metodologia da Análise Econômica do Direito, uma vez que o mesmo relaciona-se com a emblemática questão da concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário e as potenciais implicações econômicas decorrentes do ativismo judicial. Isto é, pretende-se analisar as implicações decorrentes da imposição pelo Poder Judiciário de condutas aos titulares do Poder Executivo, ainda que inexistentes a previsão legal expressa e orçamentária que sirvam de supedâneo para que direitos essencialmente coletivos sejam individualmente efetivados.

O argumento frequentemente utilizado em demandas que versam sobre a concessão de medicamentos se refere à impossibilidade de o Poder Judiciário interferir em atribuição exclusiva do Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, inexistência de previsão orçamentária e aplicação (distorcida) da teoria denominada *reserva do possível*.

A despeito de todos os argumentos, seja de embasamento constitucional ou financeiro, a decisão pode ser analisada a partir de seus impactos econômicos, tomando-se como ponto de referência argumentativa os conceitos de racionalidade limitada e de eficiência econômica.

3. Racionalidade limitada e Princípio da eficiência

3.1. Racionalidade limitada

Inicialmente faz-se importante esclarecer que o sentido da expressão racionalidade limitada a ser usado nesta análise refere-se à limitação de conhecimento a respeito dos efeitos que as decisões de concessão de medicamentos podem implicar para a sociedade como um todo.

Todavia, importante é a conceituação de tal elemento da Análise Econômica do Direito. A limitação da racionalidade decorre da limitação da informação acessível aos agentes, além de “incapacidade de processamento pelo ser humano de toda a informação disponível sobre determinado assunto”⁷.

Com relação à racionalidade limitada, Marcia Carla Pereira Ribeiro comenta:

7 RIBEIRO, 2011, p. 65.

A racionalidade do vendedor pode ser localizada no estabelecimento de um preço pelo bem que corresponda ao valor máximo que o comprador se disponha a pagar por ele, já o comprador aquiescerá com a operação se o valor oferecido corresponder à sua disposição em gastar para receber o bem, especialmente considerando o seu conhecimento quanto à qualidade do bem pretendido e o seu real valor⁸.

Para Herbert Simon a racionalidade limitada é verificável no momento em que os agentes pretendem atuar da forma mais racional possível. Todavia isso não ocorre em razão de três fatores, quais sejam, os riscos e incertezas a respeito de determinada transação, as informações incompletas acerca do objeto daquilo que está sendo negociado, bem como em virtude da complexidade de informações que envolvem a transação pretendida⁹.

Desse modo, verifica-se que, na medida em que se analisa uma decisão judicial, tem-se que a característica da racionalidade limitada pressupõe as limitações de conhecimento dos magistrados acerca das implicações econômicas de suas decisões, uma vez que há limitações quanto à informação, assim como a geral incapacidade de processamento das mais diversas categorias de informações pelo ser humano.

Com relação à racionalidade limitada, Cristiano Carvalho ressalta o fato de que o julgador, na medida em que procurara a efetivação da justiça social em suas decisões, não deve deixar de avaliar seus custos em contraponto à eficiência na alocação dos recursos objeto do litígio. Segundo o autor:

De fato, deverá o julgador, na busca pela maior aplicabilidade e justiça da decisão, avaliar seus custos em contraponto à eficiência na alocação dos recursos objeto do litígio. Tal ponderação, inerente à tomada de decisões por seres racionais, relaciona-se à porção de consequencialismo que deve permear, a nosso ver, a solução de determinados casos, sobretudo quando as implicações extrapolam os limites subjetivos da lide e atingem terceiros¹⁰.

Assim, tem-se que os magistrados, em demandas de natureza próxima, promovem uma análise em grande medida subjetiva acerca da pretensão

8 RIBEIRO, 2011, p. 65.

9 SIMON, 1972.

10 CARVALHO, 2008, p. 8.

a eles apresentada, principalmente em virtude de tais demandas usualmente abarcarem situações de emergência nas quais o direito à vida é o bem a ser acautelado.

