

A (IN)APLICABILIDADE DA ANÁLISE DE EFICIÊNCIA PARA A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS

THE (IN)APPLICABILITY OF EFFICIENCY ANALYSIS FOR JUDICIAL MEDICINE DISTRIBUTION

Rebeca Borges Machado Azevedo Leitão*

Davi Augusto Santana de Lelis**

RESUMO: O presente trabalho critica a possível observância do parâmetro da eficiência trazido pela Análise Econômica do Direito para a reflexão sobre as prestações positivas do direito à saúde, realizadas pelo Estado brasileiro via demandas judiciais individuais. O estudo consiste em considerar as afirmações dos teóricos a respeito da constatação de que o poder judiciário estaria sendo responsável por uma distorção no sistema público de saúde estatal globalmente considerado, obstaculizando, assim, a concretização coletiva do direito à saúde, ao determinar prestações individuais não previstas no orçamento. Constatou-se que a análise da eficiência se mostra simplista para a afirmação de que o poder judiciário esteja sendo responsável por injustiças em nível macro, pois há diversos fatores sociais envolvidos na atual desordem e insuficiência de recursos do sistema de saúde brasileiro, que fogem aos conceitos econômico-matemáticos.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Único de Saúde. Direitos Sociais. Reserva do Possível. Análise Econômica do Direito. Ativismo Judicial.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Efetivação do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro. 2 A Reserva do Possível e o Direito à Saúde. 3 A Análise Econômica do Direito (AED) e a Prestação Individual de Medicamentos. 3.1 Eficiência. 3.2 A Formalização (ou Matematização) da Economia. 3.3 A Inaplicabilidade da Análise Econômica. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This paper criticizes the use of the efficiency parameter brought by the Economic Analysis of Law in order to analyze the benefits granted on the right to health by the Brazilian government through individual lawsuits. The study considers the claim of theorists that the judiciary would be responsible for a distortion in the public system of health, therefore hindering the collective realization of the right to health, when it determines the payment of individual benefits that are not planned in the public budget. This study found the analysis of efficiency simplistic when it asserts that the judiciary is responsible for injustice at the macro level, because there are many social factors involved in the current disorder and failure of the Brazilian health system resources, factors that flee from economic and mathematical concepts.

KEYWORDS: Health System. Social Rights. Reserve for Contingencies. Economic Analysis of Law. Judicial Activism.

119

INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais correspondem aos preceitos internacionalmente conhecidos como liberdades e direitos humanos, mas que foram positivados dentro de um sistema jurídico nacional. São produto de contínuos processos históricos, culturais, de lutas sociais e transformações de poderes estruturais e políticos. O reconhecimento destes direitos foi um

* Mestranda do Programa Human Rights Policy and Practice pelas Universidades de Göteborg, Suécia; Deusto, Espanha; e Roehampton, Inglaterra. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Bolsista Erasmus Mundus.

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Extensão Rural no Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais. Pesquisador bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

movimento político e jurídico que ocorreu primordialmente na Europa e ex-colônias europeias. No entanto, mesmo após a positivação destes direitos, no último século, diversos fatos históricos de desrespeito ao ser humano, a exemplo das guerras e sistemas de segregação, se desenrolaram dentro da estrita legalidade. Tais fatos foram legitimados pelas maiorias políticas dos países violadores (SARMENTO, 2013), como resultado de uma concepção legicêntrica do Direito. Com vistas à superação de um modelo jurídico que permitia tal contradição, buscou-se desenvolver mecanismos para o respeito, proteção e efetivação destes direitos. Com o fenômeno da *constitucionalização do Direito*, as normas constitucionais lograram supremacia no sistema jurídico como consequência da centralidade do ser humano e da sua dignidade (BARCELLOS, 2011, p.127).

No Brasil, a supremacia material da Constituição de 1988 é também decorrente das particularidades do seu contexto histórico, como o desejo social pela redemocratização e pela instalação de um Estado de Direito em que os direitos fundamentais fossem assegurados, ainda que em desacordo com os interesses de governos momentaneamente instalados.

Para a estruturação da centralidade constitucional da ordem jurídica, há o rompimento de diversos paradigmas relacionados à teoria constitucional e nascem correntes jurídicas para viabilizar a hermenêutica necessária à concretização das novas normas. Neste contexto, a ascensão da importância política do poder judiciário é uma característica inegável e o debate acerca de *como* e *quem* deve ser responsável por concretizar as normas constitucionais é intenso.

