

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

ELLEN DO SOCORRO BARBOSA NOGUEIRA BERNABÉ

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO: ESTUDO ACERCA DO IMPACTO DAS DECISÕES DO
JUDICIÁRIO PARAENSE NOS GASTOS ORÇAMENTÁRIOS DA SECRETARIA DE
SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ**

BELÉM – PARÁ

2019

ELLEN DO SOCORRO BARBOSA NOGUEIRA BERNABÉ

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO: ESTUDO ACERCA DO IMPACTO DAS DECISÕES DO
JUDICIÁRIO PARAENSE NOS GASTOS ORÇAMENTÁRIOS DA SECRETARIA DE
SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias

BELÉM – PARÁ

2019

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA

Bernabé, Ellen do Socorro Barbosa Nogueira.

Judicialização de políticas públicas de saúde e análise econômica do direito : estudo acerca do impacto das decisões do judiciário paraense nos gastos orçamentários da secretária de saúde pública no Estado do Pará / Ellen do Socorro Barbosa Nogueira Bernabé; orientador Jean Carlos Dias. – 2019.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2019.

1. Judicialização de políticas públicas de saúde. 2. Análise econômica do Direito. 3. Secretária de saúde pública do Estado do Pará. I. Dias, Jean Carlos. *orient.*
II. Título.

CDD 341.27

ELLEN DO SOCORRO BARBOSA NOGUEIRA BERNABÉ

**JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO: ESTUDO ACERCA DO IMPACTO DAS DECISÕES DO
JUDICIÁRIO PARAENSE NOS GASTOS ORÇAMENTÁRIOS DA SECRETARIA DE
SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

_____ - Orientador

Prof. Jean Carlos Dias

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará
Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

_____ - Examinador

Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA

_____ - Examinador

Prof. Rafael Fecury Nogueira

Doutor em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Universidade da Amazônia - UNAMA

A Deus, toda honra e toda glória, sempre!

À minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar esse sonho possível e por me segurar em todas as vezes que achei que poderia cair.

À minha mãe, meu porto seguro, que é o melhor ser humano que eu conheci, já ouvi falar ou li nessa vida, sendo sempre bondosa com todos e disposta a ajudar.

Ao meu Renatinho (bebê), que me incentiva a percorrer o estudo todos os dias e alimenta minha alma com o amor incondicional que me dá.

Ao meu pai, um grande educador, que me ensinou, desde o nascimento, que só o estudo dá vida aos sonhos.

À minha irmã Ericka, minha alma gêmea, que, ao escolher seguir a mesma profissão que a minha, reavivou meus sonhos e me ajudou bastante na reta final deste estudo acadêmico.

Ao meu cunhado-irmão, Marcio, que sempre me ajuda e enriquece com seus conhecimentos e foi fundamental na reta final deste trabalho.

À minha irmã Eduarda, exemplo de adolescente e estudante, que está trilhando lindos caminhos alicerçados no estudo.

Aos meus sobrinhos, Erick e Fernanda, o futuro da nossa família, sendo minha saudade diária.

À minha avó Francisca, que é um exemplo de mulher guerreira, que saiu do interior do Pará na busca do estudo na Capital.

À minha madrastra Karla, com quem iniciei os primeiros passos, quando criança, na paixão pelo direito.

Ao meu marido, homem da minha vida, que é um presente de Deus e está ao meu lado em todos os segundos nesse caminhar que é a vida.

Ao meu orientador, Professor Jean Carlos Dias, que mesmo antes de ser meu orientador, já era fruto da minha mais profunda admiração como docente, mas, principalmente, como ser humano; e, no fim dessa jornada, mostrou-se essencial, tanto pelos seus escritos acadêmicos, quanto pelas leituras, ponderações e apoio.

À professora Patrícia Blagitz, que é uma educadora como poucos nesse País, pois além de seu arcabouço de conhecimento, tem sabedoria para lidar com seus alunos e respeito ao próximo para com os seus orientandos.

Às professoras Beth e Luciana, que foram generosas e atenciosas na banca de qualificação, dando sugestões que engrandeceram este trabalho, dando nova perspectiva para o mesmo.

Aos meus professores do Programa de Pós-graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará – CESUPA, que não lecionam apenas teorias, mas, sobretudo, ensinam que o único caminho viável para este mundo é o respeito nas relações humanas.

Aos meus colegas de mestrado, que foram essenciais nessa jornada.

À Socorro e à Lilian, que secretariam o programa e têm amor pelo que fazem.

Aos servidores da SESPA, que foram essenciais nessa pesquisa e que nos trataram de forma excepcional, dando não apenas dados, mas conhecimentos fáticos daqueles que vivem o dia-a-dia da saúde pública no Pará e desejam sempre melhorar a prestação de serviço estatal.

*“Porque a sabedoria serve de defesa, como de
defesa serve o dinheiro; mas a excelência do
conhecimento é que a sabedoria dá vida ao
seu possuidor”.*

(Eclesiastes 7, 12.)

RESUMO

Esta dissertação de mestrado propõe um estudo acerca do impacto das decisões do judiciário paraense nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará. Ela tem como objetivo analisar as decisões do judiciário paraense de implementação de políticas públicas de saúde e seus impactos nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, à luz da teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard Allen Posner. O Direito à Saúde é consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil como um direito fundamental, sendo direito de todos e dever do Estado. A problemática é de grande importância na atualidade de efetivação dos direitos fundamentais, não creditando mais ao Direito à Saúde caráter programático, mas sim de direito subjetivo, portanto podendo ser arguido judicialmente. Nesse sentido, a questão enfatizada é de que forma as decisões de judicialização de políticas públicas de saúde impactam no orçamento da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, analisando suas consequências sob a ótica da Análise Econômica do Direito, de Posner. Para tanto, a pesquisa está dividida em três seções. Inicialmente, exploraram-se os dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, para depois analisar a judicialização de políticas públicas de saúde, e, por fim, voltou-se à Análise Econômica do Direito. Desse modo, buscou-se a concretude dos dados para analisar os fatos.

Palavras-chave: Judicialização de Políticas Públicas de Saúde. Análise Econômica do Direito. Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará.

ABSTRACT

This master's dissertation proposes a study about the impact of the decisions of the Paraense judiciary on the budget expenditures of the Public Health Secretariat of the State of Pará. It aims to analyze the decisions of the Paraense judiciary to implement public health policies and their impacts on spending. Pará State Department of Public Health, in the light of Richard Allen Posner's theory of economic analysis of law. The Right to Health is enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil as a fundamental right, being the right of all and the duty of the State. The problem is of great importance in the actual implementation of fundamental rights, not crediting the right to health programmatic character, but subjective law, therefore can be argued in court. In this sense, the emphasized question is how the decisions of judicialization of public health policies impact the budget of the Public Health Secretariat of the State of Pará, analyzing their consequences from the perspective of Posner's Economic Analysis of Law. To this end, the research is divided into three sections. Initially, we explored data from the State Department of Public Health of the State of Pará, then analyzed the judicialization of public health policies, and finally turned to the Economic Analysis of Law. Thus, we sought the concreteness of the data to analyze the facts.

Keywords: Judicialization of Public Health Policies. Economic Analysis of Law. Department of Public Health of the State of Pará.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
amp.	Ampliada
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CALOG	Coordenação de Apoio Logístico
CMED	Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos
coord.	Coordenador
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEAF	Departamento de Assistência Farmacêutica
ed.	Edição
Min.	Ministro
MC	Medida Cautelar
org.	Organizador
p.	Página
Rel.	Relator
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
rev.	Revista
s.	Seguintes
SESPA	Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de consentimento livre e esclarecido
v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PESQUISA DE DADOS DA SECRETARIA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ	18
1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS RELACIONADAS À PESQUISA DE DADOS NA SECRETARIA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ	18
1.2 METODOLOGIA E DADOS OBTIDOS	24
1.3 RESULTADOS, SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	30
2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	39
2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	40
2.1.1 Origens e pressupostos	40
2.2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	50
2.3 A QUESTÃO DA SAÚDE	59
2.4 STA 175 E OUTRAS DIRETRIZES	64
2.5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	67
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	72
3.1 PREMISAS A RESPEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	72
3.2 PRAGMATISMO JURÍDICO	80
3.3 CONSEQUENCIALISMO	85
3.4 EFICIÊNCIA	86
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o conjunto de normas que rege o Estado Democrático de Direito, efetivando os direitos e garantias fundamentais a todos que são regidos pela mesma, sendo base da sociedade brasileira atual.

A revolução tecnológica e a globalização, nos últimos anos, trouxeram uma série de transformações em todos os setores da sociedade, afetando diretamente as relações econômicas, sociais, políticas e culturais no nível da nova ordem mundial. Nota-se, também, que no Brasil, concomitantemente com o processo globalizante, houvera várias transformações que permitiram a redefinição do papel da Carta Magna de 1988 e de sua importância na interpretação jurídica. Nesse cenário de transformações, pode-se perceber um aumento significativo da relevância das normas constitucionais, sua interpretação, aplicação e eficácia, fazendo com que o ordenamento não mais se justifique por si só, mas sua legitimidade se extraia do justo, do razoável, do equânime.

O artigo 6º da nossa Carta Magna, que se localiza no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo II, dos direitos sociais, traz em seu bojo o acesso aos direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A Constituição Cidadã de 1988 preocupa-se com a efetivação do direito à saúde, constituindo o mesmo como direito social fundamental, consagrando-a como basilar para a sociedade brasileira. O art. 196 do mesmo diploma legal ressalta a questão do caráter do direito da saúde no Brasil e reflete obrigação do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Verifica-se que a Constituição Federal preocupa-se em garantir que a saúde é um direito fundamental de todo indivíduo e depreende-se que há a necessidade do Estado atuar positivamente como implementador e garantidor da segurança social do cidadão, por conta da sua explícita vulnerabilidade ante ao poder estatal. Deve-se ressaltar que a efetivação deste

direito à saúde, através do dever estatal, ocorrerá através de políticas públicas, as quais são dependentes, assim, de disponibilidade orçamentária do ente estatal.

Em regra, as políticas públicas de efetivação de direitos dos indivíduos eram associadas a ações dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, atualmente, há também uma grande busca de garantia de direitos fundamentais individuais ao Poder Judiciário, trazendo mais ingerência ao mesmo na garantia de tais direitos.

Para que haja a garantia real e fática do direito à saúde de todos são necessárias políticas públicas eficientes, capazes de atender aos indivíduos com dignidade e de maneira igualitária. As políticas públicas de saúde não podem ser meramente programáticas, mas devem garantir o direito subjetivo do ser humano de forma eficaz. Dessa maneira, verifica-se a expansão do fenômeno contemporâneo da judicialização de políticas públicas, principalmente, da saúde.

O presente estudo perpassa pelos dados obtidos pela Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, para, então apresentar a judicialização de políticas públicas de Saúde e a Análise Econômica do Direito.

Preliminarmente, a teoria da *Law and Economics* ou *Economic Analysis of law* é chamada no Brasil de Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia e neste trabalho será utilizada o termo em português Análise Econômica do Direito ou apenas a sigla AED, pois acredita-se que quando se utiliza o termo Direito e Economia estar-se apenas unindo duas áreas por meio de uma conjunção aditiva, como algo forçoso e não focando numa interdisciplinaridade entre as mesmas.

Como também é necessária a afirmação da premissa de que a judicialização de políticas públicas é quando uma decisão judicial obriga o Estado/Administração a arcar com o pagamento das demandas judiciais com a nobre tarefa de efetivar e garantir direitos fundamentais frutos de direito subjetivo, como no caso da saúde, que não foram atendidos pelo outros Poderes.

Porém, sabe-se da crise financeira que assola o país e tem-se a sapiência que os recursos estatais são escassos e finitos; e, é neste ponto que se adentra no escopo da Análise Econômica do Direito, mais precisamente no estudo da eficiência de tais decisões de judicialização da saúde na Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará.

O ponto de partida deste trabalho acadêmico é que a norma constitucional de proteção à saúde, que embasa a judicialização de políticas públicas da mesma, é aplicável, existente, cogente. A dimensão positiva está clara quando há a definição de que o direito à saúde existe e a judicialização é uma realidade do sistema jurisdicional atual. A norma é elucidamente

aplicável e o que se buscará analisar é o alcance da mesma, a partir da escolha dos dados para definição de quantitativos.

Com dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará referentes aos gastos com políticas públicas de fornecimento de medicamentos, com projeção quantitativa de despesas, analisar-se-á o impacto de tais demandas judiciais, deixando claro que este trabalho considera que sempre há impacto, a grande questão é como ele se dá.

A questão-problema é: de que forma as decisões do judiciário paraense de judicialização de políticas públicas de saúde impacta nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, sob a ótica da Análise Econômica do Direito?

O objetivo central deste estudo é compreender as decisões do judiciário paraense de judicialização de políticas públicas na área da saúde e seus impactos nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, à luz da Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner, focando no fornecimento de medicamentos, no triênio de 2016 a 2018.

Objetivando, também, de maneira mais específica, analisar os dados dos gastos financeiros da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará em relação ao fornecimento de medicamentos como um todo e daqueles advindos apenas de decisões judiciais, no triênio de 2016 a 2018.

Para, assim, apresentar a judicialização de políticas públicas na atualidade do ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na área da saúde no Estado do Pará. Para, após, examinar a Análise Econômica do Direito, antes e depois da chamada virada pragmática de Richard A. Posner, onde há um amadurecimento a respeito dos aspectos centrais da AED, fazendo com que a mesma se fundamente no contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo.

E, compreender os dados obtidos da Secretaria de Saúde do Estado do Pará, para determinar um padrão metodológico de análise de eficiência do impacto das decisões judiciais e o alcance real das políticas públicas de saúde.

A hipótese trabalhada é: o impacto das decisões do judiciário paraense de políticas públicas de saúde nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará gera eficiência, conforme aplicação na teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner, na sua pós-virada pragmática?

O presente estudo se justifica pela importância na atualidade de efetivação dos direitos fundamentais de forma mais concreta, subjetiva e material, através da intervenção do Estado-Juiz, judicializando políticas públicas de saúde; todavia, com o necessário respeito às consequências de tal efetivação e sua eficiência, nas nuances da Análise Econômica do Direito.

E, nesta seara, este estudo acadêmico propõe-se a dar subsídios analíticos e metodológicos para contribuir na novel análise de eficiência de decisões judiciais de judicialização de políticas públicas de saúde, a partir de suas consequências.

A importância de uma pesquisa consiste, também, na utilização de um método científico para fazer emergir conhecimento, para, assim, conseguir explicar um acontecimento da nossa sociedade. É necessário indagar a respeito de um problema da contemporaneidade, de maneira clara e precisa, para que através da pesquisa se consiga buscar uma resolução factível.

E, no caso concreto, a metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica e documental, com coleta de dados, na linha de pesquisa jurídica dogmática, visto o caráter teórico desta pesquisa, com objetivo descritivo. Ademais, traz uma abordagem qualitativa e quantitativa, utilizando o método hipotético-dedutivo, para melhor dirimir a hipótese testada.

A temática do presente estudo pretende fazer uma abordagem sobre a atuação do Poder Judiciário nas decisões de políticas públicas relativas ao direito fundamental à saúde e adentrar, mais especificamente, no impacto das mesmas nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, através da análise de dados obtidos acerca do assunto. Visto que, nos dias de hoje, a judicialização é mais por vontade do constituinte do que do Judiciário.

Fazendo, desse modo, em derradeira análise, a verificação da eficiência das decisões do judiciário paraense acerca de políticas públicas de saúde, sob à ótica da Análise Econômica do Direito, nos gastos da SESPA, em relação ao fornecimento de medicamentos, no triênio de 2016 a 2018.

Na primeira seção o presente estudo científico iniciar-se-á abordando a análise da coleta de gastos da Secretaria Estadual de Saúde Pública do Estado do Pará, para que, à luz da Teoria de Posner, da Análise Econômica do Direito, possa se identificar as nuances dos mesmos, fazendo o recorte metodológico acerca do fornecimento de medicamentos, no triênio de 2016 a 2018.

Primitivamente, averiguar-se-á os dados dos gastos gerais da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará com fornecimento de medicamentos; e, então, analisar-se-á o impacto destas decisões do judiciário paraense nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará a respeito da sua eficiência.

Os dados escolhidos justificam-se pela sua intelecção perceptiva, de forma a auxiliar na melhor e mais fácil compreensão dos mesmos e, também, pela sua fiel reprodução da concretude da problemática enfrentada neste estudo acadêmico.

Na segunda seção adentrará em questão central do tema do trabalho, que é a judicialização de políticas públicas, especificando a área da saúde, no Estado do Pará.

Deixa-se clarificado, de pronto, que não se quer resolver o complexo paradoxo de Quintana, do professor Jean Carlos Dias, baseado na frase final do poema Baú dos Espantos, onde o poeta Mário Quintana afirma que se tem, agora, muitas coisas a serem denunciadas neste mundo louco, mas não se sabe a quem o fazer; porquanto, na busca de tal resposta, o professor se debruça nas demandas litigiosas de políticas que violam os direitos fundamentais e na resolução do problema de competência para enfrentamento das mesmas, especificamente pelo Judiciário (DIAS, 2007).

E, também, não busca compreender o fenômeno da judicialização de políticas públicas com análise de legitimação e justificação de modelos teórico-filosóficos de teoria do direito, conforme Loiane Verbicaro, em seu livro acerca do tema (VERBICARO, 2017).

A ideia central de tal capítulo será apresentar a judicialização e suas características já vigentes na prática do judiciário brasileiro, buscando a especificidade da área da saúde, no Estado do Pará. Neste sentido, Fonseca (2014, p. 13) apresenta uma importante afirmação sobre a judicialização das políticas públicas:

[...] Dentre os direitos essenciais, o direito à saúde está entre o que mais aparece na pauta de decisões do Judiciário; é nesse campo que sobra espaço para uma atuação extremamente ativista, com risco de intervenção na esfera dos demais poderes estatais. E assim, mais precisamente no âmbito do direito à saúde, a judicialização das políticas públicas encontrou suporte para o seu pleno desenvolvimento.

Demonstra-se a grande ocorrência desse fenômeno na sociedade atual, dando ênfase a um tipo de preocupação recorrente, que é do respeito à tripartição dos Poderes e de suas competências. O estudo fincará suas bases estruturais, consolidando entendimentos de forma paradigmática, para se encaminhar à Análise Econômica do Direito.

Na última e derradeira seção, o trabalho entrará na teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner, buscando a definição da AED, perpassando pelo pragmatismo jurídico e pelo consequencialismo, fazendo a correta aplicação da teoria no tema retratado no presente estudo e, por fim, falará a respeito da eficiência.

A teoria de Richard A. Posner é bastante extensa e o presente estudo foca nas características da chamada “pós-virada” pragmática do teórico, que inicia sua jornada na trilogia, que abarca os livros, em sequência: “Problemas de filosofia do Direito”, “Para além do direito” e “A problemática da teoria moral e jurídica”, com primeiras edições, na língua inglesa, datadas, respectivamente, nos anos de 1990, 1995 e 1999 e seus escritos posteriores. Não deixando, obviamente, de abordar toda a extensa literatura do mesmo, mas priorizando as nuances de sua “pós-virada” pragmática, dando embasamento para esta pesquisa acadêmica.

É necessária a verificação da problemática da alocação dos recursos públicos e nessa conjectura traz-se o entendimento de Richard Posner (2011a, p. 136):

[...] como há mais necessidade do que recursos disponíveis, é preciso optar por tornar efetivo o direito 'x' ou 'y', opção esta chamada de trágica, pois terminará por gerar o preterimento de um dado direito, quiçá tão importante quanto o outro, mas em virtude da necessidade de se buscar o máximo de eficiência na efetivação dos direitos fundamentais, teve de ser deixado de lado.

A opção trágica da escolha pública deve ser feita por todos os Poderes, incluindo o Judiciário nessa demanda. A opção trágica da escolha pública caracteriza-se pelo ato do Estado ter recursos escassos e ter que optar, dentre todas as suas necessidades, qual irá privilegiar. Com isso, deixa-se de promover algumas políticas públicas em detrimento de outras.

É inegável que houve um aumento da importância política do Poder Judiciário, pois este Poder tomou para si a resolução de problemas polêmicos e de grande repercussão na sociedade por meio da sua interpretação constitucional. Com o advento dos Direitos Fundamentais, o próprio Poder Judiciário passou a proteger esses referidos direitos quando ofendidos.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização de políticas públicas, por conta do surgimento de novas teorias que prezam pela eficiência das normas constitucionais e pela dignidade da pessoa humana e bem-estar social dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, é uma realidade empírica e fundamental para a sociedade.

Todavia, os recursos do Estado são finitos e as demandas protetivas devem ser efetivadas com a verificação de suas consequências e eficiência. Não se pode inchar o judiciário de decisões teóricas, principiológicas e garantistas sem a devida preocupação de que os efeitos das mesmas se darão num mundo real. Há um condão conjectural da atualidade acerca da aflição do sistema jurídico com as consequências e eficiência das decisões jurídicas, essencialmente que versam sobre direito público.

Por fim, é importante que se afirme que se pode verificar que o cidadão tem encontrado uma nova forma de acesso à justiça por meio dos processos judiciais. Na área da saúde, Oliveira (2013), nos traz a afirmação de quando houver omissão do Estado em promover a saúde para o cidadão, o caminho natural deve ser pela via jurídica na busca desse direito. Por isso que no campo do direito à saúde há uma série de demandas de grande complexidade para serem apreciadas pelo órgão julgante.

Contudo, sempre é fundamental que as escolhas públicas de quaisquer Poderes do Estado sejam feitas analisando as consequências, objetivando a eficiência das mesmas, para direcionar da melhor forma o uso do erário público.

1 PESQUISA DE DADOS DA SECRETARIA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ

A pesquisa de dados no âmbito da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará é de extrema importância para a verificação fática da análise conjectural da judicialização da saúde pública no Estado do Pará e seus impactos nos gastos orçamentários da referida Secretaria de Estado, sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

Os dados auxiliam a compreender o movimento comportamental que se estabelece a partir de novas formas de estabelecimento de dispêndio do erário público no âmbito do direito à saúde, caracterizadas, dentre outras, de demandas judiciais que determinam a aplicação e destinação de políticas públicas.

O presente capítulo objetiva mostrar os dados obtidos na Secretaria de Saúde Pública no Estado do Pará, no triênio 2016-2017-2018, apresentando a metodologia utilizada, a análise e resultados, após a apresentação das noções introdutórias necessárias à compreensão da escolha dos mesmos.

Assim, de forma precípua, pretende-se ambientar e introduzir o estudo no conjunto de circunstâncias que conduzem à especificidade da Secretaria de Estado de Saúde Pública do Estado do Pará no circuito do direito fundamental à saúde e à prática das políticas públicas que circundam o mesmo; para, após, apresentar os dados obtidos, a partir do viés metodológico adotado, no intuito de intencionar o exame minucioso dos mesmos e obter os efeitos relacionados.

E, em derradeiro, estuda-se acerca dos resultados obtidos, fazendo o recorte metodológico dos processos de atendimento de demandas judiciais para aquisição de medicamentos pela SESPA, à luz da Análise Econômica do Direito.

1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS RELACIONADAS À PESQUISA DE DADOS NA SECRETARIA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, afirma que a instituição do Estado Democrático do País é destinada a assegurar, dentre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais como valores supremos da sociedade, determinando, assim, de forma antecipada, que toda a normativa estará propícia a um Estado, além de

democrático, no âmbito político, mas também social, no sentido de designar o objeto a ser colocado em segurança o direito social e também o individual (BRASIL, 1988).

No âmbito do Título II da Carta Magna, que trata dos direitos e garantias fundamentais, tem-se o capítulo II – Dos Direitos Sociais, o qual fixa o direito à saúde como direito social fundamental no Estado Brasileiro, corroborando com a diretriz no prelúdio da mesma. Mais adiante, no mesmo diploma legal, a seção II- Da Saúde, inserida no Capítulo II - Da Seguridade Social, do Título VIII- Da Ordem Social, finca e consagra que o direito à saúde é “de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

A afirmação de que o direito à saúde é um direito de todos reforça sua natureza de direito fundamental social, na perspectiva da proteção à igualdade, instituindo uma noção primordial de que o mesmo deve abranger todos, sem nenhuma distinção de classe social, raça, orientação sexual, dentre outras discriminações latentes na sociedade atual.

A perspicaz sustentação do diploma legal de conferir ao Estado o dever de prestar o direito à saúde legitima uma obrigação prestacional do ente estatal; determinando que a garantia de um direito fundamental, qual seja o direito social da saúde, se dá através de políticas sociais e econômicas, o Estado passa a agir conforme o modal de Estado Social de Direito, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e se afasta da posição de mero expectador e começa a interferir no campo econômico e social, consagrando a ideia de que não se pode apenas ter a previsão de vários direitos, mas é necessária a concretização dos mesmos (DAOU, 2018).

Desta feita, passa-se a enraizar e compreender a percepção de políticas públicas estatais para garantir o direito à saúde, e, “por essa razão, devem-se compreender as políticas públicas como categoria normativa, com a função jurídica de realizar a intermediação dos anseios da sociedade diante do Estado e dos governos (...)” (DAOU, 2018, p.57). Assim, as políticas sociais e econômicas relacionadas à saúde devem vislumbrar a redução do risco de doença e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da mesma (BRASIL, 1988).

A partir desse ambiente projetado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgou-se a Lei n°. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como a “Lei do SUS” e/ou “Lei Orgânica da Saúde”, dentre outras denominações, a qual implementou no âmbito da legislação ordinária do Brasil a disposição acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes, dentre outras, a fim de propagar a política pública estatal correspondente ao direito à saúde.