Nesse sentido, importante anotar o entendimento proposto pelo Juiz Federal Dr. Roger Raupp Rios, o qual escreveu sobre as demandas judiciais por medicamentos, indicando que os magistrados se utilizam em grande parte da compreensão da Constituição Federal, e das diretrizes decorrentes dos direitos fundamentais, para analisar as demandas e prolatar suas decisões.

Segundo o magistrado, em relação às demandas que versem sobre o direito ao fornecimento de medicamentos, é possível que se recorra à teoria dos direitos fundamentais, direito à vida, à saúde e à dignidade humana, de modo que a hermenêutica constitucional contextual essencialmente serve de base para justificar a concessão de medicamentos¹¹.

Roger Rios indica a forma como usualmente os magistrados se baseiam para decidir acerca das demandas de medicamentos:

Sendo assim, cumpre concretizar o direito ao fornecimento de medicamentos a partir de uma compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais que tenha seu ponto de partida nos direitos à vida, à saúde, ao respeito à dignidade humana e à liberdade fática, opondo-lhes, quando for o caso e somente necessária, as restrições trazidas por outros direitos e bens constitucionais. Este procedimento, no âmbito da contemporânea teoria dos direitos fundamentais, pode ser denominado método hermenêutico constitucional contextual, para utilizar a expressão de Juan Carlos Gavara de Cara, pois parte da própria Constituição, da conexão e da inter-relação entre as diversas normas de direitos fundamentais¹².

Nota-se que a racionalidade limitada induz à compreensão de porque, muitas vezes, estarem os magistrados impossibilitados de conhecer os efeitos econômico-financeiros de suas decisões, optando por basear suas decisões unicamente na compreensão da Constituição Federal e dos direitos fundamentais para a concessão de medicamentos.

No entanto, a abordagem proposta pela Análise Econômica do Direito pode ser associada ao conteúdo das normas invocadas pelos julgadores,

11 RIOS, 2009,s/p.

12 RIOS, 2009,s/p.

especialmente aquelas da ordem constitucional, que, em razão da própria abertura conceitual dos termos alçados a princípios constitucionais, apresentam os subsídios normativos que servem de supedâneo na fundamentação das decisões em demandas dessa natureza.

Tanto interpretação quanto a aplicação das normas decorrem de um processo cognitivo que se inicia com o intérprete, e, por óbvio, só serão usadas ferramentas hermenêuticas que tenham sido incorporadas ao cabedal cognitivo do intérprete, seja pela experiência ou pelo conhecimento apreendido. Nas Escolas de Direito, de forma geral, notório é o fato de que a maior parte dos conteúdos disponibilizados aos alunos está estritamente vinculado ao teor da norma. Mesmo as ferramentas de interpretação, a partir dos princípios constitucionais e das normas de conteúdo aberto, são retiradas diretamente ou indiretamente da norma.

Assim é que o operador do direito sairá com uma bagagem de conhecimento que provavelmente conterá informações sobre o conteúdo das leis e sobre a elasticidade das normas abertas, mas não sobre considerações de ordem econômica ou de efeitos sobre outros direitos tutelados.

A Constituição da República, como já comentado, instrumentaliza o intérprete, por exemplo, ao contemplar normas/princípios como os da dignidade da pessoa humana e direito à saúde. Porém, e seria impossível imaginar em sentido contrário, estas mesmas normas não estabelecem critérios de efetivação dos direitos que consagra.

Salienta-se que as demais implicações serão tratadas adiante, momento em que se cotejará a questão em comento sob o ponto de vista do Princípio da Eficiência. No entanto adianta-se que as decisões de concessão de medicamentos, normalmente impondo custos expressivos ao Poder Público, impedem que os recursos escassos, manejados pelas autoridades administrativas, sejam alocados à sociedade por meio de políticas públicas.

No tocante aos recursos escassos, Gustavo Amaral comenta sobre o tema:

(...) a decisão judicial para o indivíduo deve sempre ser circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial. Com decisões para o caso concreto e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas à saúde, mantém-se

a flexibilidade para o futuro, o que é uma virtude notável no que diz respeito à saúde, onde a evolução dos tratamentos torna o quadro sempre mutante¹³.