Nesta conjuntura, analisa-se a efetividade dos direitos sociais, considerando suas duas facetas: a atividade do poder judiciário e as políticas públicas. Para tanto, elegeu-se o direito à saúde, pelos complexos debates que suscita e, especificamente, optou-se por investigar a prestação de medicamentos pelo Estado brasileiro, atualmente a maior demanda judicial observada no tema (HOFFMANN; BENTES, 2010, p. 391), e que apresenta uma suposta contraposição entre o bem-estar coletivo e o bem-estar individual. Em última análise, uma tensão entre a macro justiça, que seria a justa alocação de recursos públicos em prol do bem-estar coletivo; e a micro justiça, enquanto a justa efetivação dos direitos através da aplicação dos preceitos constitucionais e legais no âmbito judicial.

Em especial, o princípio da reserva do possível e proposições da análise econômica do Direito (AED), têm sido utilizados como guias para a solução da tensão entre a micro e a macro justiça. Assim, o presente trabalho busca contribuir para o debate da efetividade dos

direitos ao analisar de forma crítica e interdisciplinar em que medida as assertivas econômicas apresentadas através da reserva do possível e do princípio da eficiência tem contribuído para o desenvolvimento de soluções favoráveis à efetivação dos direitos sociais consagrados na Constituição brasileira. A questão que se pretende responder é: tomando-se uma perspectiva econômica do problema da justiciabilidade do direito à saúde, seria possível a aplicação do conceito de eficiência para a análise de macro justiça na distribuição de recursos públicos, como tem sido proposto por diversos autores? (CARVALHO, 2008 p.254).

Para tanto, este trabalho está dividido em cinco partes. A primeira é esta introdução, seguida de uma exposição do fenômeno da judicialização da saúde e do problema de pesquisa. Na terceira parte a teoria da reserva do possível é detalhada em suas facetas, dentre elas, o apelo à análise da eficiência. A quarta parte traz um debate interdisciplinar acerca do parâmetro da eficiência para as ações do Estado e apresenta a análise teórica para o problema de pesquisa. As conclusões são apresentadas em seguida.

1 EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A Constituição da República de 1988, ineditamente, reconheceu¹ a saúde como direito fundamental e determinou ser dever do Estado sua promoção e proteção (BRASIL, 1988). Para efetivar o direito à saúde, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), principal política pública nacional para a garantia deste direito. Sob os princípios da integralidade, igualdade e universalidade, todos os brasileiros e estrangeiros que se encontrem no país são beneficiários do sistema de saúde pública, independentemente de contribuições para tanto.

Estas conquistas se deram, em maior peso, pela constante articulação da sociedade civil militante pela saúde no país que, desde a constituinte, até os dias atuais, defende um sistema de saúde pública gratuito, universal e humanizado e alerta para os fatores políticos e privados contrários a tal interesse. A despeito das instáveis conjunturas políticas enfrentadas, os gastos na área da saúde mantiveram-se estáveis e houve continuidade e aperfeiçoamento no

¹ Sobre o movimento sanitário, “Justamente para (...) democratizar a saúde no Brasil, foi organizado um movimento social, composto por segmentos populares, estudantes, pesquisadores e profissionais de saúde, que propôs a Reforma Sanitária e a implantação do SUS. Instituições acadêmicas e sociedades científicas, como a Sociedade Brasileira para o progresso da Ciência, O Centro Brasileiro de Estudos de Saúde e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, entidades comunitárias, profissionais e sindicais, constituíram um movimento social na segunda metade da década de 1970, defendendo a democratização da saúde e a reestruturação do sistema de serviços” (PAIM, 2009, p. 26).

processo de implementação do SUS, ainda não finalizado. Compreende-se, assim, que as políticas em saúde brasileiras, desde 1988, são políticas de Estado e não de governo (PAIM, 2009, p. 77). Dentro da Política Nacional de Saúde, as políticas e programas de prestação de medicamentos formam uma complexa rede de atuação governamental, que possui listas federais, estaduais e municipais de itens farmacêuticos que devem estar disponíveis à população; há definição de competências de compra e distribuição, dentre outras atribuições.

Ao lado da estrutura pública de assistência farmacêutica no Brasil, ocorre um fenômeno que chama a atenção de juristas, economistas, políticos e gestores públicos: a *judicialização da saúde*. Após a promulgação da Constituição de 1988, o poder judiciário brasileiro tem sido constante e crescentemente provocado a decidir questões na área da saúde pública, seja por ações coletivas, seja por ações individuais. O judiciário tem sido chamado a definir o conteúdo do direito à saúde, e o dever do poder público diante deste direito.