Como também a Lei n.º 8.142/90 traz diretrizes basilares para o Sistema Único de Saúde do Brasil, mecanismo adotado pelo Estado para garantir as políticas públicas necessárias para o pleno exercício do direito à saúde no Brasil. Não obstante, há diversas legislações que permeiam o ambiente do direito à saúde no País e no Estado do Pará, sendo citadas, no momento oportuno, aquelas que se fazem salutar para a compreensão do mesmo.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados pelos entes estatais, para a formulação e execução de políticas públicas, que visam garantir a todos o direito a saúde, tendo como princípios centrais a universalidade, a igualdade e a integralidade, conforme Lei n. 8080/90, que regulamenta o SUS.

Para Daou (2018, p. 69), “A universalidade é a grande inovação do SUS, uma vez que anteriormente à existência dessa política os serviços de saúde eram prestados apenas aos contribuintes ou em caráter assistencial social (...)”, coadunando com a fundamentalidade do direito à saúde na sua política garantidora.

O princípio da universalidade no âmbito do SUS é intimamente ligado ao acesso de todos em toda e qualquer ação ou serviço de saúde. Há uma imbricação deste princípio com o da igualdade, que sugere que todos serão atendidos, sem nenhum tipo de preconceito e com o da integralidade, o qual fomenta o ideal de que toda e qualquer pessoa gozará de oportunidade de utilização de todos os níveis de complexidade de assistência à saúde.

Há uma enorme ligação indissociável nestes três primordiais princípios do SUS, que permite a exata compreensão de que as políticas públicas de direito à saúde devem ser direcionadas a todos, sem qualquer distinção, com direito a todos os patamares de promoção possíveis. Sendo praticável por toda e qualquer pessoa o acesso a atendimentos, consultas, cirurgias, medicamentos, enfim, todos os serviços disponíveis, respeitando a necessidade de cada indivíduo e indicação médica cabível.

Partindo desse entendimento, torna-se bastante evidente a necessidade de todas as esferas de poderes estatais, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, serem competentes para a consecução das ações e serviços de saúde; contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil, as Leis n.º 8.080/90 e n.º 8.142/90, o Decreto Federal n.º 7.508/11, a Portaria de Consolidação n.º 2, de 28 de Setembro de 2017, a Portaria MS/GM n.º 3.733, de 23 de novembro de 2018 dão a base de sustentação para a organização regionalizada e hierarquizada do SUS, em níveis de complexidade crescente, trazendo a competência, assim, na seara dos Estados, mais especificamente, no Estado do Pará, a direção do SUS para a

Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará- SESP, criada pela Lei Estadual n°. 400, de 30 de Agosto de 1951, como órgão da administração pública direta, competente para os atos de garantia do direito à saúde no Estado do Pará, dispostos no art. 265, da Constituição do Estado do Pará¹.

¹Art. 265. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem o sistema único de saúde a nível do Estado, a que se refere o artigo 198 da Constituição Federal, integrando a área de proteção social, sendo organizado de acordo com as diretrizes federais e mais as seguintes: I - integração do Estado e Municípios no funcionamento do sistema, inclusive na constituição de sistema de referência; II - municipalização dos recursos, serviços e ações, com descentralização e regionalização administrativa e orçamentária; III - integração das ações assistenciais de saúde e de saneamento básico com as ações de educação em saúde; IV - prioridade para serviços e ações municipais de saúde na elaboração dos planos e orçamentos anuais e plurianuais de saúde do Estado; V - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; VI - constituição paritária de conselhos estadual e municipal, composto pelo Poder Executivo com representantes de prestadores de serviços de saúde, trabalhadores de saúde e usuários, nos termos da lei, constituindo-se em órgão competente para controle e avaliação das políticas e ações de saúde a nível do Estado e dos Municípios, competindo-lhe as seguintes atribuições, além de outras que a lei dispuser: a) propor políticas, programas e projetos integrados de saúde e saneamento, adequados às necessidades da população; b) acompanhar, analisar, avaliar, fiscalizar e controlar a formulação e realização de políticas, programas e projetos integrados de saúde e saneamento; c) analisar, fiscalizar e exercer o controle interno do uso e aplicação adequada dos recursos destinados às ações do sistema estadual de saúde, opinando previamente sobre a proposta orçamentária anual do setor; d) realizar conferência bienal de saúde, com o objetivo de analisar e avaliar as ações do sistema estadual de saúde, subsidiando novos planos e programas; e) opinar, previamente, sobre qualquer projeto público ou privado que implique política de saúde, nos termos da lei. VII - integração dos serviços e ações de saúde e saneamento desenvolvidos pelo sistema, de acordo com o plano estadual de saúde; VIII - participação da comunidade e dos profissionais de saúde e saneamento, através de suas entidades representativas, em todos os níveis de planejamento, execução e gerenciamento do sistema, na forma da lei; IX - prioridade para obras de saneamento básico; X - instituição de política integrada de saúde e saneamento através de lei; XI - elaboração, pelo Estado e Municípios, de planos anuais e plurianuais de saúde; XII - promoção e incentivo: a) à pesquisa de tecnologias em saneamento, adequadas e compatíveis com a realidade local, de maneira a maximizar o aproveitamento dos recursos disponíveis para o setor, sem perda da qualidade dos serviços; b) à pesquisa na área de saúde voltada para a realidade epidemiológica regional; c) à pesquisa químico-farmacológica da flora e fauna medicinais da Amazônia, visando o aproveitamento racional destes recursos na produção de medicamentos; d) ao plantio racional de espécies vegetais de ação farmacológica comprovada, através de atividades educacionais, orientação técnica e assistência creditícia especial e favorecida. e) à atividade pública e privada que se destinem à prevenção e fiscalização do uso de drogas e entorpecentes e recuperação de viciados ou dependentes, inclusive com a destinação de recursos humanos e materiais a entidades privadas devidamente credenciadas. XIII - fiscalização obrigatória da produção, venda, distribuição e comercialização de produtos químicos e farmacológicos, proibida a comercialização de drogas em fase de experimentação; XIV - proibição de toda e qualquer experimentação, em seres humanos, de substâncias, drogas ou meios contraceptivos que atentem contra a saúde e não sejam de pleno conhecimento dos usuários, nem fiscalizados pelo Poder Público. § 1°. O sistema estadual de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, do Estado e dos Municípios, além de outras fontes, permitida a constituição de fundo estadual de saúde nos termos da lei, constituindo-se em dever para o Estado e Municípios a alocação e aplicação adequada de recursos para tal fim. § 2°. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada e as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema estadual de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, sujeito a prévio exame pelo colegiado de que trata o inciso VI, deste artigo. § 3°. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 4°. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Estado, salvo nos casos previstos em lei, e mediante aprovação prévia do colegiado estadual de que trata o inciso VI, deste artigo, podendo haver recursos para a Assembleia Legislativa, que decidirá, definitivamente, a respeito. § 5°. Na priorização de obras de saneamento básico, bem como no uso integrado de recursos hídricos, devem ser utilizados critérios baseados em indicadores epidemiológicos e socioeconômicos e respeitado o princípio de participação da comunidade alvo dos serviços, nos termos da lei. § 6°. A lei estabelecerá a organização e o funcionamento de entidades de pesquisa, industrialização e produção farmacêutica, a partir da flora e fauna medicinais da Amazônia. § 7°. Os recursos transferidos do

A Portaria de Consolidação n.º. 2, de 28 de setembro de 2017, consolidou a normatização acerca das políticas nacionais de saúde do SUS, a fim de organizar as políticas públicas relacionadas com a prática efetiva do direito à saúde no Brasil e, assim, dedicou seu segundo capítulo às políticas de organização de atenção à saúde, tendo na sua seção I as políticas gerais de organização de atenção à saúde, apresentando, em seu art. 6º, respectivamente, nos incisos VII e VIII, a Política Nacional de Medicamentos - PNM, na forma do anexo XXVII, do mesmo diploma legal, e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Resolução CNS n.º. 338, de 6 de maio de 2004, de acordo com o também anexo XXVIII (BRASIL, 2017).

Dentre as várias atribuições do SUS, a assistência terapêutica integral, no âmbito da área de dispensação de medicamentos, vem se tornando alvo de inúmeras discussões doutrinárias, tanto na atmosfera jurídica quanto farmacêutica, econômica, filosófica, dentre outras, devido ao elevado número de decisões de judicialização de políticas públicas de saúde tendo como objeto o fornecimento de medicamentos. Nesse sentido, o entendimento da assistência farmacêutica, da Política Nacional de Medicamentos – PNM, da Política Nacional de Assistência Farmacêutica – PNAF e da Relação Nacional de Medicamentos – RENAME tornou-se uma grande necessidade dos dias atuais.

A assistência farmacêutica consiste, conforme conceituação da PNM, no:

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos (BRASIL, 1998)².

Portanto, na medida em que se tem a assistência farmacêutica como um dos objetos primordiais para a prestação da política pública que torne palpável e eficaz o direito fundamental social da saúde a toda sociedade, verifica-se que a dispensação de medicamentos torna-se vital para a garantia do mesmo.

Não obstante a assistência farmacêutica ter como seu principal objeto o medicamento em si, ela não está relacionada apenas a entrega de medicamentos, mas abrange todo o processo que envolve os mesmos e sua utilização de forma racional, que “é o processo que compreende

Governo Federal pelo sistema unificado de saúde serão aplicados, preferencialmente, no custeio das unidades de saúde para a prestação de serviços diretos à população.

² Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998.

a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas (...)” (BRASIL, 1988, não paginado). Barros (2006, p. 127), no intuito de fornecer uma conceituação mais completa, afirma que:

A Assistência Farmacêutica é o conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva. Os medicamentos são seus insumos essenciais. A assistência implica a viabilização do acesso, assim como o uso racional dos medicamentos. Envolve também a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

Desta forma, a assistência farmacêutica promove todo o aparato administrativo acerca de medicamentos no território nacional, funcionando em todos os aspectos essenciais que circundam o tema, tendo a responsabilização desde os insumos até o uso efetivo dos mesmos, para a garantia da possibilidade de comercialização. Como também, tem-se a Política Nacional de Medicamentos que traz como uma de suas diretrizes a adoção de relação de medicamentos essenciais, chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, que é editada pelo Ministério da Saúde, integrante da administração direta federal, que vincula todas as esferas de Poder.

Medicamentos essenciais são aqueles entendidos como fundamentais para a maioria dos problemas de saúde pública do País e a RENAME, ao listar os mesmos, dá parâmetros para aquisição de medicamentos para o SUS, sendo base para esta em todo o País, no que diz respeito ao Poder Público Executivo, para suprimento de suas redes de prestações de políticas públicas de saúde. Ademais, o principal foco da padronização obtida com a RENAME é a redução de custos dos produtos, a partir de uma ideia de possibilidade de planejamento do ente estatal. Desse modo, a análise dos gastos efetivados com a aquisição de medicamentos em geral e no que diz respeito somente a processos advindos de demandas judiciais da SESPÁ ganha bastante destaque na temática da judicialização de políticas públicas de saúde à luz da análise econômica do direito.

Para isso, coletaram-se dados dos anos de 2016, 2017 e 2018 da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará acerca da aquisição de medicamentos e, assim, fez-se os recortes metodológicos necessários para a compreensão dos gastos e suas repercussões sociais. Neste sentido, é que o presente estudo passa a consolidar os dados, através do método escolhido.

1.2 METODOLOGIA E DADOS OBTIDOS

A partir da compreensão das competências da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará – SESPA na conjectura do Sistema Único de Saúde – SUS, que é a política pública adotada pelo Estado Brasileiro para garantir o direito fundamental social à saúde, mostra-se salutar o conhecimento da área acadêmica e da população como um todo de como é estabelecida, de fato, a aplicação dessas políticas públicas no Estado do Pará, abordando, contudo, mais especificamente, os gastos com relação à assistência farmacêutica, diretriz da Política Nacional de Medicamentos, no que diz respeito à aquisição de medicamentos por parte da SESPA, nos anos de 2016, 2017 e 2018, no âmbito dos gastos gerais e dos gastos advindos de demandas judiciais de judicialização de políticas públicas de saúde para fornecimento de medicamentos.

Para tanto, obteve-se dados do programa *UniHealth*³, que é controlado pela CALOG – Coordenação de Apoio Logístico ligada ao Departamento de Assistência Farmacêutica – DEAF, da SESPA, que mostrou os gastos, em reais, com a aquisição de medicamentos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, nos anos de 2016, 2017 e 2018, mostrando o quantitativo de medicamentos, os tipos de medicamentos e se os mesmos eram considerados gastos gerais, classificados, desse modo, todos os medicamentos adquiridos com recursos da SESPA, e os gastos com demandas judiciais, detalhados, assim, todos aqueles medicamentos que foram necessários adquirir devido decisões judiciais através de recursos da mesma Secretaria de Estado.

Como também, conseguiram-se os dados pertinentes apenas às demandas judiciais, no setor de demandas judiciais ligado ao Departamento de Assistência Farmacêutica – DEAF, da SESPA, através de arquivos em planilhas do programa “Microsoft Excel”, dos anos de 2016, 2017 e 2018, no que dizem respeito às características das mesmas, quais sejam, a quantidade total de processos administrativos gerados, a partir das decisões judiciais recebidas pela SESPA, os patrocinadores das ações judiciais, a origem das prescrições, o tipo (nova ou renovação) e pode-se verificar se os medicamentos advindos das demandas judiciais estavam de acordo com o padrão estabelecido pelo SUS, através da RENAME ou não.

A metodologia utilizada pertinente aos dados do programa “UniHealth” e das planilhas do programa “Microsoft Excel” do setor demandas judiciais é de natureza descritiva quanto aos

³ O programa de computador “UniHealth” é utilizado pela coordenação de apoio logístico, ligada ao departamento de assistência farmacêutica, da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, para o acompanhamento de gastos com aquisição de medicamentos por toda a Secretaria.

objetivos, com forma de abordagem quantitativa, levando em consideração os procedimentos técnicos documentais, visto que serão analisados os dados obtidos em tais fontes.

A coleta de dados deu-se através da disponibilização, por meio de autorização administrativa, do Secretário de Saúde Pública do Estado do Pará, através do processo administrativo de n.º. 2019/109763 – SESPA, de relatórios do programa “UniHealth” de entrada e saída mensal dos anos de 2016, 2017 e 2018, da quantidade de medicamentos e valores gastos com a aquisição dos mesmos no âmbito geral do Estado e apenas de demanda judicial; sendo também disponibilizados os dados a respeito dos tipos de medicamentos, seus quantitativos e valores unitários, mas excluídos da presente pesquisa.

E, em relação aos dados obtidos pelas planilhas do programa “Microsoft Excel”, do setor de demandas judiciais, foram disponibilizados aqueles referentes aos anos de 2016, 2017 e 2018, quanto à quantidade de processos administrativos surgidos através de demanda judicial para fornecimento de medicamentos no âmbito da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, tipo (nova ou renovação), requerente da demanda judicial, origem da prescrição do medicamento (rede pública ou privada) e a correlação dos pedidos ao padrão SUS de fornecimento dos medicamentos, conforme a RENAME.

As variáveis construídas para o estudo correlacionam as duas fontes de dados obtidas, pois, primeiramente, utilizam-se as informações contidas no programa “UniHealth”, onde faz-se um apanhado amplo dos gastos com fornecimento de medicamentos pela SESPA, pois o programa gere toda a aquisição de medicamentos por parte da Secretaria de Estado, de forma mensal e anual, definindo, assim os gastos totais com todo e qualquer gasto com aquisição de medicamentos pela SESPA, contendo, ainda, a subclassificação de origem de demandas judiciais na aquisição de medicamentos.

Possibilitando, assim, o conhecimento do valor, em reais, do gasto mensal e anual da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará com a aquisição de medicamentos e, ademais, conhecer dentro desse dado geral, a quantidade, em reais, da parcela gasta com a aquisição de medicamentos referentes à demanda judicial.

A partir da obtenção desses dados, passa-se a análise dos dados obtidos pelas planilhas do programa “Microsoft Excel” a respeito das características dessas demandas judiciais. Pois, os dados adquiridos no setor de demandas judiciais ligado ao Departamento de Assistência Farmacêutica – DEAF, da SESPA, dizem respeito especificamente de cada demanda requerida.

A pesquisa gira em torno de dados secundários, não fazendo nenhum tipo de abordagem direta, sendo desnecessário o uso de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE.

Desta forma, os dados obtidos pelo programa “UniHealth” afirmam que no ano de 2016 foram gastos pela SESPA, em reais, com aquisição de medicamentos para fornecimento dos mesmos, no total geral, o valor de R\$ 28.252.905,19 (vinte e oito milhões, duzentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinco reais e dezenove centavos), considerado como 100 % (cem por cento) dos gastos feitos com aquisição de medicamentos; e, dentro desse total geral, com várias origens diferentes, temos o valor, em real, originado somente de demandas judiciais do ano de 2016, de R\$ 2.676.313,72 (dois milhões, seiscentos e setenta e seis mil, trezentos e treze reais e setenta e dois centavos), correspondente a 9% (nove por cento) do total de recursos utilizados pelo Estado apenas para demandas judiciais. Conforme Tabela 1:

Tabela 1 – Gastos com medicamentos pela SESPA em 2016.

2016			
MESES	DEMANDA JUDICIAL	GERAL	% DEMANDA JUDICIAL
JANEIRO	R\$ 117.963,3700	R\$ 3.738.589,3305	3%
FEVEREIRO	R\$ 78.723,1031	R\$ 5.244.514,1818	2%
MARÇO	R\$ 149.779,3100	R\$ 1.568.712,8693	10%
ABRIL	R\$ 112.516,4649	R\$ 1.250.612,0522	9%
MAIO	R\$ 278.221,5300	R\$ 1.506.387,3231	18%
JUNHO	R\$ 165.129,1019	R\$ 2.660.332,6302	6%
JULHO	R\$ 103.870,4100	R\$ 1.300.883,3412	8%
AGOSTO	R\$ 50.748,3500	R\$ 1.816.765,6125	3%
SETEMBRO	R\$ 65.493,4924	R\$ 1.763.529,7755	4%
OUTUBRO	R\$ 217.936,0470	R\$ 1.594.925,4928	14%
NOVEMBRO	R\$ 240.914,6325	R\$ 3.195.684,1155	8%
DEZEMBRO	R\$ 1.095.017,9156	R\$ 2.611.968,4711	42%
TOTAL	R\$ 2.676.313,7274	R\$ 28.252.905,1957	9%

Fonte: UniHealth (2019).

No ano de 2017 verifica-se um aumento no percentual de recursos de aquisição de medicamentos para os originários de demandas judiciais, pois o valor, em reais, utilizados, no geral, foi de R\$ 32.721.720,36 (trinta e dois milhões, setecentos e vinte e um mil, setecentos e vinte reais e trinta e seis centavos), referente a 100% (cem por cento) da saída de recursos da SESPA para aquisição de medicamentos, e, dentro desse valor, foram utilizados R\$ 7.208.053,50 (sete milhões, duzentos e oito mil, cinquenta e três reais e cinquenta centavos) para aquisição de medicamentos originários de demandas judiciais, o que dá um percentual de 22% (vinte e dois por cento) do total, como demonstra a seguinte Tabela 2:

Tabela 2 – Gastos com medicamentos pela SESPA em 2017.

2017			
MESES	JUSTIÇA	GERAL	% JUSTIÇA
JANEIRO	R\$ 491.323,7655	R\$ 2.165.044,8785	23%
FEVEREIRO	R\$ 262.447,1749	R\$ 2.197.119,5046	12%
MARÇO	R\$ 515.982,3369	R\$ 2.337.336,7843	22%
ABRIL	R\$ 536.882,2393	R\$ 2.789.308,8514	19%
MAIO	R\$ 459.906,6643	R\$ 3.000.533,7785	15%
JUNHO	R\$ 614.288,1593	R\$ 2.741.827,0312	22%
JULHO	R\$ 827.780,7505	R\$ 3.100.286,1618	27%
AGOSTO	R\$ 402.568,5987	R\$ 1.944.174,7225	21%
SETEMBRO	R\$ 1.382.391,5003	R\$ 4.068.942,2719	34%
OUTUBRO	R\$ 473.414,1623	R\$ 3.711.530,5678	13%
NOVEMBRO	R\$ 338.245,4883	R\$ 2.467.111,6821	14%
DEZEMBRO	R\$ 902.822,6631	R\$ 2.198.504,1335	41%
TOTAL	R\$ 7.208.053,5034	R\$ 32.721.720,3681	22%

Fonte: UniHealth (2019).

E, no ano de 2018, o valor total, em reais, gastos com aquisição de medicamentos pela SESPA foi de R\$ 29.533.760,80 (vinte e nove milhões, quinhentos e trinta e três mil, setecentos e sessenta reais e oitenta centavos) e, dentre esse valor, foi dispendido o valor de R\$ 4.702.851,10 (quatro milhões, setecentos e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e dez centavos) apenas com aquisições advindas de demandas judiciais, perfazendo um percentual de 16% (dezesseis por cento) do valor total gasto, como se vê na Tabela 3:

Tabela 3 – Gastos com medicamentos pela SESPA em 2018.

2018			
MESES	DEMANDA JUDICIAL	GERAL	% Demanda Judicial
JANEIRO	R\$ 249.416,6202	R\$ 2.322.811,6056	11%
FEVEREIRO	R\$ 364.693,7191	R\$ 2.835.487,6532	13%
MARÇO	R\$ 315.897,8466	R\$ 1.863.224,3118	17%
ABRIL	R\$ 372.778,9678	R\$ 1.723.017,4894	22%
MAIO	R\$ 305.215,6231	R\$ 1.926.819,7671	16%
JUNHO	R\$ 150.696,6152	R\$ 2.035.059,9149	7%
JULHO	R\$ 351.101,2538	R\$ 2.721.480,7366	13%
AGOSTO	R\$ 602.056,0254	R\$ 2.331.425,6685	26%
SETEMBRO	R\$ 168.972,5787	R\$ 2.530.016,0202	7%
OUTUBRO	R\$ 679.580,8720	R\$ 2.958.704,1094	23%
NOVEMBRO	R\$ 748.380,0884	R\$ 2.479.288,3826	30%
DEZEMBRO	R\$ 394.060,8990	R\$ 3.806.425,1471	10%
TOTAL	R\$ 4.702.851,1093	R\$ 29.533.760,8064	16%

Fonte: UniHealth (2019).

Após a obtenção de dados a respeito dos gastos, em valores reais, com aquisição de medicamentos pela SESPA para fornecimento dos mesmos aos cidadãos, conseguindo verificar a parcela, de fato, dispendida para os originários de demandas judiciais, parte-se para a verificação do panorama acerca dos dados obtidos no setor de demandas judiciais, da DEAF/SESPA, que acompanha as características de cada processo administrativo gerado a partir de demanda judicial com a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos.

As nuances verificadas serão de caráter anual, levando em consideração os anos de 2016, 2017 e 2018, sendo analisados os seguintes pontos: a quantidade de processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos; os requerentes da demanda judicial, o patrocínio da mesma; a origem da prescrição médica de medicamentos e, por fim, o tipo de processo administrativo, se é novo ou advém de renovação. Importante destacar que os processos administrativos classificados como renovação são aqueles frutos de demandas judiciais de ano anterior, mas que sua obrigatoriedade de fornecimento perdura no ano registrado e que os processos administrativos classificados como novos são aqueles em que a obrigatoriedade de fornecimento é do ano do registro na planilha de acompanhamento.

No decorrer da verificação de dados advindos da planilha do programa “Microsoft Excel” verificou-se muitos dados não abastecidos, apenas sendo alimentado com a descrição “não informado”. Assim, no ano de 2016, verificou-se que houvera 362 (trezentos e sessenta e dois) processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPA, dentre os quais: 265 (duzentos e sessenta e cinco) foram novos processos e 97 (noventa e sete) foram renovações do ano anterior; em relação ao atendimento Padrão SUS, segundo a RENAME, 189 (cento e oitenta e nove) não atendiam ao Padrão SUS, 163 (cento e sessenta e três) atendiam ao Padrão SUS e 10 (dez) não foram informados/informações inconsistentes; de acordo com a origem da prescrição médica, 133 (cento e trinta e três) foram oriundos da rede pública, 100 (cem) da rede privada e 129 (cento e vinte e nove) não informados/informações inconsistentes; por fim, em relação ao patrocínio do processo judicial, 194 (cento e noventa e quatro) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 60 (sessenta) tiveram como requerentes advogados particulares, 89 (oitenta e nove) a Defensoria Pública do Estado do Pará, 10 (dez) o Ministério Público Federal e 09 (nove) a Defensoria Pública da União.

Em 2017 houvera 620 (seiscentos e vinte) processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPA, dentre os quais: 207 (duzentos e sete) foram renovações do ano anterior e 413 (quatrocentos e treze) foram novos

processos de pedidos de medicamentos via demanda judicial; em relação ao atendimento ao Padrão SUS, segundo a RENAME, 293 (duzentos e noventa e três) não atendiam ao Padrão SUS, 249 (duzentos e quarenta e nove) atendiam ao Padrão SUS e 78 (setenta e oito) não foram informados/informações inconsistentes; de acordo com a origem da prescrição médica, 388 (trezentos e oitenta e oito) foram oriundos da rede pública, 109 (cento e nove) da rede privada e 123 (cento e vinte e três) não informados/informações inconsistentes; por fim, em relação ao patrocínio do processo judicial, 251 (duzentos e cinquenta e um) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 230 (duzentos e trinta) tiveram como requerentes advogados particulares, 82 (oitenta e dois) a Defensoria Pública do Estado do Pará, 24 (vinte e quatro) não informados/informações inconsistentes, 22 (vinte e dois) a Defensoria Pública da União, 08 (oito) o Ministério Público Federal, 02 (dois) de Associação e 01 (um) da OAB.