Desse modo, a concretização direta de determinados direitos individuais pode impedir que uma solução de maior eficiência, tanto econômica quanto social seja implementada pelo Estado e, conseqüentemente, atenda o interesse público de forma mais ampla possível.

Por outro lado, sendo limitados os recursos, a opção de sua aplicação perpassa por considerações relacionadas inclusive às prioridades eleitas pelo administrador público, como, por exemplo, apresentar um modelo de gestão que privilegie investimentos ou que se limite ao pagamento de juros das dívidas interna e externa.

3.2. Intervenção judicial, conflito de poderes, orçamento público e escolhas trágicas

Não há dúvidas de que a saúde é objeto central do estudo dos direitos fundamentais e é uma das principais preocupações dos cidadãos e das políticas públicas brasileiras. Assim, necessário abordar, ainda que brevemente, o significado da expressão *políticas públicas* e o sentido que ora se pretende utilizar.

Por política pública se compreende uma categoria jurídica própria dos atos discricionários em que a norma confere ao administrador juízo de conveniência e oportunidade, na realização da atividade administrativa, a fim de que determinada prestação positiva seja implementada.

Em sua dimensão material, aponta João Martins Tude:

São os conteúdos concretos da ação política, isto é, o resultado material dos chamados programas políticos ou planos de governo, são as resoluções do Estado para os problemas técnicos e mais imediatos da sociedade em sua concepção mais material¹⁴.

Conforme se depreende do trecho acima, tem-se que a disponibilização de medicamentos e tratamentos de saúde se enquadra na dimensão

13 AMARAL, 2001, p. 209.

14 TUDE, 2010, p.15.

material do termo *política (policy)* como conteúdo concreto da ação política e o resultado material de tais programas políticos quando se faz referência à atuação política do Estado.

Maria de Paula Dallari Bucci define política pública:

política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas) cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito¹⁵.

A partir de uma perspectiva preponderantemente social, tem-se que as políticas públicas, conforme Enrique Saraiva, seriam um “fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios a modificar essa realidade”¹⁶.

Nesse sentido, é possível entender que o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado é vista como uma medida de justiça social destinada à satisfação de necessidades públicas, o que vai de encontro à possibilidade de uma ordem judicial de concessão individual de medicamentos, pretendida em ações judiciais dessa natureza.

A concessão de medicamentos, como forma de política pública eleita, depende da avaliação do Poder Público, tem-se que tal prestação positiva, além de estar condicionada às prioridades estabelecidas pelas políticas eleitas, deve respeitar as Leis Orçamentárias do exercício financeiro, bem como não deve violar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade quando comparado com gastos previstos universalmente para o sistema de saúde.

Neste diapasão, é oportuno relembrar os limites da intervenção judicial, pois a atuação do Judiciário não pode ocorrer de forma a adentrar na competência dos demais Poderes, interferindo no orçamento estatal. Isto porque a condenação do Poder Público ao fornecimento ilimitado de medicamentos e de tratamentos culminaria na insuficiência de recursos para o atendimento das demais demandas públicas, como educação, higiene, segurança e saúde públicas.

15 BUCCI, 2006, p. 14.

16 SARAIVA, 2006, p.28.

Além do mais, tem-se que a concessão individual de medicamentos afronta o princípio da universalidade do SUS, o qual determina que a saúde é um direito de todos e é um dever do Poder Público a provisão de serviços e de ações que lhe garanta¹⁷. Essa diretriz de saúde pública indica que a oferta de serviços de saúde deve se destinar a todos aqueles que necessitem, de modo que a sua individualização, ordenada judicialmente, viola o referido princípio e se afasta da noção de utilização de recursos públicos para fins de satisfação de necessidades públicas.

Não se discute simplesmente o aspecto jurídico e abstrato da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, mas sim a escassez de recursos do Estado brasileiro, frente a essas demandas. O Estado brasileiro não dispõe de recursos para assegurar de maneira plena todos os direitos garantidos ao cidadão na Constituição. Talvez, nenhum Estado o seja, ou venha a ser.

O que o Estado pode fazer está intimamente atrelado à sua situação econômica e às diretrizes de suas políticas públicas. As questões sociais, por seu conteúdo programático, não podem ser tratadas apenas pelo viés jurídico-abstrato, sendo importantes que também sejam consideradas as críticas às decisões judiciais apartadas da realidade.

Entende-se que o Magistrado deve ser cauteloso, no exercício de sua jurisdição, ao criar despesa pública não prevista no orçamento, de modo que, se a Justiça interfere no orçamento, interfere também nas políticas públicas, tornando-se gestor público, à revelia da separação dos poderes.

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto, ou ilimitado, haja vista a incapacidade orçamentária de o Estado garantir tal direito universalmente e plenamente.

Dentro dos limites, o Estado realiza o necessário para garantir o direito à saúde da população, por meio de seus Ministérios, do SUS, da lista de remédios ofertados gratuitamente à população e outros tratamentos. O que não se pode esperar é que o Estado assuma o compromisso de fornecer medicamentos a toda e qualquer tipo de doença, pois aí decretar-se-ia a falência do Estado.

Além disso, numa hipotética situação em que o Estado opte por financiar todos os medicamentos e procedimentos médicos de seus cidadãos, essa pretensão encontraria limites em outros direitos fundamentais.

17 BRASIL. Ministério da Saúde. Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 06/11/2014.

Dessa maneira, seria importante questionar quais atos visariam de maneira mais eficiente a redução do risco de doença e de outros agravos, se o fornecimento de remédios caríssimos por tempo indeterminado, não incluídos na lista do Sistema Único de Saúde – muitos experimentais e de eficácia duvidosa – ou a construção de um novo posto de saúde¹⁸. Observa-se que a questão envolve o que se classifica na economia como escolha trágica. Ou seja, ao escolher entre um, desiste-se do outro. E escolhas trágicas, por se tratarem de atos da política pública, devem ser feitas exclusivamente pelo Legislativo e pelo Executivo.

Sobre a escassez de recursos não se deve analisar a regulamentação legal sob a perspectiva de que não assegura o acesso à saúde a todas as pessoas, mas sim do ponto de vista de que está sendo implementada uma política social que garante o fornecimento de medicamentos, realização de exames e tratamentos a milhares de pessoas (não sob a perspectiva da exclusão, mas, sim, da inclusão). Nesse sentido, dados do Ministério da Saúde de 2010 apontam que os gastos totais de serviços públicos de saúde aumentaram, de 20.351.492 milhões de reais em 2000 para 61.965.198 milhões de reais em 2010, quanto às verbas federais, de 6.313.436 milhões de reais para 37.263.521 milhões de reais, em nível estadual, o que demonstra uma franca expansão em termos de investimento em saúde¹⁹.

Acrescenta-se ainda, levando em consideração que os recursos da União, dos Estados e dos Municípios são limitados e que não há viabilidade para fornecer todo medicamento ou todo tratamento a todas as pessoas, que se deve procurar também adquirir aqueles com menor custo e eficácia similar, para que seja possível o acesso a uma maior quantidade de pacientes.

Busca-se, com esse raciocínio, evitar que uma pessoa com melhor condição cultural e socioeconômica que pleiteou a tutela jurisdicional possa ser beneficiada com um medicamento de alto custo, prejudicando outras pessoas que, sem o mesmo discernimento ou condição financeira para requerer ao Poder Judiciário, possam ser privadas do medicamento ou tratamento necessário (ainda que de menor valor e já fornecido), por insuficiência orçamentária.

18 MAYR, 2010.

19 BRASIL. Ministério da Saúde. *O Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde: sua criação, estado de arte e ações em andamento para adaptá-lo aos requisitos da LC 141/2012*. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/download/relatorios/SIOPS_criacao_adaptacoes.pdf. Acesso em: 05/11/2014.