Em derradeiro, no ano de 2018 houvera 331 (trezentos e trinta e um) processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPA, dentre os quais: 243 (duzentos e quarenta e três) foram novos processos de pedidos de medicamentos via demanda judicial, 86 (oitenta e seis) de renovações do ano anterior e 02 (dois) não informado/informações inconsistentes; em relação ao atendimento ao Padrão SUS, segundo a RENAME, 155 (cento e cinquenta e cinco) não atendiam ao Padrão SUS, 148 (cento e quarenta e oito) atendiam ao Padrão SUS, 28 (vinte e oito) não foram informados/informações inconsistentes; de acordo com a origem da prescrição médica, 202 (duzentos e dois) foram oriundos da rede pública, 83 (oitenta e três) não informado/informação inconsistente, 46 (quarenta e seis) da rede privada; por fim, em relação ao patrocínio do processo judicial, 163 (cento e sessenta e três) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 86 (oitenta e seis) tiveram como requerentes a Defensoria Pública do Estado do Pará, 35 (trinta e cinco) foram advogados particulares, 21 (vinte e um) não informados/informações inconsistentes, 15 (quinze) a Defensoria Pública da União e 11 (onze) o Ministério Público Federal.

Desta forma, partindo dos dados obtidos, pode-se, então, fazer uma análise conjectural dos valores gastos e das características das demandas, em caráter generalizado, obtendo particularidades dos gastos públicos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará pertinentes às demandas judiciais. Assim, passar-se-á ao estudo de tais dados e suas especificidades atinentes ao impacto de judicialização de políticas públicas de saúde nos gastos da SESPA, sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

1.3 RESULTADOS, SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

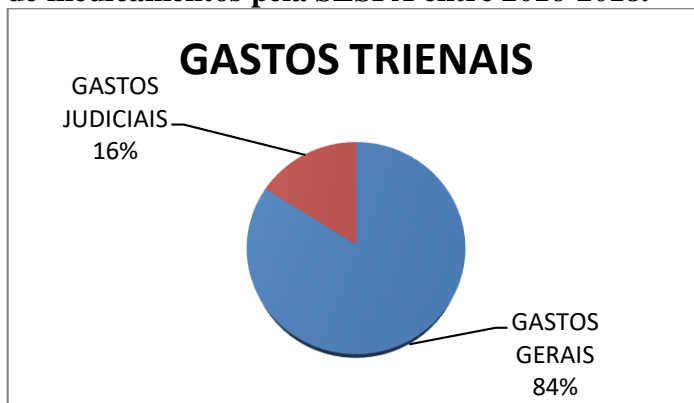
Após a obtenção e condensação dos dados é necessário analisá-los, culminando nos resultados da pesquisa, para, então, obter um diagnóstico a fim de responder a questão-problema deste estudo acadêmico, a partir da Análise Econômica do Direito.

Visto que este trabalho acadêmico preocupa-se com o impacto de decisões de judicialização de políticas públicas de saúde nos gastos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, na visão da Análise Econômica do Direito, faz-se o recorte metodológico acerca apenas da característica dos processos administrativos oriundos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos, e assim, verifica as características dos mesmos, no triênio de 2016 a 2018.

Inicialmente, obtiveram-se os dados gerais dos anos de 2016, 2017 e 2018 com a aquisição de medicamentos pela Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, em valores monetários, e, dentre esses os gastos específicos com aquisição de medicamentos advindos de demandas judiciais; assim, obteve-se a informação de que no ano de 2016 os gastos apenas com demandas judiciais deram 9% (nove por cento) do geral, no ano de 2017 deram 22% (vinte e dois por cento) e no ano de 2018 deram 16% (dezesesseis por cento).

A partir da obtenção destes dados, pode-se fazer a média de percentual gasto, em valores reais, com a aquisição de medicamentos para suprir a demanda judicial da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará no triênio 2016-2018, somando-se os valores dispendidos nos três anos com gastos totais como também com gastos advindos apenas das demandas judiciais, fazendo a média percentual de 16%, conforme demonstra o Gráfico 1:

Gráfico 1 - Média percentual de gastos para aquisição de medicamentos pela SESPА entre 2016-2018.



Fonte: SESPА (2019).

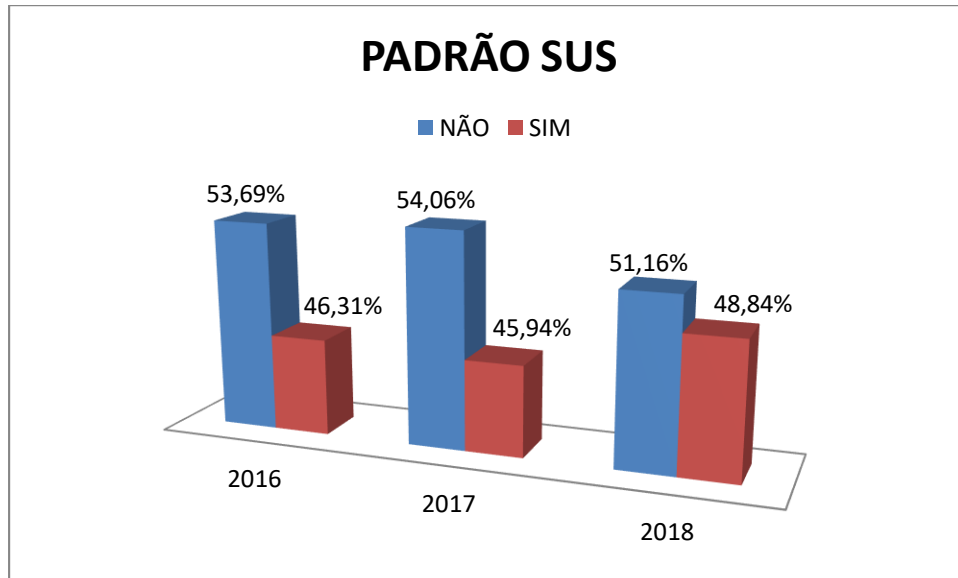
Assim, tem-se um apanhado de que há um dispêndio, em média trienal, de 16% (dezesesseis por cento) nos gastos de aquisição de medicamentos pela SESPA no que diz respeito de demandas advindas de decisões judiciais, em valores monetários. Logo, são 16% (dezesesseis por cento) do financeiro da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, no que diz respeito à prestação de política pública de aquisição de medicamentos para posterior dispensação, sendo realocado mediante decisões judiciais.

Nesse sentido, é fundamental verificar as características específicas dos processos administrativos da SESPA gerados para dar cumprimento às decisões judiciais para fornecimento de medicamentos.

No tocante ao cumprimento ou não do Padrão SUS do medicamento a ser dispensado, excluindo os processos que não tinham esta informação ou a informação era insuficiente para a aferição concreta da obediência do Padrão SUS. Importante destacar que se entende por obediência ao Padrão SUS a presença do medicamento na RENAME.

Em termos quantitativos, excluindo os processos sem informação ou com informações inconsistentes, temos um universo de 352 (trezentos e cinquenta e dois) processos administrativos para atendimento de fornecimento de medicamentos advindos de demandas judiciais na SESPA no ano de 2016, sendo que 189 (cento e oitenta e nove) não atenderam o Padrão SUS e 163 (cento e sessenta e três) atenderam ao padrão SUS; no ano de 2017, o universo passa a ser de 542 (quinhentos e quarenta e dois) processos, sendo 293 (duzentos e noventa e três) não atendendo ao padrão SUS e 249 (duzentos e quarenta e nove) atendendo ao padrão SUS; e, por fim, no ano de 2018 o universo é de 303 (trezentos e três) processos no total, sendo que 155 (cento e cinquenta e cinco) não atendem ao padrão SUS e 148 (cento e quarenta e oito) atendem. Desta forma, quando se transforma em percentual, temos o seguinte diagnóstico no Gráfico 2:

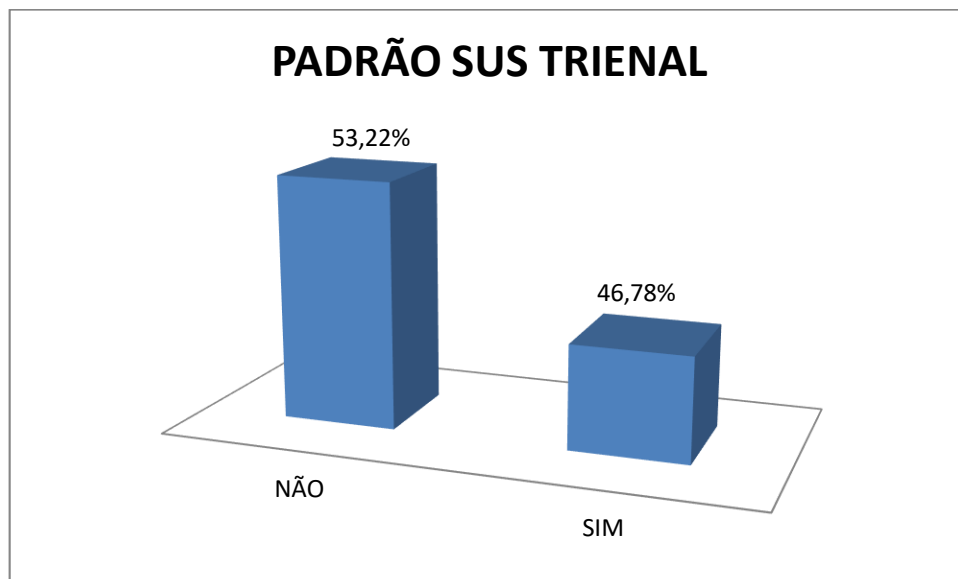
Gráfico 2 – Demandas em obediência ao padrão SUS.



Fonte: SESPA (2019).

Transformando essa análise para uma padronização dos anos de 2016, 2017 e 2018, verifica-se que o valor percentual do triênio é de 53,22% (cinquenta e três, vinte e dois por cento), conforme apresentado no Gráfico 3:

Gráfico 3 – Demandas em obediência ao padrão SUS trienal.



Fonte: SESPA (2019).

Desta feita, verifica-se que o maior quantitativo de processos administrativos oriundos de demandas judiciais não obedece ao Padrão SUS; ou seja, o medicamento não está na RENAME, porquanto não tendo sido planejado pela Administração Pública Estadual, visto que

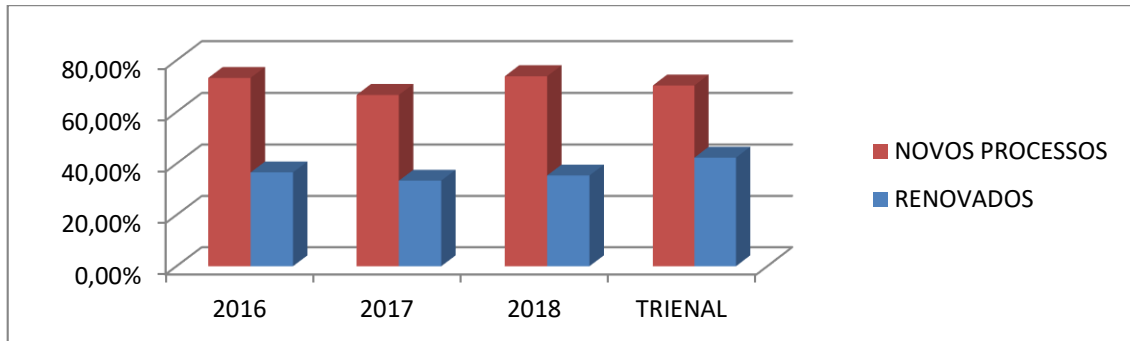
o objetivo da RENAME é justamente oferecer parâmetros da política nacional de medicamentos em relação às aquisições dos mesmos.

Todavia, há a lista da CMED, que é a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, que a Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária atualiza para dar parâmetros de valores para a aquisição de medicamentos fora do Padrão SUS pelo Estado, sendo assim, mesmo que o medicamento não esteja no Padrão SUS, a compra do mesmo não se dá de forma arbitrária.

Ademais, o Padrão SUS é de caráter informativo, assim, o Juiz não pode justificar sua decisão com base se os medicamentos estão ou não no Padrão SUS apenas, pois esta condição não pode prejudicar o indivíduo que necessita da prestação jurisdicional, devido à RENAME não abranger o medicamento necessário ao mesmo; afinal, a atualização da mesma é feita pelo próprio Estado-Administração.

Em relação aos processos administrativos novos ou renovações, excluindo os processos não informados ou com informação inconsistente, tem-se que, no ano de 2016, tiveram 362 (trezentos e sessenta e dois processos) no total, dentre esses, 265 (duzentos e sessenta e cinco) são fruto de demandas judiciais do ano de 2016 e 97 (noventa e sete) são renovações de demandas judiciais de anos anteriores; no ano de 2017, tiveram 620 (seiscentos e vinte) processos no total, sendo que 413 (quatrocentos e treze) foram novos processos de pedidos de medicamentos via demanda judicial e 207 (duzentos e sete) foram renovações do ano anterior; e, no ano de 2018, foram 329 (trezentos e vinte e nove) processos administrativos no total, dentre esses foram 243 (duzentos e quarenta e três) foram novos processos de pedidos de medicamentos via demanda judicial, 86 (oitenta e seis) de renovações de ano anterior.

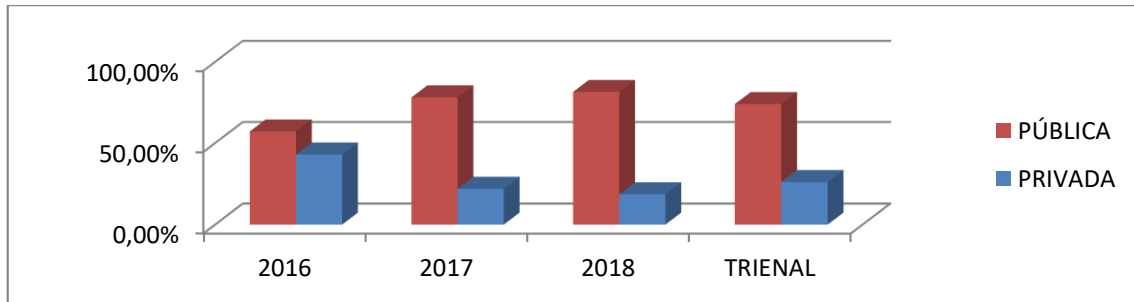
Fazendo o percentual de cada ano, temos que no ano de 2016, 73,20% foram de novos processos e 36,60% foram de renovações de processos de anos anteriores; no ano de 2017, 66,61% foram de novos processos e 33,39% foram de renovações; e, no ano de 2018, 73,86% forma de processos novos e 35,39% foram de renovações. Assim, numa média trienal, os novos processos perfazem 70,25% e as renovações são de 42,35%, conforme o Gráfico 4:

Gráfico 4 – Quantitativo de processos novos ou renovados.

Fonte: SESP (2019).

Em relação à origem da prescrição médica, verificando apenas a condição se é pública ou priva, excluindo-se as de origem não informada ou informações inconsistentes ou origem diversa, tem-se, no ano de 2016, 233 (duzentos e trinta e três) processos administrativos oriundos de decisão judicial para fornecimento de medicamentos, dentre estes, 133 (cento e trinta e três) com prescrição médica da rede pública e 100 (cem) da rede privada; no ano de 2017, tem-se 497 (quatrocentos e noventa e sete) processos administrativos no total, dentre esses, 388 (trezentos e oitenta e oito) foram da rede pública e 109 (cento e nove) da rede privada; e, no ano de 2018, temos o total de 248 (duzentos e quarenta e oito) processos administrativos oriundo de decisões judiciais, dente eles, 202 (duzentos e dois) da rede pública e 46 (quarenta e seis) da rede privada.

A partir desses dados, temos os percentuais anuais e percentual da média trienal em relação à origem da prescrição médica, classificando como pública ou privada. Assim, no ano de 2016, 57,08% dos processos oriundos das demandas judiciais foram originadas da rede pública e 42,92% da rede privada; no ano de 2017, 78,07% dos processos oriundos das demandas judiciais foram originadas da rede pública e 21,93% da rede privada; e, no de 2018, 81,45% dos processos oriundos das demandas judiciais foram originadas da rede pública e 18,55% da rede privada. Perfazendo, assim, uma média trienal de 73,93% dos processos oriundos das demandas judiciais foram originados da rede pública e 26,07% da rede privada, conforme o Gráfico 5 demonstra:

Gráfico 5 – Quantitativo de prescrições médicas.

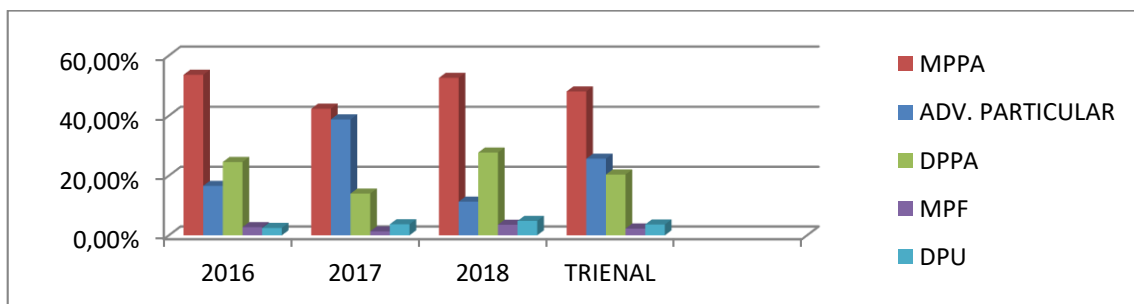
Fonte: SESPÁ (2019).

Por fim, quanto aos requerentes das demandas judiciais, excluindo os processos sem informações ou informações inconsistentes como também aqueles advindos de associação e da OAB, por fazerem um número ínfimo, 2 (dois) e 1 (um), respectivamente, presentes apenas estes requerentes no ano de 2017, tem-se que no ano de 2016 tiveram 362 (trezentos e sessenta e dois) processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPÁ, dentre os quais, 194 (cento e noventa e quatro) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 60 (sessenta) tiveram como requerentes advogados particulares, 89 (oitenta e nove) a Defensoria Pública do Estado do Pará, 10 (dez) o Ministério Público Federal e 09 (nove) a Defensoria Pública da União; no ano de 2017, foram 593 (quinhentos e noventa e seis) processos no total, sendo 251 (duzentos e cinquenta e um) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 230 (duzentos e trinta) tiveram como requerentes advogados particulares, 83 (oitenta e dois) a Defensoria Pública do Estado do Pará, 22 (vinte e dois) a Defensoria Pública da União, 08 (oito) o Ministério Público Federal; e no ano de 2018, foram 310 (trezentos e dez) processos no total, sendo 163 (cento e sessenta e três) tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 86 (oitenta e seis) tiveram como requerentes a Defensoria Pública do Estado do Pará, 35 (trinta e cinco) foram advogados particulares, 15 (quinze) a Defensoria Pública da União e 11 (onze) o Ministério Público Federal.

Fazendo uma análise de percentual de cada ano, temos o parâmetro de que no ano de 2016, 53,59% dos processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPÁ, tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 16,57% tiveram como requerentes advogados particulares, 24,59% a Defensoria Pública do Estado do Pará, 2,76% o Ministério Público Federal e 2,49% a Defensoria Pública da União; no ano de 2017, dos processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPÁ, 42,33% tiveram como pólo ativo o Ministério

Público do Estado do Pará, 38,79% tiveram como requerentes advogados particulares, 14,00% a Defensoria Pública do Estado do Pará, 1,35% o Ministério Público Federal e 3,71% a Defensoria Pública da União; e, no ano de 2018, dos processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPA, 52,58% tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 11,29% tiveram como requerentes advogados particulares, 27,74% a Defensoria Pública do Estado do Pará, 3,55% o Ministério Público Federal e 4,84% a Defensoria Pública da União. Perfazendo, assim, a média trienal de 48,06% de processos oriundos de demanda judicial para fornecimento de medicamentos tiveram como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 25,69% tiveram como requerentes advogados particulares, 20,40% a Defensoria Pública do Estado do Pará, 2,29% o Ministério Público Federal e 3,64% a Defensoria Pública da União, conforme Gráfico 6:

Gráfico 6 - processos administrativos advindos de demandas judiciais para fornecimento de medicamentos pela SESPA.



Fonte: SESPA (2019).

Mediante estes dados quanto às decisões de judicialização de políticas públicas de saúde de fornecimento de medicamentos, estar-se-ia fazendo uma alocação de recursos eficiente, no que diz respeito da maximização da riqueza proposta pela Análise Econômica do Direito defendida por Posner?

Para obter tal resposta ao questionamento proposto, faz-se necessário analisar os resultados a partir da AED de Posner, que preconiza que toda decisão judicial deve vislumbrar a sua consequência, fazendo análises de prognose e diagnose, para, então, aferir a eficiência da mesma.

A eficiência requerida pela Análise Econômica do Direito pressupõe a maximização da riqueza social, na adequada alocação de recursos financeiros do ente estatal, na preocupação do bem estar social e na melhor prestação do serviço público, sem valorações morais quanto à

importância de uma vida humana em detrimento de outras, pois esse tipo de perseguição subjetiva não faz parte de um estudo juseconomista, próprio da AED.

A AED atual de Posner, ligada ao pragmatismo cotidiano do mesmo, que diz que o pragmatismo jurídico é um método de abordagem, não um algoritmo moral, jurídico ou político e, portanto, incapaz de resolver um desacordo moral. Em sua essência, o que o pragmatismo pretende é afastar das decisões judiciais questões metafísicas ou platônicas, que interfiram na objetividade do julgador para lidar com as questões difíceis e refletir sobre a eficiência e a promoção do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade (POSNER, 2012).

Não obstante, Dias (2015, p. 283) afirma que “em linhas gerais, o pragmatismo jurídico (ou adjudicativo), sustenta que os Tribunais devem se ater ou definir regras de cunho procedimental com fins de solucionar os litígios da área jurídica com maior eficiência”.

Nessa perspectiva, Arruda (2014, p. 17), afirma que: “[...] segundo o ponto de vista pragmático, deve-se considerar a maior quantidade de consequências de nossas decisões para chegarmos a uma solução mais satisfatória para o problema que temos em mãos”. Surge assim, uma importante questão do trabalho, qual seja, a eficiência, conceito que passou a ocupar o centro das discussões de juristas e economistas dedicados ao estudo da Análise Econômica do Direito, que:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, com como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender direito no mundo e o mundo no direito (GICO JR, 2014, p. 14).

As ideias preconizadas por Posner (2011) vêm se difundindo de forma bastante elevada, em virtude de haver reflexos econômicos que não podem ser deixados de apreciar nos processos judiciais e até mesmo fora deles, ou seja, reafirma-se a existência de um dos fundamentos da AED, que é o individualismo metodológico, onde parte-se do micro para o macro da ação de um indivíduo e as consequências no todo.

O individualismo metodológico como princípio fundamental da análise econômica do direito caracteriza-se pela observação das situações de litígios sociais dentro da análise de casos concretos e individuais, porém com a preocupação com a previsibilidade das consequências sociais das decisões judiciais.

Assim, a Análise Econômica do Direito se ocupa com aspectos procedimentais e institucionais dos ordenamentos jurídicos. A utilização do processo judicial deve primar pela satisfação de metas de ordem econômica: Diminuir os custos envolvidos na deflagração de um

processo e minimizar a quantidade de erros nas decisões judiciais, contribuindo, assim, decisivamente para a compreensão dos fenômenos sociais e auxiliando de forma mais segura na tomada de decisões jurídicas. Desse modo, o ponto central da teoria econômica do direito reside na maximização da riqueza, que configura critério de custo-benefício a orientar a teoria da decisão judicial (POSNER, 2010).

Correntes contrárias aos postulados de Posner (2011b) elencam que essa teoria exclui princípios e valores morais relevantes para a dignidade do ser humano. Por outro lado, a defesa da teoria afirma que a Economia aplicada ao Direito possibilita que as questões jurídicas alcancem uma maior efetividade, maximização de riqueza e a mais eficiente alocação dos recursos escassos.

Assim, para que haja a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais de normas sociais, como o Direito à Saúde, a AED deve considerar a implementação das políticas públicas devidas. Portanto, computam-se nos custos do Direito à saúde a sua concretização por meio de políticas públicas, seja por qual Poder efetivada.

Portanto, pergunta-se: Há eficiência nas decisões judiciais de políticas públicas no que diz respeito ao orçamento da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará? Tal resposta será perseguida neste estudo acadêmico.

Nesse sentido, é necessário, primeiramente, o aprofundamento acerca da judicialização de políticas públicas de saúde para que se possa compreender a importância dos resultados obtidos na pesquisa de dados na SESPA e a respeito da Análise Econômica do Direito necessário para a consecução de uma política pública eficiente para a sociedade.

2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A judicialização de políticas públicas de saúde é tema protagonista de diversas discussões jurídicas ou não na sociedade atual, visto que versa acerca das decisões do Poder Judiciário na garantia do direito fundamental à saúde, no que diz respeito em compelir o Executivo em obrigações de dar ou prestar serviços.

Este tema sofre bastantes críticas no que diz respeito, principalmente, ao suposto ferimento à teoria de separação dos Poderes, falta de conhecimento técnico do judiciário sobre saúde, dentre outros.

A compreensão da judicialização de políticas públicas de saúde é essencial para o entendimento da análise dos dados obtidos na Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará acerca dos gastos desta com a aquisição de medicamentos advinda de decisões judiciais com a obrigação de fornecimento dos mesmos.

Pelo fato do ferimento à separação dos poderes ser uma crítica evidenciada quando se discorre a respeito de gastos públicos e decisões judiciais, o presente capítulo objetiva, primeiramente, discorrer acerca da separação dos Poderes, para, então, adentrar especificamente na judicialização de políticas públicas e, posteriormente, na questão da saúde, sempre trazendo à tona o judiciário brasileiro e sua correlação com a Análise Econômica do Direito.

Para tanto, inicia-se discorrendo sobre a separação de Poderes e suas origens, correlacionando a mesma com a judicialização. Após, apresenta-se a judicialização de políticas públicas e suas nuances contextuais de conceituações, críticas e dinâmicas nas decisões judiciais da atualidade brasileira.

Depois, será enfatizada a questão da judicialização da saúde, para, então, discorrer a respeito da STA 175, que é um julgamento emblemático sobre o tema e dá diretrizes para a temática.

E, em derradeiro, inter-relacionar a judicialização de políticas públicas de saúde e a Análise Econômica do Direito.