Lembre-se que o direito relativo à saúde pública não se confunde com o direito individual à saúde. O exercício deste direito individual está condicionado às balizas gerais estabelecidas em conformidade com os dispositivos constitucionais. Assim, a interpretação ampla dada ao direito à saúde, sem atentar aos limites decorrentes do caráter individual do pedido, e, em especial, ao controle das ações pelos organismos públicos competentes, importa tratamento desigual, impondo, ao Poder Público, o ônus de prover tratamentos individuais, de custo muitas vezes superior ao que o sistema é capaz de fornecer, em detrimento da maioria dos necessitados.

Tal prática, quando reiteradamente promovida, acarreta um gravíssimo efeito negativo: a impossibilidade de o resto da coletividade, não beneficiada por decisões individuais, acessar os serviços e as ações de saúde, porque é sabido que os recursos destinados à assistência pública são escassos e devem ser prioritariamente dirigidos ao custeio de políticas públicas da área.

No entanto, a questão da escassez de recursos já foi tratada diversas vezes pela jurisprudência, conforme voto do Min. Luiz Fux, no qual afirma que: “escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da reserva do possível”²⁰.

É possível notar, do conteúdo do voto elaborado pelo ministro que o uso do argumento relativo à escassez de recursos do Estado, diante da concretização dos direitos constitucionais de caráter fundamental, é afastado e não elide o Poder Público de sua responsabilidade em atuar por meio de Políticas Públicas. Observa-se também uma preocupação e dúvida quanto à eleição de escolhas públicas, na definição das prioridades que

20 Importante destacar o trecho inteiro em que o Ministro Luiz Fux comenta sobre a questão dos medicamentos e a reserva do possível: “(...) a escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 811608/RS, Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 15 mai. de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04/06/2007).

correspondam de modo mais adequado às necessidades públicas mais prementes dos cidadãos.

Em que pese grande parte de nós compartilharmos deste mesmo pensamento e dúvida, os melhores caminhos para a efetivação da justiça possivelmente precisam ser deslocados da ação direta do Poder Judiciário para os agentes políticos. Isto porque estes foram eleitos pelo voto para serem os porta-vozes de suas aspirações sociais, de modo que essa substituição seria potencialmente mais eficiente do que a solução singular da lide.

3.3. A eficiência como princípio a ser considerado

Um conceito de eficiência²¹ é aquele formulado por Vilfredo Pareto, para quem só haveria eficiência no momento em que seria impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra, isto é, haveria uma alocação ótima de recursos.²²

O aspecto econômico e coletivo de tal conceito faz com que se considere que se estará numa condição de eficiência na medida em que à melhora da condição de um indivíduo ou família necessariamente corresponder-se-á “uma piora na situação de um outro indivíduo, ou família, ou classe social”²³.

Desse modo, observa-se que o princípio da eficiência, no sentido proposto acima, permite analisar se a alocação subjetiva de recursos para a concessão de medicamentos ao litigante corresponde à medida economicamente eficiente e se esse meio de efetivação de direitos fundamentais é o mais apropriado para se chegar a um quadro de eficiência.

O conceito de Pareto, porém, é criticável por seu aspecto estático, perenizando o status quo e desvalorizando a necessidade de modificação de situações consolidadas (e que estão em equilíbrio no conceito paretiano) em proveito de um melhor resultado coletivo ou social.

Nesse sentido, para Cristiane de Oliveira Coelho, acrescenta ao conceito de Pareto o elemento *potencialidade*:

21 Robert Cooter diferencia a eficiência alocativa, utilizada no presente trabalho e que significa quando se atinge o maior valor de um bem, da eficiência produtiva que, segundo ele, consiste na situação de máxima produção com a partir dos menores custos, ou seja, sendo impossível aumentar a produção de determinado bem com os mesmos custos de produção (COOTER; ULEN, 2007, p. 17).

22 Apud BITTENCOURT, 2011, p. 31.

23 BITTENCOURT, 2011, p. 31.

Ocorre que, principalmente para o campo do Direito, o conceito de eficiência, tal qual exposto por Pareto, ao evitar apreciar e julgar mudanças no bem-estar social quando há simultaneamente ganhos e perdas individuais, em nada contribuiu para a resolução prática de problemas alocativos. (...) Por esse critério, o importante é que na alocação de bens os ganhadores possam compensar os perdedores, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo. A eficiência potencial de Pareto aparece como uma instrumentalização do conceito original do ótimo de Pareto, tornando possível sua utilização para a realização de políticas públicas e também para guiar decisões jurídicas²⁴.

Portanto, nas decisões que envolvem a concessão individual de medicamentos, não se trata apenas de considerar que em proveito do interesse individual haverá uma perda no proveito coletivo (políticas públicas), mas também aquilatar a possibilidade de compensação desta perda coletiva.

Migrando do campo das decisões individuais para a norma, Kaldor e Hicks propõem que as normas deveriam ser planejadas ao fito de promover o bem-estar para o maior número de pessoas possível, ainda que se fizesse uma compensação entre benefícios e perdas. Essa noção de bem-estar foi posteriormente popularizada por Richard Posner na chamada maximização da riqueza.

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks se aproximou do chamado Pareto Potencial, em que uma situação eficiente seria aquela cujos benefícios são superiores às perdas e os prejuízos sofridos por terceiros. É possível notar que esse critério de eficiência parte da premissa de que “as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns”.²⁵ Richard Posner desenvolveu essa ideia e elaborou conceito próprio a respeito da eficiência, relacionando-a à justiça. A eficiência, para Richard Posner, é critério adequado para a solução de conflitos e valor para que a escolha pública seja feita visando à maximização da riqueza social²⁶.

24 COELHO, 2007,s/p.

25 RIBEIRO; GALESKI JR., 2009, p. 86.

26 PINHEIRO, 2005, p. 116. Richard Posner indicou no início da sua obra que o termo eficiência, o qual denota a alocação de recursos pautada na maximização de riquezas, possuía limites éticos relacionados à forma como o Poder Público realizaria suas decisões administrativas: “(...) o termo “eficiência”, quando usado tal qual o foi nesse neste livro, para indicar que a alocação de recursos em que o valor é maximizada, tem limitações como um critério ético de tomada de decisões sociais” (POSNER, 2003, p. 11).

Salienta-se, então, que o princípio da eficiência, no tocante ao Direito, soma-se a todos os outros princípios componentes da Administração Pública, expressando um sentido de economicidade, conforme assevera Bittencourt:

Eficiência é uma ideia muito próxima à de economicidade. Almeja-se atingir os objetivos, trazidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, elevando a relação custo/benefício do trabalho público. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público do qual é responsável. Mesmo sem estar explícito anteriormente, o princípio da eficiência estava presente na ordem político-jurídica, por ser consequência lógica do Estado de Direito organizado²⁷.

A esse respeito, entende-se que a economicidade e eficiência são características em grande medida não devidamente valoradas nas decisões judiciais, pois, conforme Eduardo Valadares de Brito:

O juiz desconhecedor da matéria farmacêutica e medicinal pode deferir medidas de urgências que não correspondam a melhor solução no caso concreto. Conforme já citado, diversas demandas ajuizadas com meros atestados ou prescrições lançadas sem maiores compromissos por profissionais da saúde têm sido documentos que embasam decisões judiciais. As consequências disso, também já apontadas, são ingerências indevidas e errôneas na atividade administrativa do Poder Executivo e nas suas políticas de saúde, e o que pode ser mais grave: dispêndio de verbas públicas sem necessidade nem um resultado que respeite a tão perseguida economicidade e eficiência, princípios do direito financeiro defendidos de forma intransigente pelos Tribunais de Contas do País²⁸.

Desse modo, nota-se que uma das consequências relativas à concessão de medicamentos é o dispêndio de verbas públicas sem a certeza de que o litigante terá sucesso em seu tratamento, bem como que tal medida seja exatamente a mais eficiente e adequada para as finanças do Estado e sua missão de implementação de políticas públicas.

27 BITTENCOURT, 2011, p. 32-33.

28 BRITO, S/D.

4. Considerações finais

A ferramenta da Análise Econômica do Direito ainda é pouco utilizada pelos magistrados e operadores do Direito, de modo que, nas situações como as relatadas nas decisões mencionadas, é bastante comum que o direito individual à saúde seja assegurado de uma forma a contrariar as políticas empreendidas pelo Poder Público.