2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A partir do entendimento que a judicialização de políticas públicas no Brasil recebe diversas críticas, sendo uma delas o ferimento ao princípio da separação dos Poderes e de que

o presente estudo objetiva demonstrar o impacto financeiro desta judicialização, no que diz respeito à saúde nos gastos da SESP, é de extrema importância o estudo do princípio da separação dos Poderes, pois é uma crítica bastante pertinente quando se propõe à verificação dos efeitos financeiros de judicialização de políticas públicas ligado à análise econômica do direito antes de adentrar especificamente na discussão acerca da judicialização, suas características e críticas diversas.

Inicialmente, mostrar-se-á a origem, evolução histórica e conceituação do princípio da Separação dos Poderes devido à relação do tema com as críticas à judicialização, temática que vem adquirindo protagonismo no Brasil.

Sabe-se que a separação dos poderes é um princípio geral do direito brasileiro, sendo uma premissa básica para que se reconheça o Estado Democrático de Direito. Por isso, o respeito a este princípio é base da sociedade, sob a ótica do reconhecimento ao constitucionalismo e à manutenção do organismo estatal. Assim, é necessário enfrentar a temática para, então, correlacionar com a judicialização de políticas públicas recente no Brasil.

2.1.1 Origens e Pressupostos

A origem da teoria da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles (382-322 a.C.). Importante citar o ensinamento de Montesquieu (2000, p. 44):

[...] Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

[...]

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Na sequência evolutiva do princípio da separação dos poderes, mostra-se necessário citar os ensinamentos de Locke (2001) ao mencionar que existiam poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade, discriminando-os de maneira sintética: quanto ao poder legislativo tinha como objetivo definir a forma como deverá ser utilizada a força da comunidade para a sua própria preservação bem como dos seus membros. Em relação ao poder executivo, pode ser considerado como o executor das leis em vigor e o poder federativo tinha a incumbência de ressover os temas controversos na meio social e entre os cidadãos, bem como, de fornecer os mecanismos para reparação de danos.

Porém, é com a obra “Do espírito das leis” de Montesquieu (2000) que se pode considerar o ápice do princípio da separação dos poderes do Estado, em que o autor explana conclusivamente os motivos elencados como catalisadores da necessidade dessa separação dos poderes, pautada na divisão dos Poderes em três esferas. Importante, acrescentar, que é possível vislumbrar o entendimento de que há a necessidade de conciliação, entre os Poderes, o que evidentemente exclui a prevalência de qualquer destes sobre os demais.

Dessa maneira, é possível encontrar vários doutrinadores que sustentam que a versão elaborada por Montesquieu, considerando-a como melhor que se pode encontrar, como afirma Cunha Júnior (2010, p. 552):

[...] os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”. Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de Poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de Poderes.

Bobbio (1994, p. 136) elenca que para Montesquieu a “divisão vertical do poder que constitui a célebre teoria da separação dos poderes”. Depreende-se assim que origem da separação dos poderes surge com Aristóteles e evoluiu e ganhou força com a tese da tripartição das funções estatais em órgãos distintos com o filósofo Montesquieu.

Desde então, a teoria da separação dos poderes sofreu positavações nas Constituições, podendo ser considerada como uma ferramenta de contenção do poder pelo próprio poder. Por isso, em muitos países que utilizam dessa ferramenta tem o papel para o Estado de forma primordial. O Brasil, por meio da consagração da Constituição Federal de 1988, ganhou a qualificação de princípio fundamental e cláusula pétrea.

Charles de Montesquieu foi o idealizador da teoria da separação dos poderes em 1748, em que foi estabelecida a separação dos poderes tal como se conhece hoje. Sobre essa questão Tavares (2006, p. 589) afirma que: “[...] a idéia que prevaleceu foi a de que a Separação dos Poderes, como doutrina política, teve sua origem na obra de Montesquieu”. Canotilho (2017, p. 250) considera que:

[...] o princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta prescritiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.

Como se pode ver o princípio da separação dos poderes surgiu principalmente com o intuito de limitar o poder para que ele não ficasse nas mãos de somente uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas. Com receio de haver arbitrariedades e tiranias por parte do Estado, foi por meio da separação dos poderes que se encontrou a maneira de coibir os excessos indiscriminados e controle das ações estatais.

Montesquieu (2000, p. 165) aduz que quem possuir o poder tenderá a dele abusar: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

Dessa maneira, é necessário que haja um mecanismo eficiente a fim de impedir que poder exercido sem limites. Por isso, faz-se necessário a separação dos poderes, para que seja o poder descentralizado e, dessa forma, alcançar uma forma de governo ideal. Assim, como modelo principiológico adotado no Brasil, passar-se-á a discorrer acerca do mesmo e sua ligação com a judicialização de políticas públicas recente no Brasil.

O Art. 2º da Constituição Federal de 1988 elenca que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988). Para Silva (2013) a independência dos poderes significa que a permanência e a investidura de uma pessoa num dos órgãos não depende da confiança de outros; que os titulares não precisem consultar os outros, podendo tomar decisões por si próprios; que na organização dos respectivos serviços cada um é livre observada as disposições constitucionais e legais. Sobre o tema discorre Moraes (2017, p. 23):

[...] Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Dessa forma, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder do Estado, sob pena de se comprometer o princípio da separação. Também deverá haver uma delimitação mínima e máxima de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor a outro.

Nesse sentido, Couceiro (2012, p. 01) afirma que:

[...] o sistema tripartite, que é o utilizado pela maioria dos países ocidentais modernos, foi implantado da maneira que está após a inserção do poder judiciário por Montesquieu. Ele está recepcionado no artigo 2º da nossa Constituição Federal, que diz que: ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’.

Silva (2013, p. 106) afirma que o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, por um lado, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e, por outro, indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título Organização dos Poderes.

Locke (2001) traz a reflexão de que os Poderes Executivo e Federativo estão quase sempre unidos e raramente podem ser desempenhados por pessoas diferentes. Porém, para a preservação da sociedade política há somente um único poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todos os outros poderes estão subordinados.

Sobre essa questão Lages (2008, p. 03), aduz que Montesquieu traz o melhor entendimento sobre a separação dos poderes:

A teoria da separação de poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada [...].

Dallari (2012) também contribui com o estudo afirmando que sistema de separação dos poderes, consagrado na constituição foi associado a ideia do Estado Democrático de Direito e deu origem a construção doutrinária conhecida como sistema de freios e contrapesos, em que cada poder exerceria uma função típica e outra(s) atípica(s) pensando no equilíbrio, como é o exemplo do Poder Executivo que administra a máquina estatal (função típica) mas também pode legislar (função atípica) através das medidas provisórias que têm força de leis por período determinado e depois são canceladas pelo Congresso.

Infere-se o entendimento de o princípio da Separação de Poderes é uma classificação fruto de vários pensadores e muitos anos em diferentes momentos da história, culminando com a promulgação da Carta Magna brasileira, assim como, nas democracias de vários países pelo mundo.

Portanto, é importante ressaltar que essa separação de poderes preconizada no ordenamento jurídico brasileiro, se mostra constitucionalmente prevista como cláusula pétrea, por isso, em hipótese nenhuma, deve-se ter sua aplicabilidade desviada.

Nessa perspectiva, pode-se verificar que a Carta Magna consagrou no Art. 60, § 4º, III expressamente como cláusula pétrea no artigo, que estabelece: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

Dentro deste contexto, verifica-se que se consagrou a separação de poderes como cláusula pétrea, ficando evidente a intenção do constituinte em dar importância e cuidado ao estabelecer os fundamentos deste princípio na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, mostra-se indispensável a demonstração de tal princípio nos ditames do direito atual no Brasil.

O entendimento atual é de que se mostra extremamente necessária a intervenção harmônica que vem ocorrendo entre esferas do poder na atualidade, pois, é fácil verificar que inúmeras vezes há um grande descaso do Poder Executivo ou do Poder Legislativo e a latente atuação ineficiente da máquina pública na implementação de políticas públicas que atendam os cidadãos são evidentes. Por isso, entende-se que ao tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana o Judiciário vem buscando efetivamente a promoção do bem-estar do cidadão brasileiro, para permitir a efetivação dos direitos fundamentais, garantindo-se, assim, a supremacia da Constituição. Afinal, o direito deve ser dado ao indivíduo, independente de qual esfera de Poder o dará e onde um Poder está falhando, sempre deve haver um outro para suprir as ânsias da sociedade.

Streck (2013) ao apontar que a partir da nova ordem jurídica inaugurada pela Carta da República de 1988 “as inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do texto magno.”

Neste viés, importante se faz demonstrar casos concretos dessa ingerência do Poder Judiciário em decisões em que são majorados os poderes dos juízes, em vista da omissão do Legislativo, deixando de regulamentar os direitos constitucionalmente previstos e da atuação pífia do Executivo que não implementa políticas públicas ante as demandas do cidadão brasileiro.

Sobre essa questão Picardi (2008) aponta que há uma extrema necessidade de que se ache uma forma para solucionar o bem comum, devendo haver a efetivação na promoção de benefícios sociais, pois é inadmissível que por conta da inércia ou negligência de agentes

públicos competentes o cidadão e a sociedade sofram privações indevidas. Para Morgado (2011, p. 75):

Com o aumento da intervenção do Estado na economia e nos problemas sociais, e a incapacidade de o parlamento legislar com o tempo e a técnica necessária, os órgãos diversos da administração pública passaram a criar regulamentações cada vez mais inovadoras, adequando-se aos padrões abertos deixados pelas leis. Ademais, a previsão de medidas provisórias e sua utilização abusiva e sem parâmetros diminuí ainda mais o papel do poder legislativo, com a pauta cada vez mais comprometida com a votação das medidas. O advento das agências reguladoras demonstra, ainda, a mudança da estrutura da Administração, inicialmente unitária e agora policêntrica. Ademais, com o exercício de funções quase-legislativas e quase-judiciárias, sem representantes eleitos, os órgãos reguladores levaram a doutrina a criar muitos questionamentos sobre o papel e a localização destes órgãos na separação dos poderes.

Para Apolinário (2013), é perceptível a mudança da configuração institucional no Brasil. Se durante o surgimento do período da teoria da separação dos poderes, o Legislativo era dotado de supremacia, o Executivo tinha mera função administrativa e de executar leis e o Judiciário somente pronunciava as leis, hoje esse panorama mudou. Houve mudanças relevantes no que diz respeito aos papéis de cada poder, principalmente no âmbito do poder Judiciário.

Sobre essa questão do protagonismo do judiciário, o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski observa a seguinte visão:

[...] Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. Por isso, ao invés de ‘ativismo judicial’ ou ‘ativismo do Supremo Tribunal Federal’, prefiro utilizar a expressão ‘protagonismo’ do Supremo Tribunal Federal e/ou, também, em conjunto, ‘protagonismo do Poder Judiciário’, como um todo, neste limiar do século XXI. Por quê? Porque nós estamos entrando na era do direito (LEWANDOWSKI, 2009, p. 3).

É possível encontrar outro posicionamento que trata do protagonismo do judiciário nas palavras de Dias Toffoli presidente atual do STF:

[...] o Judiciário vem assumindo um papel de protagonismo no mundo inteiro. ‘Quanto mais, então, em um país que teve todo o ordenamento renovado em 1988, com uma nova Constituição, que trouxe uma nova fase para a sociedade. E quem vai dizer o que diz essa constituição se não o Judiciário? A multiplicidade de ações que todo ano entra explica isso. E vai aumentar cada vez mais com as novas leis que acabam com aquela segurança jurídica conforme a interpretação dos códigos anteriores [...] o descrédito das demais instituições levou o Supremo a ‘dar perspectivas para a sociedade’. ‘A realidade nos obrigou a isso, e acho que não faltamos à sociedade. O produto final foi positivo. O Supremo foi o fio condutor da estabilidade’.

Como se pode ver no conteúdo dos dizeres dos Ministros, há o entendimento de que o protagonismo do judiciário se dá por conta das novas demandas da sociedade e pela obrigação

de serem guardiões da Constituição quando convocados. Sobre essa questão Lewandowski (2009, p. 3) aprofunda o tema, ao afirmar que:

O Poder Executivo, também enredado em seus próprios problemas, não tem podido dar a resposta adequada às demandas da sociedade. Então, este é o momento do Poder Judiciário. A era dos direitos a que se referia Bobbio é a era do Poder Judiciário. E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade.

Contrariamente, na opinião de Benvindo (2014, p. 89) não há que se falar em separação de poderes, uma vez que fica evidente um verdadeiro embate por poder: “não há harmonia entre os poderes. Há muito de competição política, muito de buscas por espaços de poder e muito de cálculos estratégicos de como operar esse poder. [...] O funcionamento dos três poderes é, na verdade, amplamente político, cercado dos mais diferentes interesses”

Exemplificando a atuação do Poder Judiciário atual, escolhe-se mostrar de forma ilustrativa a questão da prisão em segunda instância, relacionada com a recente decisão que possibilitou a prisão após a condenação de um réu na segunda instância. Assim, é um exemplo claro e atual de que a ascensão e protagonismo do Judiciário abrangem questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral.

A polêmica gerada com a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou ser possível tal situação, trazendo como consequência uma série de prisões com base em uma decisão distanciada, de forma positiva e de subsunção, do que diz o Art. 5^o da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se, aqui, que também o Art. 283⁵ Código de Processo Penal também faz referência sobre esse assunto.

Com a referida decisão indo de encontro, em primeira vista, ao que está preconizado pela lei, ficou evidente o conflito jurisprudencial e fundamentalmente se remeteu a um cenário em que a decisão do STF oportunizou um paradoxo: se o Art. 5^o da Constituição Federal de 1988, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, fica configurada expressamente na Constituição

⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

a tese de que a formação da culpa somente poderá ocorrer posteriormente ao trânsito em julgado da sentença e não após o julgamento do recurso pela Segunda Instância.

Ocorre que, após a decisão do STF, surgiram posicionamentos antagônicos na doutrina brasileira, sobre essa decisão de permitir a execução provisória da pena após acórdão de segundo grau. Muitos discordam da decisão, sob a justificativa de violação ao princípio da presunção de inocência.

A doutrina de Pacelli (2017, p. 235) vai de encontro completamente à referida decisão: “[...] como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP)”. Da mesma maneira, Távora (2016, p. 71), faz importante esclarecimento sobre a questão do princípio da presunção de inocência:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação ônus probatório dessa demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Streck (2013) vai mais além ao afirmar que: “[...] entre a voz das ruas e a resposta adequada à Constituição, fico com a segunda. Entre o consenso e a verdade, fico com a verdade”, pois “se a voz das ruas pode ser mensurada e deve ser levada em conta, já não precisa(re)mos do Judiciário. E a Constituição se torna desnecessária”.

Dessa forma, mostra-se o tema extremamente polêmico e gerador de muitas controvérsias no plano jurídico. Afinal, no caso em tela verifica-se que se buscou interpretar a Constituição de acordo com o que nela não está contido expressamente, mas o que ela defende como princípio, adequando à sociedade atual e a situação precária da morosidade dos julgamentos até o trânsito em julgado, priorizando, assim, a melhor consequência que a decisão traria. Entende-se este exemplo apenas em caráter circunstancial para a verificação do protagonismo fundamentado do Judiciário na atualidade.

Não há como deixar de observar que a atuação do Judiciário ocupou mais espaço e se tornou mais circunstancial. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador como afirmam Pedron e Duarte Neto (2018), afirmam que: “[...] o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do Juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

Por outro lado, não devendo confundir ativismo com judicialização, um aspecto importante que deve ser destacado é a questão da judicialização da política, que segundo Leite (2011, p. 179):

[...] é um processo social no qual área de atuação dos tribunais é ampliada pelo poder constituinte ou parlamentar, de modo que a vida política, social e econômica é “juridicizada”, ou seja, é sujeita à ação judicial. A judicialização não é escolhida, nem promovida pelo juiz, mas é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais.

Barroso (2014) observa que nos últimos anos, os diversos temas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como políticas governamentais, relações entre poderes e direitos fundamentais, tiveram suas decisões nos limites dos pedidos formulados. Nesses casos, a Suprema Corte foi provocada a se manifestar e “[...] não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”.

Portanto, pode-se verificar que a constante transferência de poderes para os Tribunais nas democracias contemporâneas satisfaz os interesses da Suprema Corte em reforçar sua influência na sociedade, garantindo seus direitos. Leal (2007, p. 18), afirma que:

[...] A questão da jurisdição constitucional e sua legitimidade tem sido objeto de inúmeros e acirrados debates teóricos ao longo do tempo, especialmente desde meados do século passado, quando, em meio ao segundo pós-guerra e ao florescimento de um Estado vinculado à noção de direitos humanos, deu-se um recrudescimento das funções e das atividades dos chamados Tribunais Constitucionais, que, apesar de suas variantes, passaram a avocar para si um papel importante no sentido de concretização e de preservação da ordem social estabelecida.

Em contrapartida, Waldron (2003), traz o argumento de que o ativismo judicial, em que pese tenha seus pontos positivos, gera também a possibilidade de restar violada a interpretação autêntica da norma. Todavia, deve-se ter em mente que o Supremo Tribunal Federal deve agir como o guardião maior da Constituição e concretizar de forma subjetiva os direitos aos cidadãos, não se contentando com normas pragmáticas.

Harada (2006) ao se referir sobre essa questão mostra que é o STF a última instância na qual é resguardado ao Estado de Direito e as garantias fundamentais. “Por isso, excesso de harmonia é tão ruim, ou pior do que a desarmonia constante entre poderes” (HARADA, 2006, p. 28).

Porém, muito se discute essa interferência que judicialização vem causando quando se trata da interpretação do dispositivo legal, em relação aos Juízes do STF e suas

responsabilidades numa hermenêutica. Na defesa desta judicialização, Barroso (2014, p. 45) afirma:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Assim, no cenário atual do Brasil, há uma relevância de competências reservadas aos Poderes em prol da efetivação dos direitos fundamentais. E, quanto à atuação do Poder Judiciário em relação à judicialização de políticas públicas tem se mostrado evidente em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, levando-se a afirmar que não vem sendo ferida a teoria da separação dos poderes, não se mostrando inconstitucional tal judicialização, pois essa judicialização de política pública se mostra como uma questão sociológica derivada das necessidades atuais da sociedade. O direito não é estático.

É possível afirmar que a judicialização de políticas públicas tem sua gênese a partir da necessidade de reconhecimento de direitos, em decorrência da clara ineficiência dos outros Poderes de atender essas demandas, fazendo surgir polêmicas e conflitos sociais de grande monta. Assim, pode-se afirmar que é nesta perspectiva que a judicialização da política públicas vem transformando a sociedade, a democracia e os direitos fundamentais hodiernamente.

E, partindo da premissa que o princípio da separação dos Poderes é base do Estado Democrático de Direito do Brasil e que seu ferimento seria inconstitucional; logo, a judicialização não afronta tal princípio, é importante o estudo da judicialização de políticas públicas.

2.2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, é necessário mostrar que o ativismo não se confunde com a judicialização, muito embora sejam, às vezes, tratados como sinônimos, e, mesmo havendo uma grande proximidade entre esses dois conceitos, não se pode ter como certo esse tratamento.

O ativismo judicial caracteriza-se pela atuação dos juízes de forma mais proativa, mudando padrões comportamentais das decisões judiciais, vislumbrando uma maior efetividade das mesmas, como meio de atingir o ideário constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; já a judicialização é relacionada com a demanda de processos levada à apreciação do Poder Judiciário pertinente às omissões do Estado em relação à

implantação de políticas públicas que estão preconizadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio dos direitos e garantias fundamentais.

Sobre essa questão, Dias (2007) ensina que o ativismo judicial e a judicialização possuem essências e finalidades distintas, pois, a judicialização relaciona-se ao padrão constitucional implantado no Brasil e o ativismo judicial remete ao entendimento de uma justiça mais ativa, ou seja, são os juízes atuando de forma eficaz na busca da ética e eficiência preconizadas constitucionalmente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, entende-se que a judicialização é um fenômeno contingencial, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do judiciário proativa, que antes não se vislumbrava.

A partir de tal diferenciação, passa-se para a judicialização, mais especificamente na questão das políticas públicas, que sustenta a problemática das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, para, após, adentrar especificamente na seara da judicialização de políticas públicas de saúde, denotando que o direito à saúde é um direito fundamental garantido na Carta Magna.

É possível afirmar que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve o surgimento de um novo paradigma de direito que se chama “Neoconstitucionalismo”, tendo com uma de suas características o ativismo judicial, que reconhece uma atuação judicial com proatividade. Os legisladores da constituinte procuraram resgatar um constitucionalismo com a capacidade de evitar arbitrariedades de outrora, com isso, foram ampliadas as atribuições do Poder Judiciário, prevendo, de forma ampla, vários direitos fundamentais, de modo inclusivo, aqueles garantidores de um regime democrático e da separação de poderes.

No momento em que se estatuem os primados valores dos direitos e garantias fundamentais, deve-se buscar a efetividade dos mesmos, sendo a judicialização um dos possíveis caminhos dessa procura. A assunção do Poder Judiciário só se torna primordial na direção da proteção dos indivíduos na proporção que os outros poderes se excluem dessa jornada.

As demandas de grandes discussões nacionais passam a ser judicializada, pois os direitos são violados pelos outros poderes e os cidadãos necessitam ter seus direitos garantidos. Em detrimento da hipótese de violação da repartição de poderes, o Judiciário exerce de forma legítima suas atribuições em tais casos, atendo-se que a norma passou de programática para um

direito subjetivo, passível de provocação judicial. Nessa perspectiva, Luiz Werneck Vianna (2011, p. 55) afirma que: “É fato que a tudo ou a quase tudo se judicializa no Brasil.”

Desse modo, em face da atual organização institucional do Estado de Direito, nem sempre as decisões politicamente deliberadas são revertidas pelo próprio canal político. Em muitos casos, a solução final, a “última palavra”, é dada pelo Poder Judiciário, pelos juízes, como se o órgão judicante fosse uma espécie de última câmara. A expressão “judicialização da política” denuncia essa atuação, de modo que o processo discursivo de edição racional da vontade política, apto a legitimar as normas, é restringido em face da atividade judicial.

Assim, nota-se que o Poder Judiciário passou a decidir demandas de larga repercussão sob a égide do envolvimento de questões ligadas na violação dos mais diversos direitos fundamentais, que demandariam políticas públicas para sua eficácia completa. O juiz, nesse contexto, torna-se o protagonista da justiça e promotor de políticas públicas, devido ao descrédito popular quanto às demais instituições de poder e a necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tornando a judicialização de políticas públicas recorrentes no judiciário brasileiro.

Dessa maneira, as questões políticas e sociais estão definitivamente sendo decididas nos Tribunais por conta da omissão do Estado e o excesso de normatização. Nota-se que essa eminente transferência para o Poder Judiciário da responsabilidade de promover o enfrentamento à questão social sempre está pautada na perspectiva de efetivação dos direitos humanos. Neste ponto, é conveniente citar o ensinamento de Daniel Sarmiento (2011, p. 86): “[...] Esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política [...]”.

Reconhece-se que vige atualmente em nosso país um sistema tendente ao ativismo judicial. Isso porque, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, emergiu o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo. Dessa forma, é necessário dizer que a judicialização da política pública é fruto do próprio processo democrático, pois nada mais é de que a concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando houver omissão, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo.

Daniel Sarmiento (2011) ressalta que no ordenamento jurídico pátrio o judicial e a judicialização ganharam impulso pela falta de credibilidade da política majoritária, e, em especial, pela falta de crédito do Poder Legislativo e nos partidos políticos. É imperativa a necessidade de proteção dos direitos fundamentais que é preconizado pelo Art. 5º. da Constituição Federal de 1988 e a promoção da possibilidade do Poder Judiciário a tomar

decisões, mesmo com essência política, em detrimento ao Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Devido à grande importância do direito à saúde, intimamente ligado à manutenção da vida humana, ele passa a ser o grande precursor de demandas de judicialização de políticas públicas, pois é direito de todos e dever do Estado a garantia da saúde do cidadão. Tal direito, quando instituído constitucionalmente, deixa de ser mera expectativa e passa a constituir direito subjetivo, sendo, portanto, objeto de construção social e de proteção estatal. Desse modo, o poder executivo está diretamente ligado aos direitos fundamentais, pois todas as atividades da Administração Pública devem cumprir a sua finalidade maior: o interesse público. A prestação positiva do direito à saúde é um serviço público que deve ser ofertado pelo Poder Público, tornando-se importantíssimo para a efetivação dos direitos sociais.

A partir da existência de grande demanda da judicialização de políticas públicas de saúde, o Estado passa a deflagrar a ideia de que o Poder Judiciário estaria excedendo suas competências. Desta feita, mostra-se a seguir o acórdão de nº. 2017.04039206-21, 180.660, Rel. Rosileide Maria da Costa Cunha, Órgão Julgador 2ª Câmara Cível Isolada, do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Julgado em 18/09/2017:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMINAR DEFERIDA. FORNECIMENTO DE MATERIAL PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CEREBRAL NA AGRAVADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. DIREITO A SAÚDE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA DE URGÊNCIA. ARTIGO 273 DO CPC/73. MULTA. RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 - Os Estados, os Municípios e a União são legitimados passivos solidários, conforme determina o texto constitucional, sendo dever do Poder Público à garantia da saúde pública, de modo que os entes públicos podem ser demandados em conjunto ou isoladamente; 2 - A saúde se constitui em um bem jurídico constitucionalmente tutelado, incumbindo ao poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir o acesso universal e igualitário à assistência médica; 3 - Presentes os requisitos autorizadores da concessão da antecipação de tutela, a teor do que preceitua o artigo 273 do CPC/73, mostra-se escorreita a decisão de primeiro grau que a deferiu; 4 - A iminência de dano irreparável ou de difícil reparação decorre da doença que acomete a agravada, na medida em que o procedimento indicado visa salvaguardar a sua saúde e proporcionar um adequado tratamento ao caso apresentado; 5 - Ademais, o perigo na demora milita a favor da agravada, uma vez que a necessidade de ser realizada a cirurgia não pode aguardar a tutela definitiva, sem haver perigo de dano de difícil reparação; 6 - A multa diária deve ser arbitrada dentro da razoabilidade para evitar a pena desmensurada do ente público; 7 ? Agravo de Instrumento conhecido e julgado improvido. (2017.04039206-21, 180.660, Rel. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA, Órgão Julgador 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2017-09-18, Publicado em 2017-09-21).

No acórdão em questão, percebe-se que o judiciário acaba por se tornar efetivamente o protagonista na implementação de políticas públicas de saúde, quando a relatora do processo estabelece a obrigação do Estado dar o acesso aos serviços de saúde em todos os níveis e testifica que a saúde é um direito fundamental do ser humano, como pode ser visto no fragmento abaixo:

(...) Quanto à observância das políticas de saúde, saliento que a Constituição da República erigiu a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF e art. 241 da CE), advindo daí a conclusão inarredável de que é obrigação do Estado (gênero, a teor do art. 23, II, da CF), assegurar às pessoas carentes de recursos financeiros o acesso à medicação e tratamentos necessários para a cura de suas enfermidades. Portanto, não importa à agravada as diretrizes do Sistema Único de Saúde, os seus protocolos ou suas dificuldades quanto à previsão orçamentária. Note-se, por fim, que qualquer norma protetiva da Fazenda Pública, em cotejo com norma e garantia fundamental prevista constitucionalmente, não se sobrepõe. Ao contrário, os direitos à vida e à saúde prevalecem ante qualquer outro valor. (Fragmento do voto do acórdão de nº. 2017.04039206-21, 180.660, Rel. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA, Órgão Julgador 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, TJPA, Julgado em 2017-09-18, Publicado em 2017-09-21).

Vislumbra-se que cabe ao poder judiciário determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, ou seja, concorda-se com ideia de que a judicialização de políticas públicas torna-se necessária para fazer frente à omissão e incompetência dos demais Poderes; sendo inegável que a tímida atuação do Legislativo acaba por transformar em protagonista o Poder Judiciário no atendimento das demandas de cunho social, por meio da judicialização de políticas públicas com a nítida função de suprimir essas omissões por meios das decisões dos tribunais.

Por isso, é latente a ideia de que as questões políticas, quando extrapolam os limites impostos pela Constituição e pela lei tornam-se questões jurídicas e devem submeter-se ao controle do Judiciário. O papel do Judiciário ganha mais destaque no dia a dia da população, pois as demandas nascem em maior quantidade e em diferentes graus de qualidade e são a ele levadas.

Sobre essa questão, o acórdão nº. 2017.02929882-20, 177.994, Rel. Maria Elvina Gemaque Taveira, Órgão Julgador 1ª Turma De Direito Público do Tribunal de Justiça do Pará, Julgado em 2017-07-10, publicado em 2017-07-14 traz:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO DOMICILIAR. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DO IDOSO. TRATAMENTO INDISPENSÁVEL À SAÚDE DO IDOSO. NECESSIDADE COMPROVADA NOS AUTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. AFASTADA.

PRECEDENTE DESTA EGRÉGIA CORTE ESTADUAL. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. (...)

2. O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal em seu art. 196. A responsabilidade do poder público pela promoção efetiva da saúde do idoso, está disposta nos arts. 1º, 2º, 3º, 9º e 15, do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003). (...)

5. Alegação de ausência de previsão orçamentária. Afastada. Afirmações Genéricas por parte do Ente Municipal. Ademais, não está sendo determinando a implementação de uma política pública diversa da que já deve ser adotada pelo Município em casos semelhantes.

6. Agravo Interno conhecido e não provido.

(2017.02929882-20, 177.994, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-07-10, Publicado em 2017-07-14).

Nesse sentido, mostra-se uma preocupação da própria jurisprudência nacional, mais especificamente do Pará, neste caso concreto, em ponderar o uso da judicialização de políticas públicas, reconhecendo que sua atuação é apenas para suprir uma inatividade estatal dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a tornar mais harmônica, ainda, a relação entre os três Poderes.

Na atualidade, a judicialização de saúde diante da negativa do Estado em prestar serviços básicos, sob o argumento da falta de recursos, apesar de seu um Direito Fundamental do cidadão, vem se tornando um grande problema na execução das políticas públicas de saúde, haja vista, que para o Estado cumprir com tais decisões fatalmente tem que abrir mão dos recursos destinados aos programas de governo já planejados, podendo tal prática trazer desigualdades. Ademais, o Juiz adentraria indiretamente da seara da administração da alocação de recursos públicos, sem poder fazê-lo.

O julgamento do Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo constitucional de n.º ARE 1039125 AgR /PE, cujo o relator foi o Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 06/10/2017, pela Segunda Turma do STF, proferiu seguinte decisão:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. HOME CARE. NECESSIDADE. SÚMULA/STF 279. AGRAVO IMPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I - A questão debatida nos autos encontra óbice na Súmula 279/STF.

II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC.

Na justificativa de voto da ementa supracitada, o relator sustenta posicionamento contra a alegação de que o Judiciário agiu como gestor de recursos destinados à saúde pública, indo muito além da verificação da legalidade do ato administrativo, trazendo o seguinte ensinamento:

[...] Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições **materiais mínimas de existência** (grifo nosso).

Nesse entendimento, o Estado-administração não pode se eximir de praticar atos para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, com a alegação de manipulação indevida de recursos públicos por parte do Estado-juiz. Essa lógica doutrinária também está presente nos estudos de Ingo Sarlet (2014, p. 62):

[...] como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável [...] ou mesmo daquilo que tem sido designado como uma vida boa”.

As decisões judiciais de políticas públicas de saúde preconizam a garantia do mínimo fundamental para compelir a obrigação de fazer ou não fazer ao ente estatal, no fulcro de efetivar direitos e garantias fundamentais.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo, no seu artigo 5º, a obediência ao princípio constitucional da igualdade. Porquanto, não deve haver nenhuma distinção na prestação dos serviços públicos, a fim de que todos sejam tratados da mesma forma, com acesso à saúde, o qual é um direito assegurado constitucionalmente.

E, ante a omissão e descaso do Estado na efetivação do Direito à Saúde, é crescente a utilização da judicialização da política pública de saúde, pois, é função do Poder Judiciário proteger o indivíduo quando seu direito for desrespeitado. Porém, essa intervenção do Poder Judiciário deve ser a menor possível, já que se pressupõe que a judicialização é para uma pequena camada da população que tem condições de ter acesso ao judiciário e a dificuldade do acesso à justiça por parte da população carente é o grande paradoxo atual, para que o atendimento à saúde, através da judicialização não seja para poucos privilegiados.

A ementa do acórdão de nº. 181.054, Relatora: Maria Elvina Gemaque Taveira, Órgão Julgador Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Julgado em 2017-09-19, Publicado em 2017-09-27, caminha nessa mesma esteira:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES STF E STJ. REJEITADA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. REJEITADA. MÉRITO. PROGRAMA DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO (TFD). FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE

PESSOAS COM HIPOSSUFICIÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. ART. 196 DA CF/88. PRECEDENTES STF. SEGURANÇA CONCEDIDA. UNANIMIDADE.

A preocupação com a hipossuficiência de recursos financeiros daquele que pleiteia a judicialização de políticas públicas de saúde é uma via pouco explorada pela doutrina acerca da problemática, mas que se torna uma demanda inquietante.

A relatora, ao justificar seu voto, em obrigar a Secretaria de Saúde do Município de Altamira e Secretário de Estado de Saúde Pública bancar os custos da realização do procedimento de laringectomia e tratamento oncológico pelo Programa de Tratamento Fora do Domicílio (TFD), por conta do paciente não possuir recursos financeiros para custear o tratamento médico, mostra o entendimento de que o Estado não pode privilegiar o seu próprio interesse econômico em detrimento do direito a saúde, que deve ser considerado interdependente e indivisível e os governos devem ser responsáveis por garantir o direito à saúde, como pode ser visto no fragmento a seguir:

[...] Portanto, em situações como a dos autos, em que resta demonstrada a necessidade de internação fora do domicílio, procedimento cirúrgico, cuidados pós operatório e, tratamento oncológico a pessoa comprovadamente com hipossuficiência de recursos, não se mostra razoável prevalecer o interesse financeiro e secundário do Estado. Logo, o Estado, em sua acepção ampla (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), tem o dever constitucional de fornecer às pessoas os tratamentos necessários à sua sobrevivência e melhoria de qualidade de vida, por se tratar de serviço de relevância pública [...]

[...]

Assim, cabe ao Poder Público a obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover em favor das pessoas e da comunidade medidas preventivas e de recuperação, que fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que dispõe o art. 196, CF/88, sendo possível inclusive, o fornecimento de medicamento não incluídos na lista fornecida pelo SUS, comprovando-se a sua imprescindibilidade para a manutenção da vida do indivíduo (Fragmento do voto Relatora: Maria Elvina Gemaque Taveira do acórdão de no. 181.054, Órgão Julgador Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Julgado em 2017-09-19, Publicado em 2017-09-27)

Fica claro o atendimento da provocação do cidadão, porém, uma questão que se pode trazer para reflexão é o fato de que há muitos cidadãos com câncer que acabam morrendo por falta de atendimento e medicamentos, por não terem o acesso à justiça.

É dentro dessa ótica que não se deve esquecer que a Constituição Federal de 1988 elenca a promoção do atendimento a todos, fazendo assim valer os princípios da universalidade, igualdade, equidade, com a ressalva de que o direito individual não se sobreponha ao direito coletivo. Coadunando-se com o tal posicionamento, Fernando Facury Scaff (2008, p. 38):

[...] Se, por um lado, é inquestionável que o direito à saúde é direito de todos, não se pode, por outro, agasalhar a tese de que se cuida de um direito coletivo e que, por ser direito coletivo, não poderia ser objeto de dedução individualizada em Juízo, especialmente para além das hipóteses previamente previstas na legislação infraconstitucional. Com efeito, tanto é equivocada a tese de que os direitos sociais são em primeira linha direitos coletivos, quanto é de ser afastada a tese de que não cabem demandas individuais.

Dessa maneira, na judicialização da política pública de saúde percebe-se que na atuação do magistrado, existe a consciência que ao dar efetividade a um direito fundamental, implica em grandes gastos financeiros aos poderes públicos. Assim, observa-se o fragmento do voto proferido no acórdão anterior proferido pela relatora:

[...] Impende destacar, que o Poder Judiciário não é insensível aos graves e agudos problemas financeiros por que passam os entes federativos e, não desconhece que cabe a eles tarefa executiva de administrar e gerir os recursos públicos, bem como, é cediço não ser de responsabilidade do Judiciário discutir a implementação ou não de políticas públicas, impor programas políticos, ou direcionar recursos financeiros, atribuições afetas à esfera da Administração Pública. Entretanto, ao Judiciário cabe dar efetividade à lei, ou seja, na inobservância da legislação pelos Poderes Públicos, aquele Poder deve intervir, dando uma resposta efetiva às pretensões das partes. Quanto à alegação de lesão a previsão orçamentária municipal e, que deve ser observado o limite da reserva do possível, as afirmações são genéricas, pois a autoridade impetrada não se desincumbiu de demonstrar a inexistência de receita para custear os medicamentos essenciais à manutenção do apelado. Ademais, a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra dirigida fundamentalmente à Administração Pública, e não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar outra norma constitucional, utilizando-se da ponderação de valores. (Fragmento do voto Relatora: Maria Elvina Gemaque Taveira do acórdão de n.181.054, Órgão Julgador Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Julgado em 2017-09-19, Publicado em 2017-09-27)

Em que pese o destacamento dos problemas financeiro estatais, as decisões acerca da judicialização de políticas públicas de saúde amparam-se na necessidade de concretização de norma constitucional, visto o bem maior da vida, ignorando qualquer tipo de alusão à ferimento ao princípio da separação dos poderes.

Nesse cenário, o Recurso Extraordinário com agravo ARE 701353 AgR/RN, cujo o relator foi o Min. Luiz Fux, julgado em 26/08/2016, expõe:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. MEDIDAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À DENGUE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

Na discussão de medidas de prevenção e combate à dengue, sendo políticas públicas de saúde que deveriam ser implementadas e não foram por omissão do Estado (Município de Natal/RN), o relator do acórdão acima transcrito, fez a importante ressalva da possibilidade do Judiciário autorizar a implementação de políticas públicas sem que isso importe ofensa ao postulado da separação de poderes:

[...] Ademais, em relação ao mérito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual é possível a autorização judicial na implementação de políticas públicas sem que isso importe ofensa ao postulado da separação de poderes.

Vislumbra-se aqui que a Corte Suprema do país não aceita mais a argumentação de que a judicialização de políticas públicas de saúde afetem o equilíbrio do Estado, ofendendo o princípio da separação de poderes, refletindo que a postura mais ativa do judiciário é legítima. Nesse sentido, Carlos Eduardo Dieder Reverbel (2010, p. 08) afirma que: “[...] isto se dá dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos [...]”.

É fato que surgem várias críticas quanto a possível extrapolação das funções do Judiciário com o exercício de funções típicas dos outros Poderes, porém, entende-se que não se deve esquecer que essas decisões acontecem porque o próprio Parlamento e o Executivo não resolvem os seus próprios problemas, resultando em provocação do Judiciário.

Acredita-se, ainda, que a judicialização é mais fruto do aumento de demandas, em razão da maior consagração de direitos constitucionais e dos anseios populares, do que uma referência a um modelo de jurisdição fortalecido. Esse fenômeno não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante; ao contrário, a judicialização é derivada de fatores exógenos à jurisdição, traçando o seguinte caminho: inicia com o amplo reconhecimento de direitos sociais, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade.

Todavia, não se pode obscurecer a realidade prática dessas decisões de judicialização de políticas públicas quanto ao impacto orçamentário decorrentes das mesmas. O dinheiro público é finito e há uma lei orçamentária prévia que vincula os gastos do Poder Executivo, que, ao dar cumprimento a um mandamento judicial, necessita realocar valores já antes direcionados a outras demandas. E, então, surge o cerne da questão de competência de critério judicial para dar decisões sem analisar as consequências das mesmas. Porém, com a base fincada na questão: A judicialização de políticas públicas de saúde compromete/ prejudica o orçamento e o financeiro estatal ou força uma melhor gestão?

Obviamente, reporta-se, aqui, à necessidade de uma análise mais criteriosa do Magistrado na situação dos meios de viabilização de seus mandamentos, pois não se pode ser inconsequente e, assim, surge a necessidade da aplicação da Análise Econômica do Direito na temática de judicialização de políticas públicas de saúde, pois o viés do empirismo e da análise das consequências e a verificação da eficiência ajudam na melhor decisão judicial.

Este trabalho acadêmico entende que toda decisão judicial irá impactar o orçamento do Estado para o seu atendimento e o Judiciário deve levar em consideração que os recursos são finitos e a escolha pública é sempre trágica. Em nenhum momento, este estudo questiona a importância e validade da judicialização de políticas públicas de saúde, originada na contemporaneidade; todavia, defende-se que deva haver uma visão mais consequencialista das decisões judiciais.

Visto que a questão da saúde é fundamental para este estudo acadêmico, falar-se-á, de forma específica, a respeito da mesma, visto sua importância e magnitude nas judicializações de políticas públicas recentes.

2.3 A QUESTÃO DA SAÚDE

O direito à saúde está no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, dos direitos sociais, e traz em seu bojo o acesso aos direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O art. 196 do mesmo diploma legal ressalta a questão do caráter de direito da saúde no Brasil e reflete obrigação do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Tais inserções trazem à tona a responsabilidade do Estado acerca da problemática da saúde da população, pois o direito à saúde é um bem maior do que a garantia do mínimo

existencial da massa populacional, relacionado intrinsecamente ao direito à vida digna dos indivíduos considerados em si, não como um todo embolado numa mesma política.

Vindo de um ideário proposto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, em seu artigo 25, contemplou o direito à saúde como direito humano universal:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.
2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.

Tal direito à saúde tem um aparato normativo forte no Estado Democrático de Direito do Brasil e no mundo, amparado na Constituição Brasileira e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. É um direito individual diretamente ligado à sobrevivência e à dignidade, pilares de qualquer Estado Democrático.

A saúde é intrinsecamente ligada à questão da manutenção da vida humana, tendo um caráter primordial de importância no trato da mesma, tanto em questões da vida em comunidade, quanto em questões legislativas, administrativas, judiciais e de políticas públicas.

A precária prestação do serviço de saúde pelo Estado à população em geral é comumente relacionada à pobreza, baixo aferimento de renda e errôneos direcionamentos dos recursos públicos nas políticas públicas de saúde. Todavia, o entendimento que se foca neste trabalho não diz respeito às escolhas públicas, mas sim na reflexão da existência da judicialização de políticas públicas de saúde e a consequência e eficiência das decisões judiciais que dela surgem.

Porém, não se pode obscurecer o fato de que a má prestação do direito à saúde pelo Estado priva as capacidades humanas, prejudicando um desenvolvimento individual, como também da sociedade, tendo sido necessária tal espécie de judicialização na atualidade.

A falta de acesso ao direito à saúde ofende a dignidade da pessoa, pois um ser humano que não tem saúde como forma de garantir sua sobrevivência não terá como fomentar nenhuma de suas capacidades, fazendo com que o judiciário necessite garantir o mínimo existencial em situações que o Estado, promotor de políticas públicas, o Executivo, não o fez, passando o judiciário a ser garantidor do mínimo existencial, que não tem caráter programático, mas, sim, de direito subjetivo individual.

A norma constitucional não pode mais ser considerada como mera programação estatal, tendo o Poder Judiciário o necessário dever de garantir força normativa aos mandamentos

constitucionais, como direito subjetivo, para que os mesmos não se limitem a ser apenas um ideal a ser alcançado, mas uma realidade factível ao cidadão.

Nesse sentido de alcance das normas constitucionais e sua essencialidade na modernidade jurídica, Sarlet (2009, p. 268) dispõe que:

Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia.

Sob esta ótica, reafirma-se que o direito social e fundamental da saúde tem um caráter de direito público subjetivo e não apenas uma norma programática, sendo necessária a atuação de um judiciário garantidor. Afinal, aceitar apenas um caráter de norma programática para o direito à saúde, estar-se-ia condenando o direito à vida a uma questão secundária, o que jamais se pode considerar, visto ser o bem maior de toda sociedade.

Vislumbra-se, então, que não há caráter programático dessa garantia de direito à saúde por parte do Estado, onde os cidadãos deveriam esperar em políticas públicas a efetivação desse direito, com alocações de recursos públicos dependentes de escolhas de programas de governos. Logo, políticas públicas de direito à saúde tornam-se de efetivação obrigatória por parte do Estado para garantia dos direitos fundamentais e não somente programa de governos, podendo até ser objeto de judicialização, como ocorre.

Quando não há a prestação da política pública de saúde por parte do Estado provedor e o cidadão acionar o judiciário, cabe a este o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais, na proteção da dignidade humana decidir pela prestação da mesma para a manutenção do bem maior que é a vida humana.

Existem várias críticas à atuação do judiciário nas demandas de concretização dos direitos fundamentais, pois muitos afirmam que o judiciário não tem legitimidade democrática para a instituição de políticas públicas, por não ter sido produto de um caráter eletivo da população para o exercício de cargos, dentre outras justificativas contrárias, como já debruçadas anteriormente.

Há também críticas em torno da falta de conhecimento dos magistrados acerca das demandas nos casos concretos, de desconhecimento da política de distribuição do orçamento público acerca da demanda da prestação de políticas públicas de saúde, podendo causar rombos nos orçamentos, nas situações de obrigatoriedade coercitiva ao Executivo no intuito de efetivar-se o direito fundamental à saúde.

Contudo, independente de críticas acerca da temática, este trabalho não preocupa com a legitimidade da existência da judicialização de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro da atualidade, apenas verificando a existência desse fenômeno no judiciário brasileiro. Não obstante, a tríade de separação de poderes, consagrada no art. 2º da nossa Constituição, abarcada pela independência e harmonia do judiciário, legislativo e executivo não é ferida na execução judicial dessas demandas de garantia de direitos humanos e sociais, pois se estará protegendo os fundamentos basilares da sociedade, que é função de todos os poderes.

A judicialização de políticas públicas de saúde é uma realidade empírica, acontecendo todos os dias nos tribunais do Brasil, fomentando a obrigatoriedade de atendimento do direito à saúde dos cidadãos, em sua individualidade, por parte do Estado. Porém, futuramente, será analisada, neste estudo, a questão das consequências de tais decisões judiciais e sua eficiência, levando em consideração à Análise Econômica do Direito, à luz da lógica de Pareto, através de dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará.

Entende-se que uma decisão judicial não apenas pode prender-se às questões entre as partes em conflito judicial, mas deve se preocupar com as consequências sociais dela, pois sempre deve atentar-se em viabilizar o desenvolvimento da sociedade.

A realidade atual do nosso ordenamento jurídico está cada vez mais tendo uma preocupação consequencialista das demandas judiciais, pois é notória a verificação de que as relações jurídicas acabam gerando forma de cultura comportamental da população. Afinal, acredita-se que o ativismo judicial impulsionou a judicialização de políticas públicas de saúde, como uma força diretamente proporcional.

Não somente a lei causa padrões de relacionamentos sociais, mas também as decisões judiciais, não apenas pelo caráter coercitivo das duas situações, mas pelo viés reflexivo que as duas tem do que acontece nas relações entre os cidadãos. Ou seja, elas, tão-somente, retratam o que a sociedade almeja, pois o poder, primeiro, é do povo.

É nessa seara de entendimento que se acredita que a atuação positiva do judiciário em meio às demandas de concretização dos direitos fundamentais é de extrema importância como forma de garantir o direito fundamental à saúde. Portanto, trata-se de matéria bastante relevante e que deve ser esmiuçada de forma eficaz.

Sob esta visão, há uma mudança de padrão com relação à função dos direitos fundamentais vinculados às prestações estatais. Não se trata mais de uma mera recomendação do legislador constituinte ao gestor público e ao legislador infraconstitucional. Existe uma verdadeira imposição constitucional legitimadora de ações estatais para que busquem a efetivação de tais direitos, não podendo o Poder Judiciário ficar isento a isso.

Não se pode mais entender o direito à saúde com caráter apenas programático, mas sim de direito subjetivo público. Logo, a partir do momento que se entende e acredita que o direito à saúde é direito subjetivo público, o mesmo pode ser pleiteado por via judicial e isto já é comum no Brasil.

Obviamente, há que se afirmar que as políticas públicas relacionadas com a saúde são políticas públicas obrigatórias, como forma de praticar e projetar o direito fundamental à saúde, consolidado na Carta Magna. Partindo dessa premissa, passa-se a considerar que esse tipo de judicialização de política pública de saúde seria possível apenas para a inserção de um cidadão num programa de governo já previsto na área de saúde que abarcaria sua condição, a partir da comprovação da doença inviabilizadora de promoção de saúde deste indivíduo. Portanto, seriam nessas situações que seria possível a judicialização do direito fundamental à saúde. E, nesse viés judicial, as decisões seriam no sentido de impor ao Poder Público a inserção do cidadão em um programa, já previsto.

Porém, na maioria dos casos, o governo não tem programa para atender especificamente o caso judicializado, sendo necessário o realocamento de recursos públicos para atender a demanda da decisão judicial, que tem caráter cogente. É essa realocação será debatida em tempo oportuno neste trabalho.

Em vista destas considerações, afirma-se que a questão da saúde no Brasil é frequentemente judicializada hodiernamente, sendo elemento germinador de várias discussões e teorias no ambiente jurídico. Por consequência, a Corte Suprema do País, por diversas vezes, debate o assunto a fim de direcionar a atuação do judiciário brasileiro num mesmo caminho, para padronização de decisões acerca da temática, devido a importância que esta passou a ter no Judiciário brasileiro.

Timm (2018, p. 108) dispõe que:

Note-se que nesse mesmo ano, após audiência pública sobre a saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou uma série de casos ligados ao debate restrições orçamentárias (“reserva do possível” no jargão dos juristas) *versus* o direito ao medicamento (saúde): os agravos regimentais nas STA (Suspensões de Tutela Antecipada) 175, 211 e 278; SS (Suspensões de Segurança) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e na Suspensão de Liminar 47.

Nesse entrechoque de direitos, entendeu o STF por dar guarida ao direito constitucional à saúde dos indivíduos, determinando ao Estado conceder os medicamentos pleiteados (sem entrar no detalhe dos diversos tipos de demandas existentes).

Nesse sentido, falar-se-á a seguir a respeito da decisão emblemática sobre judicialização de políticas públicas de saúde no Brasil, a STA 175, que abordou todas as arestas do tema,

amparando-se em direcionamentos teóricos, mas também em Audiência Pública, dando parâmetros e outras diretrizes.

2.4 STA 175 E OUTRAS DIRETRIZES

A observância da STA 175 é necessária, pois é uma decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro acerca da judicialização das políticas públicas de saúde e dos parâmetros e justificativas envolvidos no tema. A relevância dessas diretrizes se justifica na verificação da atual aplicabilidade das mesmas nas diversas decisões judiciais recentes que versam sobre o direito à saúde e a respectiva obrigatoriedade de cumprimento de obrigações de fazer ao Estado por parte do judiciário. Entretanto, far-se-á a apresentação de tais dogmáticas aplicadas na atualidade, sem pender a julgamentos de justiciabilidade de tais decisões, pois a persecução, neste momento, é de como tais decisões judiciais estão sendo aplicadas, para, que, depois, verifiquem-se suas consequências e eficiência no mundo fático.