O assegurar dos direitos individuais que conflitem com políticas sociais deve ser cotejado com o princípio da redução das desigualdades econômicas e sociais. O investimento público em medicamentos individuais, especialmente aqueles que não são contemplados nos protocolos oficiais ou cuja eficácia ainda precisa ser comprovada, devido à atuação do Poder Judiciário na concessão de medicamentos, pode comprometer a eficiência das políticas públicas voltadas à saúde.

O fornecimento de medicamentos por ordem do Poder Judiciário pode ser analisado sob as premissas da Análise Econômica do Direito, especialmente aquela denominada de racionalidade limitada.

É a natureza limitada da racionalidade humana como gênero, e do aplicador da norma de forma especial, que justifica o fato de que não consigam prever, na sua universalidade, os efeitos da decisão proferida. Portanto, ainda que a atitude do magistrado seja de busca da efetivação de direitos previstos constitucionalmente, ao priorizar o fornecimento de medicamentos de forma individual, mesmo a partir da compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais, pode negligenciar as possíveis consequências econômico-financeiras que tal conduta irá acarretar ao Poder Público, e por consequência, à coletividade, à qual são destinadas as políticas públicas.

Desse modo, observa-se que as decisões de concessão de medicamentos também devem ser consideradas a partir do princípio da eficiência. Conforme abordado neste artigo, os recursos públicos são limitados, escassos, de modo que a alocação subjetiva de recursos feita pelos magistrados, no momento da concessão individual de benefícios, se torna um óbice à correta e universal aplicação de recursos em políticas públicas de saúde. Ou seja, esse meio de efetivação de direitos fundamentais, ao passo que garante o direito, previsto constitucionalmente, ao litigante, engendra um distanciamento do conceito de eficiência econômica com impactos do ponto de vista não apenas econômico, como também social.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Org.) *O que é Análise Econômica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 27-37.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *O Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde: sua criação, estado de arte e ações em andamento para adaptá-lo aos requisitos da LC 141/2012*. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/download/relatorios/SIOPS_criacao_adaptacoes.pdf. Acesso em: 15/09/2014.
- _____. Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 06/11/2014.
- _____. *Supremo Tribunal Federal RE-AgR nº 811608/RS*, Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 15/05/2007. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04 jun. 2007.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 271286*. Relator: Ministro Celso de Mello, Sessão de 12/09/2000, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 nov. 2000.
- BRITO, Eduardo Valadares de. *Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e vida*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11486. Acesso em: 21/11/2014.
- BUCCI, Maria de Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria de Paula Dallari. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. pp. 01-49.
- CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: *Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>. Acesso em: 16/09/2014.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston: Pearson Education, 2007.
- GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. *O que é Análise Econômica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 17-26.
- MAYR, Patrícia R. *A Judicialização da Saúde no Município de Rio do Sul em Santa Catarina*. Disponível em: www2.biblioshop.com.br/ses/servlet/ArquivoServlet?id=978. Acesso em 21/11/2014.
- PINHEIRO, Amanda Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* 2003. Disponível em: https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf. Acesso em: 16/09/2014.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Sixth Edition. New York: Aspen Publishers, 2003.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. *O que é Análise Econômica do Direito*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. pp. 63-69.
- RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JR., I. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 31, ago. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html. Acesso em: 16/09/2014.
- SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da Política Pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). *Políticas públicas; coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. pp. 21-42.
- SIMON, Herbert A. *Theories of bounded rationality. Decision and organization*. v. 1, p. 161-176, 1972. Disponível em: http://innovbfa.viabloga.com/files/Herbert_Simon___theories_of_bounded_rationality___1972.pdf. Acesso em 20/06/2014.
- SZTAJN, Rachel. "Law and Economics". In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. pp. 74-83.
- TUDE, João Martins. Conceitos Gerais de Políticas Públicas. In: TUDE,

João Martins; FERRO, Daniel; SANTANA, Fabio Pablo (Org.). *Políticas Públicas*. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2010. pp. 11-34.

Recebido em setembro de 2014

Aprovado em outubro de 2014