A Suspensão de Tutela Antecipada 175 teve um agravo regimental interposto pela União contra decisão da Presidência do STF, na qual há o indeferimento do pedido da STA 175. O relator é o Ministro Gilmar Mendes e o caso é relativo ao pedido de uma paciente portadora da doença de Niemann-Pick, tipo C, para o fornecimento à mesma do medicamento chamado Zavesca (princípio ativo *miglustate*), onde o Judiciário obrigou à União dispensa o medicamento à paciente, na forma de tutela antecipada, e a União recorreu pedindo a Suspensão da mesma. Neste agravo que surgem as diretrizes basilares de decisões acerca do tema da judicialização de políticas públicas de saúde, pois foi o primeiro julgado após as audiências públicas feitas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da judicialização da saúde.

No caso em comento, a União alega que estas decisões geram grave lesão à ordem, economia e saúde públicas; violação ao princípio da separação dos Poderes, normas e regulamentos do SUS; função exclusiva da Administração Pública em definir políticas públicas; ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências; inexistência de responsabilidade solidária entre integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa; o pólo passivo só pode ser o ente que negou a prestação do serviço; e, por fim, grave lesão à economia devido ao alto custo do medicamento, que causa: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade de prestação dos serviços de saúde ao restante do povo e possibilidade do efeito multiplicador, no temor do precedente negativo ao Poder Público.

Em se tratando do caso especificamente, a respeito da falta de registro do medicamento citado alhures, não possuía registro há época da interposição da ação, contudo, em consulta ao

sítio da ANVISA, verificou-se que o mesmo já possui registro, não constando apenas nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, por se tratar de medicamento de alto custo, não sendo desta forma contemplado pela Política Farmacêutica da rede Pública, entretanto, o alto custo do medicamento não é fundamento para seu não fornecimento, visto que existe uma Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais que visa a contemplação a população acometida por enfermidades raras, o que é o caso analisado.

No pedido, inexistiram elementos fáticos e normativos para que fosse comprovada grave lesão à ordem, economia, saúde e segurança públicas, não obstante, o alto custo de um medicamento que possui registro na ANVISA, não pode ser fator decisivo para impedir seu fornecimento pelo poder público.

Em relação à ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências, há jurisprudência onde se ressalta que a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária. O ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009) afirma que: “após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública - Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária.”.

De acordo com a 2ª turma do STF no RE 195.192-3/RS, que consignou o entendimento que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e dos Municípios. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado:

SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS-DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear, alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Pois bem, no que versa sobre o temor de que a decisão sirva de precedente negativo ao poder público, pode-se afirmar que tal preocupação não há fundamentação, pois decisões desta natureza devem ser analisadas caso a caso, pois é necessário que sejam analisados todos os elementos fáticos e normativos, para que tal decisão seja tomada, impossibilitando assim o efeito multiplicador, pois mesmo que pessoas possuam o mesmo tipo de doença rara, elas são diferentes, suas necessidades são diferentes, assim como suas possibilidades (BRASIL, 2009).

As alegações da União em tal agravo regimental consistem nas críticas norteadoras de todo o ordenamento jurídico contrário à judicialização de políticas públicas de saúde. Nesse

sentido, a decisão do STF enfrentou todas estas demandas, através de afirmações propositivas acerca do seu entendimento sobre cada uma das temáticas.

Levando em consideração as audiências públicas ocorridas em 2009, realizadas pelo STF, que abordaram a temática da implementação do direito à saúde no direito brasileiro, o Ministro Gilmar Mendes vence todas as críticas a respeito das decisões judiciais de judicialização de políticas públicas de saúde. Mais precisamente a respeito da interferência do judiciário no ente público administrador, o Ministro aponta:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Porquanto, percebe-se que quando a política pública estiver abarcada por algum programa de governo, não há que se falar em interferência do judiciário, apenas tendo decisões para cumprimento.

Todavia, a grande celeuma está nos casos não previstos nos programas de governo, pois há três possibilidades denegatórias por parte da Administração Pública: omissão legislativa ou administrativa; decisão administrativa de não fornecer; e, vedação legal a sua dispensação. E em todos os casos, em suma, o Ministro Gilmar Mendes resume assim:

(...) independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Logo, verifica-se que se continua sem a preocupação de definir parâmetros consequencialista, mas sim de tomada de decisão em cada caso concreto, no vislumbre das teorias de direito. Porém, deve haver uma preocupação da metodologia da tomada de decisões, verificando consequências e eficiência das mesmas, através de uma análise econômica do direito.

2.5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A saúde está devidamente assegurada como um dos direitos sociais que deve ser atendido pelo Poder Público de forma ampla e igualitária. Porém, verifica-se que mesmo que a Carta Magna tenha assegurado o direito a saúde aos cidadãos, sabe-se que muitas vezes esse direito não é efetivamente concretizado, seja por precariedade do sistema, seja por falta de recursos ou de profissionais habilitados no serviço público.

Por conta desse problema, o cidadão passou a ajuizar ações na busca de seus direitos para que fosse determinada a obrigatoriedade do Executivo em cumprir a Constituição, determinando imediatamente o fornecimento de medicamentos, de equipamentos e cirurgias, dentre outros, ou seja, pode-se dizer que o Poder Público é muitas vezes omisso com relação a sua obrigação de prestar a saúde pública, em sentido amplo.

Vale citar Timm (2018) ao falar do custo dos direitos, onde traz a informação de que 1% do volume das ações ajuizadas no Poder Judiciário são demandas sobre medicamentos.

Mostra-se necessário fazer uma análise desse crescente número de demandas judiciais e quanto vem sendo gasto anualmente pelo Estado por conta da judicialização de políticas públicas de saúde sob à ótica da AED, assim como, levantar o perfil dos parâmetros que sendo desenvolvidos pelo Poder Judiciário no deferimento de prestações referentes à saúde. Desse modo, optou-se metodologicamente em apreciar algumas decisões judiciais relacionadas com a busca pelas políticas públicas de saúde, sendo de extrema importância fazer uma análise jurisprudencial com intuito de compreender a percepção dos magistrados sob à ótica da AED e a necessidade de harmonização o direito à saúde com as reservas orçamentárias do Estado.

Ressalte-se, aqui, que as demandas judiciais da saúde não são programadas e normalmente são de caráter emergencial, por isso, verifica-se que na maioria dos casos, os processos são onerosos e facultam grandes dificuldades no planejamento do gestor público, pois há uma série de protocolos que devem ser seguidos que acabam dificultando o atendimento

dessa demanda pelo Estado, ou seja, compras em escala, controle de estoques, dentre outras situações que não podem ser previstas na ocorrência de determinações judiciais.

Acrescente-se que, nos últimos oito anos, o Ministério da Saúde desembolsou R\$ 5 bilhões para atender a determinações judiciais para a compra de medicamentos, insumos e suplementos alimentares, um incremento de 912% entre 2010 e 2017. No ano passado, a cifra chegou a R\$ 979 milhões, sendo que a compra dos dez medicamentos mais caros para atender a demandas judiciais custou ao Ministério da Saúde quase R\$ 917 milhões, o que representou 94% dos gastos totais dos 602 itens comprados. Incluindo também estados e municípios, a perspectiva é de que o gasto com determinações judiciais em 2017 alcançou R\$ 7 bilhões (BRASIL, 2018)⁶.

Aqui se deve ter o entendimento de que se por um lado busca-se a satisfação do direito à saúde e do direito à vida, garantidos constitucionalmente, por outro, há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias, como bem afirma Timm (2018, p. 111):

[...] o pecado original está na confusão entre a função social dos contratos de saúde suplementar e os interesses individuais das partes em uma controvérsia específica. Ao condenar o operador de saúde a fornecer o tratamento não coberto pela apólice contratada – e, portanto, não considerado no momento da realização do cálculo atuarial – o juiz ataca as provisões; subtrai da coletividade de segurados.

Para ilustrar o cenário descrito anteriormente por Timm (2018), apresenta-se o julgado relacionado com a judicialização da saúde: Embargos de Declaração de Nº 0020263-18.2006.814.0301 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, cuja a relatora foi a Desembargadora Ezilda Pastana Mutran, julgado em 27 de agosto de 2018.⁷

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE – IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO AO ENTE ESTATAL EM FORNECER MEDICAMENTO EM FAVOR DE MENOR. TRATAMENTO MÉDICO INDISPENSÁVEL À SAÚDE DO AUTOR. ACLARATÓRIOS OPOSTOS SOB A ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A TESE DE ALTO CUSTO DA MEDICAÇÃO. ALEGAÇÕES DE RESERVA DO POSSÍVEL E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À SAÚDE SOB O PRISMA DA UNIVERSALIDADE. REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. MERA TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. RECURSO CONHECIDO. PORÉM, NÃO ACOLHIDO, À UNANIMIDADE.

⁶ Disponível em <http://portalmms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43268-curso-capacita-magistrados-sobre-judicializacao-da-saude>. Acesso em 13 out. 2018

⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ. Embargos de Declaração de Nº 0020263-18.2006.814.0301, Desembargadora Ezilda Pastana Mutran, julgado em 27/08/2018. Disponível em http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=tratamento+m%C3%A9dico&jp_search=1&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-. Acesso em: 12 out. 2018.

Verifica-se que o acesso aos medicamentos corresponde às diversas necessidades que precisam ser supridas pelo Estado para que os cidadãos tenham segurança no que diz respeito ao seu direito à saúde. Verifica-se que a Desembargadora Ezilda Pastana Mutran estabelece a obrigação do Estado fornecer a quantidade necessária, pelo tempo que houver necessidade do autor.

No caso em tela, a questão posta nos presentes aclaratórios tem por finalidade evidenciar irrazoabilidade no julgado em razão do alto custo do medicamento Aldurazyme 2,9 mg, que vem sendo compelido a fornecer na quantidade necessária, pelo tempo que houver necessidade do autor.

Todavia, não há fundamento nos embargos opostos, uma vez que como já afirmado os Embargos de Declaração são utilizados unicamente para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual o juiz devia se pronunciar de ofício ou a requerimento e corrigir erro material; não sendo via adequada para rediscutir matéria já apreciada, como no caso em tela.

Importante acrescentar que uma ampola de 2,9 mg/5 ml, solução injetável com 5 ml custa em média R\$ 3.000,00⁸ e o Estado está sendo obrigado fornecer na quantidade necessária, pelo tempo que houver necessidade do autor. Fica subtendido que o fenômeno da judicialização, em muitos casos, aparece em virtude da incapacidade econômica dos indivíduos em arcar com os custos dos medicamentos ou procedimentos apontados por médicos especialistas.

Sobre a questão anterior pode-se observar nos ensinamentos de Posner (2011b) ao reconhecer que é muito difícil atingir a eficiência, ele afirma: “a teoria econômica do direito pressupõe mecanismos para verificar a existência dos fatos necessários à correta aplicação de uma lei” (Tradução livre)⁹.

Depreende-se aqui que nos casos dos medicamentos de alto custo torna-se muito difícil pautar a decisão pela eficiência ou pela maximização da riqueza, já que há várias variáveis para serem consideradas e dificilmente quantificáveis. Ainda sobre medicamentos essenciais, eles são selecionados de acordo com a sua relevância na saúde pública.

Sobre a questão da eficiência Timm (2018, p. 108) afirmar que:

[...] seja por qual for, por ineficiência do Estado que não concede medicamentos que deveria à população, ou por criação judicial para além das obrigações que o orçamento público comportaria, o fato é que se está gastando muito dinheiro com disputas judiciais em manter a saúde. E isso é irracional para um país em desenvolvimento.

⁸ Este valor corresponde a USD 810,00 (oitocentos e dez dólares), no câmbio de dólar turismo, no dia 15/02/2019.

⁹ “*the economic theory of law presupposes machinery for ascertaining the existence of the facts necessary to the correct application of a law*”

Há também o entendimento de Posner (2007, p. 675):

[...] eficiência econômica é um conceito universal para o surgimento das normas legais e ele propõe mudanças na lei existente para aumentar essa eficiência. Segundo ele, os juízes que usam a lei existente devem estar familiarizados com os princípios da análise econômica e aplicá-los em suas decisões (Tradução livre)¹⁰.

Vale dizer que não é comum cogitar quais os efeitos econômicos trazidos pelas decisões judiciais, por isso, entende-se o quanto é importante o judiciário analisar o impacto no orçamento do Ministério da Saúde em relação a judicialização da saúde para o crescimento do gasto com medicamentos por ser potencialmente capaz de produzir iniquidades no SUS, embora este fenômeno seja uma clara demonstração de que os cidadãos brasileiros estão mais conscientes sobre seus direitos e a via judicial seja um dos meios de efetivá-los.

Porém, pode-se verificar que a previsão constitucional de abrangência da saúde é uma prerrogativa importante para as discussões de democracia e inclusão social, entretanto, seu propósito de atender a toda a população brasileira não tem sido alcançado.

Sobre essa questão cite-se a lição de Posner (2011b, p. 13): “[...] insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social [...]”

Outro dado interessante se observa na evolução das despesas cresceu 912% entre 2010 e 2017 segundo fontes do Ministério da Saúde. Como se pode ver há um crescimento exponencial dos gastos do Ministério da Saúde com decisões judiciais, sem contar que a questão da escassez de recursos públicos se coloca de maneira especial no acesso à saúde. Em uma análise superficial se poderia pensar que qualquer que fosse a referência dos custos da saúde seria imoral se houve o cenário onde estaria em jogo a saúde e a vida. Entretanto, como ficou latente no gráfico anterior o aumento dos gastos com decisões judiciais está se tornando insustentável. Nessa lógica, verifica-se que as demandas trazidas pela judicialização abrangem problemas como onerosidade e dificuldade para organização dos gastos públicos, pois não há planejamento nem controle dos gestores públicos, dada sua imprevisibilidade.

Por outro lado, entende-se que o fato da União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal terem obrigação de tornar o direito à saúde eficaz, é possível afirmar que há uma obrigação premente no sentido de que devem satisfazer em conjunto as obrigações advindas do

¹⁰ “[...] *economic efficiency is a universal concept for the emergence of the legal norms and he proposes changes in the existing law to be increased this efficiency. According to him the judges that use the existing law must be familiar with the principles of the economic analysis and to apply them in their decisions*”.

direito à saúde, podendo inclusive, legislar sobre o tema, no sentido de suplementá-lo para melhor garanti-lo.

Vale lembrar que a eficiência, em termos econômicos, importa no uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos. Sabe-se que o Poder Público, por meio da implementação das diversas políticas sociais, assume compromissos que visam atender as necessidades dos indivíduos e equalizar interesses públicos, compatibilizando-os com as disponibilidades orçamentárias.

Ainda que os dados não deixem dúvidas sobre uma maior exigência da população em relação aos seus direitos por meio da judicialização da saúde, existem aqueles excluídos que, por falta de recursos e de informação sobre meios para acessar gratuitamente a justiça, deixam de fazê-lo. É certo que o dinheiro gasto em saúde por força de decisões judiciais compromete outras partes do orçamento público. Porém, deve-se lembrar do fato que a judicialização das políticas públicas acaba atendendo uma parte da população que tem condições de buscar os seus direitos judicialmente em detrimento a maioria da população menos favorecida que muitas vezes tem os mesmos problemas ou piores.

Importante observar que o *Law & Economics*, preconizado Posner (2010) tem como premissa a ideias que os juízes devem usar a lei para levar adiante o objetivo social da maximização da riqueza, isto é, devem buscar o resultado mais eficiente da aplicação das regras para que a sociedade como um todo¹¹. Assim como, Posner (2007), afirma que o objetivo do direito, na ótica da AED, é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social. Portanto, pode-se dizer que a AED é a aplicação de uma perspectiva de “eficiência” às normas legais.

É óbvio que a AED vem se aperfeiçoando ao se estreitar com pragmatismo jurídico, o qual é necessário o estudo.

¹¹ “*the economic theory of law presupposes machinery for ascertaining the existence of the facts necessary to the correct application of a law.*”

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) é fundamental para que se estude a judicialização de políticas públicas de saúde e seus impactos nos gastos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará no triênio de 2016-2018, pois após o diagnóstico obtidos com os dados empíricos é necessária a análise dos mesmos, com o auxílio do marco teórico da análise econômica do direito de Richard A. Posner, após sua virada pragmática. Desse modo, a compreensão de suas premissas, adentrando em suas origens, conceituações e características principais, do conhecimento do pragmatismo jurídico, do consequencialismo e da eficiência se tornam essenciais para o presente estudo.

Este capítulo objetiva apresentar a Análise Econômica do Direito e suas nuances primárias, com conceituações e características, explicitando a opção pela AED de Posner, após sua virada pragmática. Assim, correlaciona a influência do pragmatismo jurídico, o viés consequencialista e detalha a temática da eficiência, fazendo a opção daquela escolhida pela AED de Posner.

Assim, primordialmente, a intenção é abordar as noções introdutórias do tema, perpassando pelos diversos conceitos sobre o que é a Análise Econômica do Direito, pela verificação de suas características e clarificando o ideal escolhido pelo estudo, qual seja a AED de Posner. Para, assim, ligá-la ao pragmatismo jurídico e suas nuances, como também ao consequencialismo.

E, por fim, fazer uma abordagem a respeito da eficiência, delimitando o uso da mesma conforme a utilização na AED de Posner e relacionando com a atual judicialização de políticas públicas de saúde e os gastos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, nos anos de 2016, 2017 e 2018.

3.1 PREMISSAS À RESPEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito é originária da Universidade de Chicago nos Estados Unidos, a partir dos anos 60 e com a crise dos anos 70 do Estado do Bem-Estar Social. Pode-se dizer que sua gênese teórica é pautada nos estudos de Ronald Coase, Henry Manne, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner nas décadas dos anos sessenta e dos setenta. Essa teoria surgiu com o escopo de aproximar o direito e a economia, importando conceitos

econômicos para o ramo da análise de consequências das decisões judiciais, no intento de ensejar maior previsão das mesmas (ARRUDA, 2014, p.70).

Posner reporta-se às origens de uma teoria econômica para o ambiente jurídico, afirmando que:

[...] Somente em 1961, quando da publicação do artigo de Ronald Coase sobre custo social e, quase ao mesmo tempo, do primeiro artigo de Guido Calabresi sobre responsabilidade civil, é que foi possível vislumbrar uma teoria econômica do *common law*. Em 1968, quando Gary Becker publicou seu artigo sobre o crime, ressuscitando e aperfeiçoando as ideias de Bentham, parecia não haver mais campo algum do direito que, interpretado sob a ótica econômica, não produzisse resultados elucidativos. [...] (POSNER, 2011b, p. 7).

Imbrica-se o direito e a economia como uma realidade do avanço de teorias do direito, com o condão de ser um caminho sem volta dos movimentos jurídicos. Posner (2011b, p. 36-37), creditando à influência de Bentham à AED, afirma que: “Devemos, porém, considerar a possibilidade de a teoria utilitarista de Bentham ter influenciado a Análise Econômica do Direito independentemente de quaisquer métodos que ele possa ter criado para aplicar o utilitarismo ao direito.”.

Jeremy Bentham é considerado um dos pais do utilitarismo e planta a semente de visão da economia de comportamento não mercadológico, de maneira a aperfeiçoar a verificação entre custos e lucros numa ótica das ações humanas e normas jurídicas:

O que diferencia Bentham dos outros é a tenacidade e até mesmo o arrebatamento com que insiste na universalidade dos cálculos de utilidade nas decisões humanas.
[...]
Logo, o que Bentham afirma é que todas as pessoas, o tempo todo e em todas as suas atividades, baseiam suas ações (além de suas palavras e pensamentos) em análises de custo e benefícios. Bentham passou boa parte de sua vida reiterando essa afirmação, aperfeiçoando-a e ilustrando-a com exemplos.
Essa afirmação está na base da economia do comportamento não mercadológico, da qual a análise econômica do direito é, em grande medida, uma aplicação – porque o direito é fundamentalmente uma instituição não mercadológica e uma instituição que regulamenta tanto o comportamento mercadológico quanto o não mercadológico [...] (POSNER, 2011b, p.37-38).

Assim, Richard A. Posner reconhece a contribuição de Bentham para a construção da mudança de percepção do direito baseado na economia, principalmente a não mercadológica, relacionada a valores humanos que não são passíveis de monetarização, não podendo auferir valor econômico para ser objeto de trocas.

Obviamente, Jeremy Bentham inspirou a Análise Econômica do Direito que existe hoje, mas o que de fato se tem como a recente forma desta teoria nasceu entre 1958 e 1973, com as respectivas publicações, *Journal of Law and Economics* e o livro de Posner *Economic Analysis*

of Law (DIAS, 2015). E, no caso específico da AED de Posner, desde seus primeiros escritos, houvera uma mudança significativa de conceitos, depois de diversas críticas sofridas acerca do seu movimento teórico. Todavia, após consolidações, atualmente já encampada como teoria jurídica, tem-se uma AED de Posner diferente, sua chamada virada pragmática.

A AED surgiu e se fundamentou com a junção da economia e do direito, no intuito de trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, buscando explicar e prever o comportamento dos seres humanos, visto que eles são racionais e tendem a perseguir seus objetivos e anseios e que os recursos são escassos. Assim, segundo Dias, o estudo da AED: “[...] procura propor interdisciplinaridade evidente na utilização dos recursos teóricos da economia no pensamento jurídico” (DIAS, 2015, p. 279).

A concepção desta teoria de aproximação do direito à economia promove uma nova visão de como devem ser as decisões judiciais, pois entende que o enfrentamento das demandas jurídicas devem sempre recair numa análise econômica, promovendo o emprego de novos parâmetros para o direito. Trata-se de aplicar o:

[...] instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento (GICO JR., 2019, p. 6).

A previsibilidade das decisões judiciais como forma de verificação das consequências por ela obtidas é uma preocupação constante da Análise Econômica do Direito por acreditar ser necessário um novo paradigma na busca da justiciabilidade intimamente ligada à eficiência das decisões judiciais. A AED, portanto, em sua versão mais atual e difundida: “busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre o regramento jurídico, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas legais impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes” (DIAS, 2015, p. 20).

A Análise Econômica do Direito, então, dedica-se, na forma de como se deve interpretar o regramento jurídico utilizando a economia para resultados mais eficientes, escolhendo dentre as possibilidades interpretativas. Dias (2015, p. 283) afirma que: “o direito, a partir do momento em que busca na ciência econômica ferramentas úteis à realidade social, transcende ao universo jurídico para a resolução de problema cotidianos, buscando, indubitavelmente os melhores resultados para a sociedade”. Assim, o objetivo central da AED distancia-se da antiga visão positivista de afastamento de outros ramos teóricos para fundamentar as decisões jurídicas e

objetiva extrair da economia as características que auxiliem o direito na incessante procura dos melhores efeitos para os jurisdicionados.

Quando a AED surgiu houveram muitas críticas relacionadas com a impossibilidade de aplicação de alguns conceitos da economia para uma teoria do direito, sendo considerada como um movimento teórico. Porém, após os estudos de Richard A. Posner, a partir dos anos 1980, mudou-se alguns conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito (DIAS, 2018).

Richard A. Posner é um juiz aposentado do Tribunal de Apelação para a 7ª Região dos Estados Unidos da América e professor da Universidade de Chicago, sendo um dos grandes teóricos da AED. Quando Posner (2011b, introdução, p. IX) discorre acerca do surgimento, da influência e das causas da sua AED, dispõe sobre a grande essencialidade da teoria do direito para os dias atuais:

Do modo como a entendo aqui, a “teoria do direito” exclui tanto a filosofia do direito (a filosofia jurídica ou jusfilosofia) – que se ocupa da análise de abstrações de alto nível relacionadas com o direito, como o positivismo jurídico, o direito natural, a hermenêutica jurídica, o formalismo jurídico e o realismo jurídico – quanto à análise da doutrina jurídica ou de seu sinônimo, o raciocínio jurídico, que é o componente analítico central do julgamento de causas e da prática do direito. A teoria do direito diz respeito aos problemas práticos do direito, mas os aborda de uma perspectiva externa, usando ferramentas de outras disciplinas. Não leva em conta a perspectiva interna do profissional do direito, que se presta inclusive à solução dos problemas práticos do direito.

Assim, Posner (2011b) está defendendo a abordagem externa da teoria do direito com a utilização de outras variantes que não as jurídicas, dando assim aporte à sua teoria da Análise Econômica do Direito, pois o direito não pode mais estar preso às amarras anteriores de suas próprias lógicas teóricas adstritas à sua visão interna, sem procurar nas outras ciências subsídios para a solução de suas problemáticas. A sociedade atual é muito complexa, com várias lutas díspares, várias formas de gerar conflitos e, portanto, várias novas tentativas de solução.

Logo, mostra-se bastante coerente e uma necessidade hodierna o avanço da teoria do direito no sentido de se adequar a essas novas lógicas comportamentais da sociedade atual, na perspectiva de que o agente econômico é racional, buscando externamente bases de sustentação para a melhor solução de conflitos. Acreditando nessa necessária troca de visão da teoria do direito, Posner (2011b, introdução, p. XXVII) afirma que:

Precisamos da ajuda da teoria do direito, sobretudo, para responder a questões fundamentais sobre o sistema jurídico, pois o conhecimento *sobre* o sistema, em contraposição à habilidade de manobrar *no interior* do sistema, é precisamente o que as técnicas analíticas convencionais do jurista ou do professor de direito não oferecem.

Essa nova teoria do direito é a que incorpora interdisciplinaridades, buscando a melhor solução de conflitos, onde estão sustentados os tentáculos da Análise Econômica do Direito com uma visão externa de inserir nas questões jurídicas teses e teorias da Economia, tornando, assim, a AED uma realidade no mundo jurídico, trazendo a economia para o ambiente do direito, de forma a focalizar na eficiência das decisões judiciais, numa lógica econômica não mercadológica.

Há muita mística em relação à economia como algo frio e calculista e que não prioriza o indivíduo em sua subjetividade, tendo uma visão reducionista da abrangência das ciências econômicas e seu alcance nas relações humanas comportamentais. Assim: “as pessoas sem conhecimento de economia tendem a associar economia a dinheiro, capitalismo e egoísmo, a uma concepção reducionista e irrealista das motivações e do comportamento do homem.”. (POSNER, 2011b, p. 09). Porém, esquecendo-se que a concepção moderna de economia mudou seu escopo: “[...] pois, o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão” (GICO JR., 2014, p. 13).

A interligação entre os ramos do direito e da economia entrelaça um novo significado ao próprio objetivo do direito, colocando amarras conceituais de justiça, fazendo uma sobreposição com eficiência:

Contra a ideia de que a lei só pode ser entendida com o uso de conceitos doutrinários legais tradicionais baseados na justiça e na legislação, a economia reconhece que essa compreensão pode ser aumentada (suplantada) por conceitos econômicos, incluindo os critérios de eficiência econômica. Como tal, a Economia em Direito e Economia é um conjunto de literatura composta principalmente por conceitos de microeconomia neoclássica e economia do bem-estar (MERCURO E MEDEMA, 1999, p. 13. Tradução livre)¹².

Começa-se a seguir por rumos diferentes daqueles anteriores dispostos, usando critérios diferentes para buscar a solução de conflitos, que é a máxima do direito, como regramento para o controle social de litígios. Notadamente, a economia se mostra como um dos mais importantes sistemas, por conta de reger as ligações e trocas de mercadoria mundialmente, onde há uma constante volatilidade, com grandes variações na cultura e na forma de viver.

Para Gico Jr (2014, p. XX), a concepção moderna de economia: “[...] é um método para entender o comportamento humano que temos objetivos, desejos e que nossos recursos são escassos”. Assim, há uma interligação entre direito e a economia na sociedade contemporânea

¹² *Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics.*

de forma espontânea, sendo um para o outro imprescindível, pois, quando há harmonização entre esses dois sistemas sociais, é possível amenizar as demandas e os conflitos da atualidade.

A abordagem da AED busca demonstrar como esses dois sistemas são importantes para a sobrevivência da coletividade, por isso, adotar-se-á a perspectiva de que a Economia ganha espaço dentro do Direito, que se torna mais sensível a um contexto econômico, pois, pode-se dizer que há uma relação estrutural entre o Direito e Economia, pois, notadamente se inter-relacionam as estruturas econômicas e jurídicas com a destinação elementar aos fins sociais, na perspectiva de equilíbrio da sociedade. Estudar a forma de como as normas legais influenciam o comportamento dos agentes econômicos está em voga na academia jurídica.

Assim, a partir do entendimento de que a Análise Econômica do Direito está diretamente relacionada à ligação do direito e economia, há várias concepções sobre sua conceituação, visando abarcar suas variadas características. Timm (2018, p. 115) afirma que análise econômica do direito:

Trata-se de utilizar ferramentas da Ciência Econômica para a compreensão de institutos jurídicos e também para a busca da solução de problemas legais e regulatórios. Os seus modelos trabalham fundamentalmente com a teoria da ação econômica baseada na escassez de recursos e na necessidade de sua alocação eficiente numa determinada sociedade e na concepção das regras jurídicas como mecanismo de 'preço', criando incentivos (negativos ou positivos) aos indivíduos e empresas integrantes de uma sociedade para se comportarem de uma determinada maneira.

Desse modo, a AED está diretamente relacionada com a percepção da escassez de recursos e a necessária alocação dos mesmos de forma eficiente. Portanto, o uso da economia se torna bastante eficaz para o direito, visto conter a expertise metodológica a respeito da escassez e da alocação de recursos, sejam eles frutos de valor de monetarização ou não.

Para Benacchio (2012), a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é uma forma de compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da eficiência econômica.

O ideal da procura de patamares econômicos para o universo do direito é uma constante nas concepções a respeito da Análise Econômica do Direito, como também da dinâmica dos efeitos das decisões judiciais, através da relação entre a escassez de recursos e a necessidade de alocação eficiente dos mesmos na sociedade:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências (GICO JR., 2019, p. 01).

A consequência da decisão judicial é uma preocupação constante para a AED, pois ela entende que o direito não pode se preocupar apenas com teorizações para fundamentar suas decisões sem analisar os efeitos das mesmas para a sociedade, visto que uma decisão judicial não tem efeitos apenas para as partes, mas para todo o sistema jurídico e, por conseguinte, para toda a sociedade.

Dias (2018, p. 158) afirma que:

A Análise Econômica do Direito apresenta-se, então, como um complexo de estudos cuja interdisciplinaridade manifesta-se pela busca em aplicar as ferramentas teóricas da Economia ao pensamento jurídico.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito, em sua versão mais atual e difundida, busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre as normas jurídicas, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas impõem e a busca por soluções jurídicas racionalmente eficientes.

A análise econômica parte da premissa que os destinatários das normas jurídicas são sujeitos racionais, nos moldes do agente econômico, que, ao se depararem com um obstáculo à sua vontade, decidem agir calculando os incentivos positivos ou negativos que sua escolha envolve.

Nessa concepção de Análise Econômica do Direito por Dias parte-se da premissa do ser racional, de que o objeto da AED é a norma jurídica e de que a mesma preocupa-se com soluções eficientes, corroborando, assim, com os pressupostos essenciais da atual teoria de Posner.

Bruno Salama (2010, p. 03) propõe conceituar AED “como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”, trazendo conceitos da matéria econômica para o âmbito jurídico, das regras sociais, perpassando pela importância nas políticas públicas.

Como toda investigação teórica e, obviamente não seria diferente com a Análise Econômica do Direito, persegue-se a questão do ser e do dever ser, sendo o ser o caráter positivo e o dever ser o normativo; assim fala-se da AED positiva e da AED normativa. Utilizando da nomenclatura Direito e Economia, Bruno Salama (2013) dispõe:

É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização de riqueza e maximização de bem-estar (SALAMA, 2013, p. 4).

Assim, a AED Positiva está preocupada com os fatos, o que eles são, de forma objetiva e descritiva, buscando um aparato científico daquilo que é verdade ou não e, “nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos” (GICO JR., 2019, p. 17).

Já a AED Normativa preocupa-se com os valores, de forma subjetiva e prescritiva, comparada à arte e identifica aquilo que é bom ou ruim, assim, “nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JR., 2019, p. 17-18).

Deste modo, verifica-se que na análise dos dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará no que diz respeito às judicializações de políticas públicas de dispensação de medicamentos, no triênio de 2016 a 2018, utiliza-se tanto a AED Normativa quanto a Positiva, sendo a primeira essencial para a resposta da questão-problema deste trabalho acadêmico.

A Análise Econômica do Direito é uma teoria do direito que busca nas ciências econômicas o aparato instrumental para aplicação nas decisões judiciais, visando a melhor eficiência destas para a sociedade, preocupando-se com as reais consequências de tais decisões, a partir de uma análise de prognose e diagnose; filiando-se, assim, à nova concepção de AED por Richard A. Posner, após sua virada pragmática, que traz novas compreensões de conceitos atinentes às características fundamentais da mesma. Afinal, “A Análise Econômica do Direito, na sua versão contemporânea, está intimamente relacionada com o pensamento de Richard Posner” (DIAS, 2018, p.167).

Atualmente, a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner é fruto de uma virada pragmática, pois o movimento até a década de 1980 estava apenas ratificando um formalismo que via na economia uma posição superior às outras disciplinas, que era contrário ao próprio movimento. Assim, os estudos da AED de Posner passaram a focar no Estado Regulatório e no Bem-Estar, sendo sua fonte motora a eficiência ou outras fontes, mas sempre utilizando a razão pragmática, que passa a ser entendida pelo mesmo como uma junção do pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo e sua Análise Econômica do Direito (ARRUDA, 2011). Portanto,

A virada pragmática, como ficou conhecida a retomada de uma perspectiva mais operativa da AED, representa uma reabertura dos estudos a respeito do tema e, sobretudo, uma contínua ampliação dos campos de aplicação, especialmente em países em constante tensão entre demandas sociais e recursos disponíveis (DIAS, 2018, p. 167).

Assim, para a melhor compreensão da novel AED de Posner e posteriormente do consequentialismo e da eficiência defendidos pela mesma, é fundamental o conhecimento acerca do pragmatismo jurídico. Afinal, Dias (2018, p. 151-152) afirma que: “Embora possam existir fontes convergentes para entender a gênese do movimento, é necessário, ao menos ter uma noção do pragmatismo filosófico (...) para entender a virada pragmática de Posner.”; pois, “A Análise Econômica do Direito é resultado de uma vertente do pensamento filosófico, que é o pragmatismo norte-americano” (DIAS, 2009, p. 17).

3.2 PRAGMATISMO JURÍDICO

No intuito de dar novas diretrizes à AED, após diversas críticas ao modelo, pois “(...) o movimento estava reproduzindo um ‘formalismo interdisciplinar’, concedendo ao direito uma disciplina externa (economia) à qual foi dado *status* de privilegiada, o que era contrário aos propósitos do movimento” (ARRUDA, 2011, p.19), Posner direcionou seus estudos às problemáticas do bem-estar social, que foi a sua chamada virada pragmática, após os anos 1980, onde o mesmo voltou-se para o pragmatismo jurídico, traçando novas percepções, abrangendo as demandas de sua teoria de AED.

Para poder efetivar a Análise Econômica do Direito, após as diversas críticas sofridas por Posner, fora necessário recorrer ao pragmatismo jurídico, para que, assim, houvesse eficácia na perspectiva da eficiência tanto procurada pela AED. O pragmatismo vem com o condão da busca pela melhor solução dentre as possíveis consequências da decisão judicial.

Portanto, para a melhor compreensão da atual Análise Econômica do Direito é necessário o entendimento do modelo de pragmatismo da mesma. Posner (2010) ensina que o pragmatismo jurídico surgiu na ciência do Direito de forma invariável com a ascensão do realismo jurídico, que a partir do século XX relacionou o Direito com a eficácia normativa e com a probabilidade associada às decisões judiciais, considerando que o Direito não é formado por enunciados dotados de conteúdo ideal a respeito do que é obrigatório ou proibido, mas pelas regras efetivamente observadas e aplicadas no contexto social.

Posner (2010) aponta que esse pragmatismo “novo” não possui nenhuma característica que o distinga dos conceitos de pragmatismo consagrados nas construções teóricas sobre o realismo jurídico. Neste diapasão, o Pragmatismo Jurídico defendido por Posner (2010) é uma combinação de pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo e análise econômica do direito, de tal forma que se percebe nuance desses movimentos filosóficos em sua teoria,

assim seu Pragmatismo Jurídico é caracterizado por três aspectos fundamentais, quais sejam: contextualismo, consequencialismo e anti-fundacionalismo.

O contextualismo se caracteriza pela necessidade das decisões judiciais compreenderem o contexto social que as circundam; o consequencialismo é relacionado à importância da verificação das consequências das decisões judiciais na sociedade; e, o anti-fundacionalismo é a descrença numa verdade absoluta e estática, com abstrações e perpetuidade de princípios.

Posner (2010), em sua visão extremamente particular, afirma que existem dois pragmatismos, o filosófico e o cotidiano e, apesar dos dois estarem intimamente relacionados, ele acredita no pragmatismo cotidiano, pois:

O ‘pragmatismo’ cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério do que funciona [...], julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e prosperidade da pessoa (POSNER, 2010, p. 38-39).

Apesar de Posner fazer colocações a respeito dos americanos, nessa sua nova fase doutrinária sua Teoria passa a ter fundamentações aplicáveis nos diversos modelos jurisdicionais, seja o *Common Law* ou *Civil Law*, pois a AED do mesmo passa a ter uma abrangência maior de aplicabilidade em sistemas democráticos, visto que tem suas fundamentações condizentes com todas as áreas do direito. Assim, a AED de Posner adota “[...] uma visão própria de pragmatismo e razão prática, que constituirá o pragmatismo cotidiano [...]” (ARRUDA, 2011, p. 8); e, é justamente essa inclinação do pragmatismo que o torna diferenciado, pois é “por meio do qual as pessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação” (ARRUDA, 2011, p. 20).

Portanto, o pragmatismo cotidiano de Posner, ligado à sua atual concepção de Análise Econômica do Direito, a qual é utilizada nesse estudo acadêmico, é aquele que tem uma concepção contrária a teorias de caráter meramente filosóficas e, assim, por vezes, utópicas e moralistas ao extremo, sendo assim, entende que o direito deve ser analisado a partir da criação do mesmo nas decisões judiciais, na análise das consequências destas, objetivando uma eficiência para a sociedade.

Segundo Posner (2009, p. 4), o pragmatismo pode ser definido como uma abordagem prática e instrumental e não essencialista: “interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não

por aquilo que ‘realmente’ é”. Nesse sentido, acredita que o pragmatismo “olha para frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro” (POSNER, 2009, p. 4). Assim, entende-se que:

O pragmatismo não é meramente uma Teoria do Direito, mas sim uma teoria sobre como usar a teoria. Ou melhor, o Pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial. Pensar o Direito sob a ótica pragmatista, implica compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o Direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes (LEITE, 2017, p. 51).

Tornando, assim, as decisões judiciais o centro das atenções desta Teoria do Direito e preocupando-se com as diretrizes utilizadas para a consecução das mesmas, para o direcionamento de acordo com as consequências na sociedade. Para Posner (2010, p. 42):

O importante é que os juízes e os outros tomadores de decisão pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos.

Posner (2010) está ciente de que os juízes que decidem casos difíceis lidam com decisões controversas de princípios morais, porém estes não devem direcionar os seus julgamentos, mas sim as consequências da decisão. Afinal, ele afirma que é bastante comum a crítica relacionada à falta de moralidade de seu pragmatismo, porém ele mesmo afirma que ele não tem limites morais, sendo isso algo bom e não ruim como alguns pressupõem, pois é apenas um sonho usar teorias morais para fundamentar se as decisões judiciais são boas. Nesse sentido, Dias (2015, p. 269), afirma que:

[...] a utilização do pragmatismo jurídico como judicial standard é uma via alternativa as teorias positivas, jusnaturalistas e integridade na hermenêutica do direito e formulação de políticas públicas, por exemplo, em que o judiciário ao analisar os aspectos descritivos da AED, detém ferramentas econômicas e científicas para a escolha da decisão que contribuirá para melhorar os resultados.

Sobre essa questão é possível encontrar no livro Posner (2008, p. 40) intitulado “*How judges Think*”, como os juízes se valem do pragmatismo para as tomadas de decisões judiciais:

‘Pragmatismo’, no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, vai exigir definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente observar que o trabalho refere-se a basear julgamentos (legais ou não) sobre as consequências, em vez de dedução a partir de premissas na forma de um silogismo. (...) No Direito, o pragmatismo refere-se que basear uma decisão judicial sobre os efeitos da decisão é mais susceptível do que sobre a linguagem de um fato ou de um caso ou, mais genericamente, sobre uma norma preexistente (Tradução livre)¹³.

¹³ “Pragmatism”, in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now, it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. (...) In law, pragmatism

O pragmatismo de Posner é mais amplo que sua abordagem econômica normativa, pois, Posner (2008, p. 85) sustenta que “[...] para o juiz, julgar é estar consciente de liberdades e constrangimentos: liberdade, porque fazer um julgamento é fazer uma escolha; constrangimento, porque o julgamento é uma questão de deliberação de alternativas a serem sopesadas.”.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o Pragmatismo Jurídico se vale enquanto técnica de decisão. E, nessa perspectiva, Posner (1999, p. 12), no prefácio da obra “*The problematics of moral and legal theory*” afirma que:

[...] os juízes adquirem uma melhor base de conhecimento, as limitações da teoria moral e constitucional trazem um argumento convincente para a restrição judicial, embora ou aceitem que seria renunciar ao sonho de muitos teóricos constitucionais de que a Constituição, mas na realidade do igualitarismo radical, católica natural lei, economia Laissez-faire, ou populismo reacionário, dependendo do teórico (Tradução livre)¹⁴.

Portanto, é importante o pragmatismo jurídico nas decisões judiciais, pois, busca oferecer uma interpretação de que as decisões judiciais devem estar afastadas de interesses políticos e concepções morais e religiosas. Ressalte-se que pensar o direito de forma pragmática implica inclusive em desconsiderar a ideia de interpretação judicial. O juiz pragmático não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas:

O pragmatismo é uma corrente teórica e filosófica estruturada a partir dos desdobramentos práticos, restringindo os fenômenos mentais à avaliação da sua utilidade e necessidade, isto é, as consequências práticas ou melhores resultados à coletividade (...).

Em linhas gerais, o pragmatismo jurídico (ou adjudicativo), malgrado outros aspectos relevantes que serão abordados, sustenta que os Tribunais devem se ater ou definir regras de cunho procedimental com fins de solucionar os litígios nas áreas jurídicas com a maior eficiência. Esse é o legado trazido da Análise Econômica do Direito e posta em prática por Posner (DIAS, 2015, p.284).

Tem-se nesse apontamento a clareza da necessária vertente consequencialista do pragmatismo jurídico, como forma de analisar as decisões judiciais, de forma prática, para a busca da eficiência, através de procedimentos mais eficazes do Judiciário.

refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule.

¹⁴ [...] judges acquire a better knowledge base the limitations of moral and consti theory rovide a compelling argument for judicial sef-restrain, although or accept it would be to renounce the dream of many constitutional theorist that the Constitution but in the reality of radical egalitarianism, Catholic natural law, Laissez-faire economics, or reactionary populism, depending on the theorist.

Para o pragmatismo, o Judiciário deve analisar suas decisões não apenas nas partes que compõem o processo, mas como suas decisões atingirão a sociedade. Assim, é uma corrente focada na decisão do Juiz, no que eles pensam e nas consequências dos seus atos, um ativismo que deva ser regrado por procedimentos que busquem a eficiência:

O 'pragmatismo', no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, exigirá uma definição cuidadosa. Mas, por enquanto, basta notar que o trabalho refere-se a julgamentos basais (legais ou não) sobre as consequências, e não na dedução das premissas à maneira de um silogismo. O pragmatismo tem semelhança familiar com o utilitarismo e, em uma sociedade comercial como a nossa, com a economia do bem-estar, mas sem um compromisso com as formas específicas em que essas filosofias. Na lei, o pragmatismo refere-se a basear uma decisão judicial sobre os efeitos da decisão é susceptível de ter, em vez de na linguagem de uma estátua ou de um caso, ou, mais geralmente, em uma regra preexistente (POSNER, 2008, p. 40)¹⁵.

É a preocupação dos Juízes, ao decidirem, com os efeitos de suas decisões, não as tomando por livres convicções e sem analisar o contexto social, a que elas se prestam. Como Posner (2010) afirma, é primordial a insistência em distinguir o pragmatismo do consequencialismo, como também as consequências para os casos específicos e as consequências sistêmicas.

Ademais, o pragmatismo jurídico de Posner considera que a eficiência não seria critério único e suficiente para os problemas postos no direito. A maximização da riqueza teria que ser encarada sob o ponto de vista mais amplo, em que o Direito é um instrumento para a realização de fins sociais, numa visão de suas consequências.

Para a Análise Econômica do Direito é crucial a comprovação empírica das consequências de certos atos. Por isso, tornam-se essenciais os dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, para verificação das consequências dessas judicializações de políticas públicas de saúde nos gastos do Estado. Deve haver uma validação empírica daquilo que se pretende provar por meio da Análise Econômica do Direito, pois se não se estaria sendo fiel às propostas persecutórias da AED e, talvez, far-se-ia uma análise deontológica, como outrora.

¹⁵ 'Pragmatism', in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. Pragmatism bears family resemblance to utilitarianism and, in a commercial society like ours, to welfare economics, but without a commitment to the specific ways in which those philosophies evaluate consequences. In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statue or of a case, or more generally on a preexisting rule.

Dessa forma, se torna essencial o entendimento acerca do consequencialismo, um dos fundamentos da AED de Posner e de seu pragmatismo cotidiano, para que se possa, após, perseguir o estudo da eficácia numa decisão judicial.

3.3 CONSEQUENCIALISMO

A análise das consequências da decisão judicial é primordial para o pragmatismo cotidiano de Posner, pois é de acordo com o conhecimento das consequências possíveis que o juiz pode decidir visando uma decisão judicial eficiente. Posner (2010) aponta que na AED tem-se o consequencialismo como uma das correntes interpretativas capaz de evitar os extremos do positivismo jurídico e da corrente da livre interpretação.

A visão antitéorica, antifundacionalista e na crença da incapacidade da filosofia moral auxiliar o direito faz com que a Análise Econômica do Direito de Posner pugne pela importância das consequências fáticas das decisões judiciais. Assim, “[...] a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo” (ARRUDA, 2011, p. 38). Afinal, não existem respostas certas para os casos difíceis, mas sim a melhor análise das consequências possíveis.

O consequencialismo, segundo Arruda (2011, p. 62), “[...] por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja experimentada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis”. Logo, sendo um dos três aspectos fundamentais¹⁶ de qualquer pragmatismo jurídico, seja ele filosófico, neopragmatismo ou cotidiano, o consequencialismo propõe que toda e qualquer decisão judicial leve em consideração as possíveis consequências da mesma para a sociedade, visto que ela não tem efeito tão-somente para as partes, mas também para todo o ordenamento jurídico e para a sociedade.

A Análise Econômica do Direito tem como premissa a busca em compreender os fenômenos sociais, ou seja, busca auxiliar de forma mais segura na tomada de decisões jurídicas. Por isso, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito busca realizar o exame da adequação de determinada norma jurídica, com base nas consequências, ou os impactos que a aplicação da mesma poderá ter na sociedade (BARBOSA, 2017).

Para Posner (2010), os magistrados e outros tomadores de decisões devem pensar sempre em termos de consequências, sem levar a sério a retórica do formalismo legal. Assim, o formalismo significa a negação do componente político-ideológico e de políticas do direito.

¹⁶ Como já dito anteriormente, as três características fundamentais que pragmatismo jurídico são: contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo.

Ele, o formalismo, retrata o direito como um sistema de normas e decisões judiciais como resultados de dedução, com a norma aplicável fornecendo a premissa maior do silogismo e os fatos do caso específico sua premissa maior (POSNER, 2010). Ainda na análise de Posner (2010), o autor considera que o direito continua sendo formalista quando pensa que os resultados são determinados por princípios imanentes de dentro da lei, bem como por normas, apesar de os procedimentos intelectuais usados para conectar os princípios e casos sejam complexos e menos definidos do que o silogismo.

Dias (2018, p.167) observa que:

Posner propõe atualmente uma busca por soluções que levem em consideração as consequências das decisões judiciais, apelando, também, para uma interdisciplinaridade mais ampla, de modo a dotar o Judiciário das ferramentas decisórias mais adequadas aos casos complexos que se multiplicam em nossos dias.

Infere-se o entendimento de que consequencialismo trata-se da consideração dos efeitos em médio/longo prazo que a decisão pode provocar. O consequencialismo, portanto, não é uma maneira de decidir que pretende a superação da interpretação direta da lei, no que se costuma chamar de “método dedutivo”. Mas, sim, uma adoção de critério diferente para a tomada de decisão.

Todavia, em nenhum momento o pragmatismo jurídico de Posner e sua Análise Econômica do Direito dão critérios para escolha da melhor consequência, visto que deve ser levado em consideração tanto as consequências sistêmicas quanto as específicas do caso concreto.

E, nessa análise consequencialista de verificação dos efeitos das decisões judiciais, tem-se a importância da eficiência das mesmas para a sociedade. Desse modo, faz-se salutar a compreensão da eficiência para a Teoria da Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner.

3.4 EFICIÊNCIA

Sendo um dos critérios que mais passou por definições voláteis na Teoria de Richard A. Posner e devido à sua importância numa análise consequencialista desta pesquisa acadêmica, é salutar que a eficiência seja estudada. Afinal, é um critério utilizado para a análise dos dados obtidos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará acerca da judicialização de políticas públicas de dispensação de medicamentos, no triênio de 2016 a 2018.

No decorrer de sua obra acerca da Análise Econômica do Direito, Posner muda sua concepção de eficiência, a partir das críticas que ele recebe como também de seus constantes aprofundamentos no tema, sendo sua atual definição bastante ampla e menos fundacional à sua teoria. Assim, “O termo ‘eficiência’ possui diversas acepções. Para os fins da discussão das supostas bases Kantianas da teoria da maximização de riqueza de Posner, interessam-nos duas acepções: a eficiência Parentiana e a eficiência de Kaldor-Hicks” (SALAMA, 2012, p. 16). Porém, é importante citar a eficiência dos custos e benefícios, muito ligada a ideia de quantitativo monetário, que embasou o início do entendimento de Posner acerca da eficiência; como também é salutar a abrangência do tema de sua maximização da riqueza, com as diferentes nuances que sua conceituação perpassa na teoria de AED de Posner.

Preliminarmente, é importante salientar que Posner, por diversas vezes, utiliza como sinônimas eficiência e maximização da riqueza. Apesar de existirem diversos tipos de critérios de eficiência na teoria econômica, ele faz a opção da acepção ligada à teoria utilitarista de Bentham e seu “princípio da maior felicidade” (*greatest happiness principle*).

Há vários tipos de conceituações a respeito da eficiência, na tentativa de coaduná-las com a teoria a que se defende, seja do direito seja da economia. Tem-se o critério da eficiência dos custos e benefícios, da Teoria de Pareto, de Kaldor-Hicks e da maximização da riqueza, que é a utilizada por Posner, porém com acepções diferentes no decorrer da sua teoria, que será analisado, na sequência.

As análises de custos e benefícios são os padrões mais vistos na economia, mas de difícil transposição para a área do direito, pois correlacionam meios e fins, baseado na produção de bens e seus quantitativos, fazendo, assim, com que “O problema, a respeito da concepção de eficiência, é que ela não pode ser calcada apenas em termos econômicos de custo e benefício, por ser um dado apenas objetivo” (LEITE, 2017, p. 30). Exemplificando, haverá eficiência quando se puder ter o mesmo quantitativo de algum bem com os menores custos para sua obtenção, logo tal critério é intrínseco a questão de produção de bens e não de alocação ou realocação.

“Embora esse tipo de abordagem não ofereça uma fácil transposição para o campo social, resta evidente que sua concentração no aspecto quantitativo de uma relação entre dois parâmetros manifesta claramente uma concepção utilitarista” (DIAS, 2016, p. 80). Assim, a mera projeção de custos e benefícios foca na questão quantitativa, o que não coaduna com uma análise jurídica de uma decisão judicial para situá-la num patamar de eficiência ou ineficiência.

Em relação às políticas públicas no campo da teoria econômica, vários estudos tomam como base critérios de eficiência extraídos do modelo de Pareto, de Vilfredo Pareto (1843-

1923), a qual afirma-se que “a alocação dos recursos é superior quando, pelo menos, uma pessoa se vê beneficiada e nenhuma prejudicada” (LEITE, 2017, p. 32). Assim, o “Ótimo de Pareto”, ou seja, a condição perfeita de eficiência, segundo essa visão, seria “quando não são possíveis novos ajustes distributivos em benefício de alguém sem prejuízo de outra pessoa” (LEITE, 2017, p. 32).

Salama (2012, p.17) dispõe:

[...] Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima (isto é, eficiente) no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto. Da perspectiva Paretiana, portanto, uma situação será eficiente se, e somente, se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos outro indivíduo piore a sua.

Portanto, a eficiência de Pareto exige que ninguém seja prejudicado ou piore sua situação devido a uma alocação de recursos, sendo esta uma condição *sine qua non* da eficiência Paretiana. Assim, a noção de eficiência para o economista que segue o critério de Pareto é quando a distribuição de recursos só seria eficiente caso não fosse possível estabelecer qualquer câmbio em dita distribuição que piorasse o estado de qualquer pessoa em prol de outra, logo, só desta forma poderia haver uma distribuição eficiente de recursos sob a ótica economicista de Pareto.

Portanto, pode-se dizer que eficiência de Pareto está relacionada diretamente com a condição de que nenhuma pessoa fique numa situação pior, o que se torna inviável a utilização dessa visão de eficiência para a Análise Econômica do Direito quando se trata de políticas públicas:

Logo, se não é possível melhorar a situação de uma das pessoas, sem piorar a das demais, tem-se a eficiência de Pareto. Aqui, a eficiência é vista de uma forma alocativa e tem como base a estratégia de equilíbrio entre as partes envolvidas. Trata-se também aqui da visão econômica da eficiência. No entanto, do ponto de vista das políticas que uma sociedade pode colocar em funcionamento, muitas vezes esses critérios podem se tornar insuficientes. Isso porque o padrão de raciocínio de trocas ou mesmo de produção aplicável aos mercados não reflete exatamente o que se pode considerar eficiente do ponto de vista de uma reflexão mais ampla (DIAS, 2016, p. 81).

Afinal, aplicar esse tipo de eficiência alocativa numa lógica de escassez de recursos na prestação de serviços públicos aos cidadãos com a obrigatoriedade de que não haja prejuízo para ninguém é inaplicável na conjectura atual, logo “a ética de Pareto (baseada em melhorias em que não há “perdedores”) é inaplicável à quase totalidade das questões envolvidas na

política pública e no Direito, porque o consenso é geralmente inatingível” (SALAMA, 2012, p. 18).

A eficiência de Pareto, desse modo, não serve à maximização da riqueza de Posner, em nenhuma de suas fases, pois “Pareto oferece uma solução apenas aparente – não uma solução real – para o problema da mensuração da utilidade” (SALAMA, 2012, p. 18).

No intuito de ultrapassar as dificuldades do modelo de Pareto, tem-se a eficiência do modelo Kaldor-Hicks, que é formulado por Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Richard Hicks (1904-1989), na qual:

[...] a eficiência alocativa de recursos se dá quando preenche cumulativamente as seguintes características:

- a) Os mais favorecidos sejam capazes de compensar os menos favorecidos e ainda resguardar para si algum benefício da mudança (critério de Kaldor); e
- b) Os menos favorecidos não possam oferecer aos mais favorecidos oferta que lhes demova o interesse ou lhes torne indiferente à mudança (critério de Hicks) (LEITE, 2017, p. 36).

Assim, o ponto central deste modelo de eficiência é a compensação dos mais favorecidos pelos menos favorecidos. Todavia, importante destacar que essa compensação não necessita ser fática, porém precisa ser possível. Portanto, “[...] a possibilidade teórica de compensação dos perdedores pelos vencedores em razão do prejuízo sofrido é da essência do conceito” (LEITE, 2017, p. 36).

Salama (2012) afirma que o critério de Kaldor-Hicks permite extirpar a problemática da eficiência do problema da distribuição, fazendo a analogia de que o problema do tamanho da pizza não teria correlação com a distribuição de suas fatias, o que se verifica impossível essa separação do ponto de vista de políticas públicas, pois seria confiar num Governo que só agiria com bases éticas.

Por fim, chega-se a eficiência utilizada na AED de Posner e que é utilizada nesse trabalho, a da maximização da riqueza, que na teoria de Posner sofre diversas mudanças de conceituação e importância, pois, em sua primeira fase da AED, a maximização da riqueza (ou eficiência, pois ele usa esses termos como sinônimos) é tida como algo monetário e fundacional ao direito e, atualmente, após diversas críticas e mudanças de acepções, é vista para Posner como mais um de diversos critérios interdisciplinares para a escolha da melhor consequência de uma decisão judicial.

Assim, é necessário entender que o aspecto econômico da *Law and Economics* está na ênfase em incentivar a previsão do comportamento, trabalhando com a racionalidade nas escolhas, para, então, compreender sua maximização da riqueza.

Nesse sentido, Posner (2009) considera que a eficiência não seria critério único e suficiente para os problemas postos no direito. A maximização da riqueza teria que ser encarada sob o ponto de vista mais amplo, em que o Direito é um instrumento para a realização de fins sociais; assim, quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, o mais sensato seria seguir a regra ou o contrato, com vistas a proteger as expectativas e preservar a linguagem ordinária como meio efetivo da comunicação legal, ou seja, o juiz pragmático não interpreta, ele considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não.

A eficiência é um dos pilares da Análise Econômica do Direito, pois é através dela que se pode dar uma nova visão sobre as consequências do direito. Rubin (2013) esclarece acerca da questão da *Law and Economics*:

[...] também conhecido como a análise econômica da lei, difere de outras formas de análise jurídica de duas maneiras principais. Primeiro, a análise teórica centra-se na eficiência. Em termos simples, uma situação legal é dita ser eficiente se um direito for dado à parte que estaria disposta a pagar o máximo por isso. Existem duas teorias distintas de eficiência legal, e os estudiosos de direito e economia avaliam argumentos baseados em ambos. A teoria positiva da eficiência legal afirma que o direito comum (lei feita pelos juízes, o principal corpo jurídico da Inglaterra e suas antigas colônias, incluindo os Estados Unidos) é eficiente, enquanto a teoria normativa é que a lei deve ser eficiente. É importante que as duas teorias permaneçam separadas. A maioria dos economistas aceita ambos¹⁷.

Nesse sentido, vê-se que há a centralização na eficiência como meta a ser alcançada com as decisões judiciais. A Análise Econômica do Direito está centrada em três alicerces: na maximização racional da própria satisfação pessoal; as normas legais são preços; e o direito deve ser avaliado sob a perspectiva da eficiência.

A Análise Econômica do Direito, em sua essência, sempre irá buscar o resultado mais eficiente. Não obstante, como já dito anteriormente, na persecução da AED de Posner acredita-se na eficiência da maximização da riqueza social, na alocação de recursos estatais, de forma mais ampla, atualmente.

¹⁷ [...] *Law and economics*, " also known as the economic analysis of law, differs from other forms of legal analysis in two main ways. First, the theoretical analysis focuses on efficiency. In simple terms, a legal situation is said to be efficient if a right is given to the party who would be willing to pay the most for it. There are two distinct theories of legal efficiency, and law and economics scholars support arguments based on both. The positive theory of legal efficiency states that the common law (judge-made law, the main body of law in England and its former colonies, including the United States) is efficient, while the normative theory is that the law should be efficient. It is important that the two theories remain separate. Most economists accept both.

A AED serve como um instrumental teórico e empírico relevante para conferir mais consistência e racionalidade à aplicação da lei. É sabido que os recursos orçamentários não são ilimitados e a sua alocação depende de que sejam realizadas escolhas.

Para Posner (2010), em particular nos casos difíceis, os juízes são incapazes de basear suas decisões em apenas um critério. Em vez disso, baseiam-se em uma mistura de lógica, senso comum, história, precedente, sociologia, economia, conhecimento pessoal (e até mesmo preconceito) e considerações políticas.

Nesse sentido, Posner (2007, p. 179) concebe a decisão jurídica como uma reconstrução imaginativa, guiada por uma análise de parâmetros econômicos e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável. Para alcançar tal objetivo, o autor sustenta que não existe um método de raciocínio jurídico diferente daquele que cotidianamente as pessoas empregam para tomada de decisões.

Verifica-se que há premissas fundamentais para a AED: o individualismo metodológico, as escolhas racionais e a eficiência. No individualismo metodológico, toda norma coletiva é a soma das respostas individuais, portanto, a ação humana individual é o ponto de partida. A maximização das escolhas racionais, também decorre do individualismo, uma vez que, tentam racionalmente estabelecer a diferença entre benefício e custos oriundos de suas condutas. Quando o indivíduo vai escolher, analisa todas as características do negócio, observa as informações e considera os custos de transação aferindo os benefícios almejados. E, por fim, tem-se a eficiência, que, no caso da AED de Posner, vislumbra a maximização da riqueza social.

Esta busca consequencialista de eficiência está se tornando uma realidade no Brasil, pois, exemplificando, recentemente, no Brasil, foi publicada a Lei Federal nº. 13.655/2018, preconizando o regramento sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, onde se buscou a geração de uma administração mais racional ao se aplicar a norma em comento.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (BRASIL, 2018).

Como se pode ver, a lei em comento tem aplicabilidade nas decisões administrativas, controladoras e judiciais, ou seja, buscou dar visibilidade ao consequentialismo no direito brasileiro, onde é possível verificar o estabelecimento de que as decisões proferidas em âmbito administrativo, controlador ou judicial, que alterarem o posicionamento interpretativo ou derem nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, deverão prever um regime de transição, quando indispensável para concretização do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Nessa perspectiva, o entendimento das relações passa forçosamente por uma análise econômica de sua estrutura, da atuação das empresas e da regulação do Estado. Não é possível entender estas relações contextuais somente com a utilização de um instrumental jurídico. Importante também acrescentar que com a observância da eficiência em sede processual também obter-se-á a eficiência da própria economia. Não se trata apenas de reconhecer que há influência da Economia na formulação das leis, mas adotar a visão consequentialista para prever (ou pelo menos tentar) o que ocorrerá com a aplicação ou não de determinada norma.

O art. 26º da Lei federal nº 13.655/2018, prevendo regras na eficiência na aplicação do direito público, expõe:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

Logo, a edição da Lei 13.655/2018¹⁸ traz aspectos que vem absolutamente incrustados no exercício das atividades de decisão. Este estudo acredita que o intuito geral dessa lei tem dois fatores cruciais: estabelecer para quem decide, em qualquer esfera, uma perspectiva obrigatória de avaliação do consequencialismo de suas decisões; e, num segundo aspecto, tentar estabelecer segurança jurídica no processo decisório uma vez tomado, em qualquer das instâncias (BRASIL, 2018).

Assim, quando se analisa o impacto das decisões de judicialização da saúde de fornecimento de medicamentos nos gastos da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará e verifica-se que a realocação, em termos monetários, no triênio 2016-2018, foi de 16% (dezesseis por cento), acredita-se que o impacto é eficiente, pois o Judiciário teria feito a realocação do erário público para aqueles que necessitavam da política pública no momento, obedecendo ao princípio da igualdade, na máxima de Rui Barbosa, tratando os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, visto que aqueles atendidos com a demanda judicial estavam mais necessitados do Estado que os que deixaram de ser contemplados com as políticas públicas previamente planejadas pelo Executivo Estadual.

Logo, na visão de um individualismo metodológico estaria tendo eficiência das demandas de judicialização de políticas públicas de saúde no fornecimento de medicamentos no que diz respeito às demandas presentes na Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, por alocar o recurso estatal para os que mais precisam dele no momento. Pois, como afirma Posner (1973), há eficiência quando bens e outros valores estão nas mãos dos que a valorizam mais.

¹⁸ Esta Lei inclui no Decreto-Lei n. 4.657/42, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

CONCLUSÃO

Este estudo acadêmico objetivou analisar as decisões do judiciário paraense de judicialização de políticas públicas de saúde e seus impactos nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, à luz da Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner. Fez-se, ainda o recorte metodológico em relação apenas ao fornecimento de medicamentos e suas características, no triênio de 2016 a 2018.

A questão é bastante relevante na atualidade, pois a revolução tecnológica e a globalização, nos últimos anos, trouxeram uma série de transformações em todos os setores da sociedade, afetando diretamente as relações econômicas, sociais, políticas e culturais no nível da nova ordem mundial. Nota-se, também, que no Brasil, concomitantemente com o processo globalizante, houvera várias transformações que permitiram a redefinição do papel da Carta Magna de 1988 e de sua importância na interpretação jurídica.

Nesse cenário de transformações, houve um aumento significativo da relevância das normas constitucionais, sua interpretação, aplicação e eficácia, fazendo com que o ordenamento não mais se justifique por si só, mas sua legitimidade se extraia do justo, do razoável, do equânime.

Pretendeu-se fazer uma abordagem sobre a atuação do Poder Judiciário nas decisões de políticas públicas relativas ao direito fundamental à saúde e adentrar, mais especificamente, no impacto das mesmas nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, através da análise de dados obtidos acerca do assunto.

É inegável que houve um aumento da importância política do Poder Judiciário, pois este poder tomou para si a resolução de problemas polêmicos e de grande repercussão na sociedade por meio da sua interpretação constitucional. Com o advento dos Direitos Fundamentais, o próprio Poder Judiciário passou a proteger esses referidos direitos quando ofendidos.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização de políticas públicas, por conta do surgimento de novas teorias que prezam pela eficácia das normas constitucionais e pela dignidade da pessoa humana e bem-estar social dentro de um Estado Democrático e Social de Direito, é uma realidade empírica e fundamental para a sociedade.

Todavia, os recursos do Estado são finitos e as demandas protetivas devem ser efetivadas com a verificação de suas consequências e eficiência. Não se pode inchar o judiciário de decisões teóricas, principiológicas e garantistas sem a devida preocupação de que os efeitos das mesmas se darão num mundo real. Há um condão conjectural da atualidade acerca da aflição

do sistema jurídico com as consequências e eficiência das decisões jurídicas, essencialmente que versam sobre direito público.

O presente estudo se justificou pela importância na atualidade de efetivação dos direitos fundamentais de forma mais concreta, subjetiva e material, através da intervenção do Estado-Juiz, judicializando políticas públicas de saúde; todavia, com o necessário respeito às consequências de tal efetivação e sua eficiência, nas nuances da Análise Econômica do Direito.

Preliminarmente, é importante clarificar que este trabalho partiu do pressuposto de que a judicialização de políticas públicas sempre gera impacto, pois direitos tem custos e os recursos são escassos e que a norma constitucional de proteção à saúde, que embasa a judicialização de políticas públicas da mesma, é aplicável, existente, cogente. A dimensão positiva está clara quando há a definição de que o direito à saúde existe e a judicialização é uma realidade do sistema jurisdicional atual. A norma é elucidamente aplicável e o que se buscou analisar foi o alcance da mesma, a partir da escolha dos dados para definição de quantitativos.

No decorrer do presente trabalho constatou-se que o critério de eficiência na Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner foi sendo modificado em sua conceituação e importância ao longo de sua jornada acadêmica. Assim, após a sua virada pragmática, Posner retirou a eficiência do patamar de fundacional à sua teoria e optou por uma visão mais branda, ligada ao seu pragmatismo cotidiano.

Fez-se a opção pela concepção mais atual de Posner acerca da verificação da eficiência em sua Análise Econômica do Direito, a qual, hodiernamente, está intrínseca ao seu pragmatismo jurídico e a verificação das possíveis consequências das decisões judiciais. A eficiência sai do pedestal, que antes fora criado para a mesma, e passa a ser um critério a mais a ser examinado pelo Juiz no momento de decidir, não sendo mais um critério de valoração único a ser perseguido. Obviamente, Posner, em momento algum, retira o critério de eficiência da análise das consequências da decisão judicial, mas, dá a ela um *status* mais discreto.

Inicialmente, ressaltou-se a pesquisa de dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, obtiveram-se, assim, os dados referentes ao triênio 2016-2017-2018 a respeito dos gastos feitos pela mesma no fornecimento de medicamentos, em caráter geral e daqueles oriundos de demandas judiciais.

Assim, explicou-se como se dá a questão do fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, a partir das legislações vigentes, com a organização das demandas, para, depois condensar os dados e chegar numa avaliação das características das demandas judiciais e seus percentuais, visando uma melhor projeção para a análise das consequências e, em derradeiro, da eficiência.

Os dados escolhidos justificaram-se pela sua intelecção perceptiva, de forma a auxiliar na melhor e mais fácil compreensão dos mesmos e, também, pela sua fiel reprodução da concretude da problemática enfrentada neste estudo acadêmico. Sendo assim, tais dados foram de grande relevância, pois permitiram a conclusão de que, excluindo os que tinham informação insuficiente, irrelevantes ou que não continham nenhuma informação, numa média trienal, 16% (dezesseis por cento) dos gastos da SESPÁ com fornecimento de medicamentos foram oriundos de demandas judiciais, dentre estes, 53,22% (cinquenta e três, vinte e dois por cento) não obedeciam ao Padrão SUS; 70,25 (setenta, vinte e cinco por cento) foram novos processos, ou seja, aqueles que foram iniciados no ano analisado; 73,93% (setenta e três, noventa e três por cento) foram com prescrição médica advinda da rede pública de atendimento à saúde; e, quanto aos requerentes: 48,06% (quarenta e oito, seis por cento) tendo como pólo ativo o Ministério Público do Estado do Pará, 25,69% (vinte e cinco, sessenta e nove por cento) de advogados particulares, 20,40% (vinte, quarenta por cento) da Defensoria Pública do Estado do Pará, 3,64% (três, sessenta e quatro por cento) da Defensoria Pública da União e 2,29% (dois, vinte e nove por cento) do Ministério Público Federal.

Depois, apresentou-se a judicialização e suas características já vigentes na prática do judiciário brasileiro, buscando a especificidade da área da saúde, no Estado do Pará, como também se demonstrou a grande ocorrência do fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde na sociedade atual e deu-se ênfase a um tipo de preocupação recorrente, que é do respeito à tripartição dos Poderes e de suas competências, como também, adentrou nas nuances da questão específica da saúde, da STA 175 e outras diretrizes.

A escolha da STA 175 se deu, pois esta é considerada uma decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal do Brasil acerca da judicialização de políticas públicas da saúde, pois projetou parâmetros e justificativas relacionados ao tema, dando um ponto final a várias indecisões contidas nas diferentes decisões acerca do tema no âmbito nacional.

E, então, buscou-se a compreensão da teoria da Análise Econômica do Direito de forma a explicitar suas origens, premissas, mudanças de conceitos no decorrer do tempo, onde se projetou para o pragmatismo jurídico de Posner, que é chamado de Pragmatismo Cotidiano, após sua virada pragmática.

O Pragmatismo de Posner é chamado pelo próprio de pragmatismo cotidiano e se funda no contextualismo, consequencialismo e anti-fundacionalismo; sendo que o contextualismo se caracteriza pela necessidade das decisões judiciais compreenderem o contexto social que as circundam; o consequencialismo é relacionado à importância da verificação das consequências

das decisões judiciais na sociedade; e, o anti-fundacionalismo é a descrença numa verdade absoluta e estática, com abstrações e perpetuidade de princípios.

Assim, o consequencialismo passa a ser central na Análise Econômica do Direito, pois, na busca do caráter empírico que se deve dar ao direito, a decisão judicial deve sempre ser fundamentada a partir da análise anterior das consequências da mesma, para, então, ter a resposta correta para o caso concreto. Dentre esses critérios de análise das consequências, tem-se a eficiência. Assim, almejou-se demonstrar a conceituação e o percurso da eficiência no conceito de Análise Econômica do Direito de Posner, para fundamentar a opção deste trabalho pela sua percepção atual, que não é mais fundacional e principal, mas mais norteadora, juntamente com outros valores. A eficiência, para Posner, é tratada como sinônimo de maximização de riqueza social, atualmente, sendo adotada como um dos critérios da análise da decisão judicial na verificação das possíveis consequências de uma decisão judicial de realocação de recursos.

Com isso, este estudo acadêmico chegou à conclusão de que, partindo do pressuposto que os direitos tem custos e de que os recursos estatais são finitos, a política pública sempre será moldada na escolha trágica da alocação de recursos. Acredita-se que, levando em consideração à Análise Econômica do Direito, deve-se verificar empiricamente as consequências das decisões judiciais para poder decidir qual a melhor realocação de recurso no caso concreto.

Na verificação dos dados da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará, verificou-se, que, se considerarmos o triênio 2016-2017-2018, os gastos da mesma com a aquisição de medicamentos para fornecimento relacionados a decisões judiciais giram, em torno, de 16% (dezesesseis por cento) dos gastos totais da SESPA com fornecimento de medicamentos em geral, o que não se mostrou um quantitativo exorbitante.

Utilizando-se do individualismo metodológico, este trabalho entendeu que ao considerar uma decisão judicial por si só de judicialização de política pública de saúde de fornecimento de medicamentos sempre haverá uma condição de eficiência, visto que se estará alocando o erário público para o melhor destino naquele momento. Afinal, as consequências são temporais na medida em que os desejos dos seres humanos mudam, conforme a necessidade do momento.

No sentido de que é dever do Estado de prestar o direito à saúde a todos, através de políticas públicas e, na análise de eficiência, visto que a realocação dos recursos da SESPA devido decisões judiciais vai sempre remanejar o dinheiro público para aquele cidadão que está mais precisando no momento (afinal, a prestação de políticas públicas a todos os cidadãos não é para todos ao mesmo tempo, visto que nem todos os indivíduos tem risco de vida no mesmo

momento e nem o Estado teria recurso para tal situação), concluiu-se que o impacto das decisões do judiciário paraense de políticas públicas de saúde nos gastos orçamentários da Secretaria de Saúde Pública do Estado do Pará gera EFICIÊNCIA, conforme a aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard A. Posner.

REFERÊNCIAS

- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política**. PELOTAS: UFPEL, 2013. 38 p. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2013. Disponível em: < <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/separacao-poderes.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2019
- ARISTÓTELES. **A Política**. trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ARRUDA, Thaís Nunes de. **Juízes e casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.
- BARBOSA, E. S. L.; NOBREGA, Bernardo Mendonça. Análise econômica do direito: o ativismo judicial e a judicialização do uso medicinal do canadibiol no Brasil. In: FREITAS, Lorena de Melo; ZAINAGHI, Maria Cristina. (Org.). **XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 1, p. 21-36.
- BARROS, Gisele Nori. **O dever do estado no fornecimento de medicamentos**. São Paulo, dissertação de mestrado, Programa de Pós- Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BENACCHIO, M. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 201, pp. 71-95, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 7. ed. Trad. Sérgio Bath. Universidade de Brasília, 1994.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 19 15 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 2**, de 28 de Setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html, acesso em: 20/06/2018.
- BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 16, de 1965**. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Disponível em

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-norma-pl.html>. Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 13.655**. Lei que inclui no Decreto-Lei n.º. 4.657/42, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Promulgada em 25 de abril de 2018.

BRASIL. S. T. F. **Suspensão de Tutela Antecipada 175** Ceará. 2009, Sec. RELATOR: MIN. GILMAR MENDES. RE 195.192-3/RS, 2º Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portal do Ministério da Saúde**. 2018. Disponível em <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/43268-curso-capacita-magistrados-sobre-judicializacao-da-saude>. Acesso em 13 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3.916**, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos e dá outras providências.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and law of torts. **Yale Law Journal**. n. 70, 1961.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 18. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017.

COUCEIRO, Júlio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. 2012. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 16 jun. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

DAOU, Heloisa Sami. **O direito à saúde e a distribuição de medicamentos na perspectiva da justiça distributiva**. 2018. 155 fls. (dissertação de mestrado) – Centro Universitário do Pará - CESUPA, Belém, 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br, Acesso em: 24 de outubro de 2018.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIAS, Jean Carlos (org.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. São Paulo: Método, 2015.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

FONSECA, Claudia de Oliveira. **O ativismo judicial e a prática dos diálogos institucionais no âmbito da concretização do direito à saúde**. 2014. 135 fls. (Dissertação de Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org): **Direito e economia no Brasil**. 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org): **Direito e economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

HARADA, Kiyoshi. Critério de escolha dos ministros do STF. **Revista Consulex**, p. 28 e 29. Editora Consulex, ano X, nº 218. 5 fev. 2006

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E>. Acesso em Setembro/2016.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: Uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Estado do Pará. Belém, 2017, p. 361.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011, p. 179.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 77-85, 2009.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 2001.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law** – From Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORGADO, Cintia. A nova face da separação de poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. In: **R. Dir. Proc. Geral**, Rio de Janeiro, 2011.

OLIVEIRA, Heletícia Leão. **Reflexões sobre a judicialização do direito fundamental à saúde a partir do ativismo judicial**. Faculdades OPET Curso de Direito, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 218, p. 99-112, 2018.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. **Organização e revisão técnica de tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011b.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. São Paulo: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. **The Problematics of moral and legal theory**. United States of America: Havard University Press, 1999.

POSNER, Richard A. **How judges think**. London: Havard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RUBIN, P.H., 2013. **Law and Economics**. The Concise Encyclopedia of Economics. Disponível em: < <http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html> >. Acesso em 17 jun. 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia: Textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Revista Unifasc, volume 160, 2013, ISSN: 1808-4435, p. 1-17. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em 20 jun. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. São Paulo: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em 20 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 149-172, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Saraiva, 2006

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política no Brasil*. In: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.