Para entender o fenômeno, define-se os termos judicialização, justiciabilidade e ativismo judicial. *Judicialização* é a transferência para o judiciário do poder de decisão acerca de questões de ampla repercussão social, seja política ou moral, em detrimento dos espaços políticos tradicionais, quais sejam, os poderes executivo e legislativo. Este fenômeno se dá por razões diversas. No Brasil, a redemocratização fortaleceu o poder judiciário e a atuação do Ministério Público, promoveu a constitucionalização do Direito e o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p.03). Ressalta-se que o poder judiciário, especificamente o STF, ao conhecer das causas que a ele são submetidas, cumpre sua obrigação constitucional, prevista no desenho institucional fruto da evolução teórica do Estado e da democracia.

Ativismo judicial é a adoção de uma participação intensa do judiciário na concretização dos fins constitucionais e valores sociais, pela aplicação máxima da interpretação constitucional, sem inovação normativa. As três principais modalidades de ativismo são a aplicação direta da Constituição de 1988 a situações não expressamente contempladas no texto; a adoção de critérios menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidades e; a imposição de condutas comissivas e omissivas aos demais poderes, especialmente no campo das políticas públicas. A postura inversa é a autocontenção judicial, em que se reduz a interferência deste poder aos demais, e utiliza-se da interpretação constitucional apenas em casos de incidência expressa. Atualmente afirma-se que a postura do STF, e outros tribunais, é ativista. Um exemplo de ativismo judicial caracterizado pela

imposição de condutas aos poderes é o fornecimento de medicamentos e a determinação de demais prestações positivas em saúde mediante decisão judicial (BARROSO, 2009, p.03).

Por fim, *justiciabilidade* é à possibilidade de exigência, em juízo, da tutela de determinado direito. É a reclamação, no judiciário, pela concretização imediata do direito fundamental, portanto, conceito diretamente ligado à aplicação imediata da Constituição pelo poder judiciário (CUNHA, 2006, p.255).

Em análise das ações judiciais que pleiteiam demandas em saúde, tem-se que apenas 2% têm natureza coletiva. Das demandas individuais, que correspondem a 98% dos litígios em saúde, 85% são pedidos de pessoas físicas em face do Estado. Destas reivindicações para financiamento ou fornecimento pelo poder público, a maioria das demandas é por medicamentos², e em menor quantidade, por tratamentos. A grande maioria das ações são bem-sucedidas (HOFFMANN; BENTES, 2010, p.391-407). Diante da forte característica de demandas individuais, e não coletivas, pode-se afirmar que não há uma judicialização das políticas públicas em saúde, mas uma judicialização do direito à saúde, devido à quantidade de demandas nas quais os entes federativos são condenados, fato que redundará em uma *possível* interferência no planejamento orçamentário. Diante desta asserção, autores divergem sobre a sustentabilidade desta atuação do poder judiciário.

A saúde, de acordo com a Constituição de 1988, é direito de todos. Mas quem é o devedor deste direito? Há autores que negam o dever correlato ao direito à saúde, porquanto não se pode transportar para o direito público os institutos do direito privado, sem levar em consideração as especificidades que envolvem a relação indivíduo-Estado (GALDINO, 2002, p.150). Acrescenta-se, a esta proposição, a compreensão do direito fundamental à saúde como mandado de otimização, que, em última análise, leva à consequência lógica de que seu

² A demanda por medicamentos abrange itens de todas as classificações (componentes) da Política Nacional de Medicamentos; bem como itens extra-listas oficiais e também medicamentos em experimentação, não disponíveis no Brasil ou não avaliados pela ANVISA. A Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) é uma lista de referência, portanto não obrigatória, para orientar a oferta, prescrição e distribuição de medicamentos pelos gestores da saúde, conforme a particularidade territorial de cada estado-membro, região ou município. No intuito de alcançar a racionalização do uso de medicamentos, os itens da RENAME são selecionados por meio de critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade. Em 2005, Ministério da Saúde instituiu a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da RENAME (COMARE). São realizadas revisões da lista, nas quais participam 20 membros, entre representantes de universidades brasileiras, entidades civis e científicas, além das três instâncias gestoras do SUS. A lista em vigor encontra-se na sétima edição - RENAME 2010 - e possui 343 fármacos, contidas em 574 apresentações farmacêuticas. Para além desta lista, os demais entes federativos podem criar listas complementares prevendo a prestação de outros medicamentos em seu território, com recursos do próprio ente (BRASIL, 2012).

cumprimento poderia ser negado temporariamente devido a impossibilidades materiais comprovados (TESSLER, 2001, p.80). O direito à saúde é, então, caracterizado como difuso, meta-individual, e os titulares são indeterminados e indetermináveis.

Com base neste raciocínio, também é negada a sua natureza de direito subjetivo, e considera-se que este direito social seria apenas passível de demanda dentro das políticas e prestações existentes. Assim, o conteúdo material do direito à saúde, conseqüentemente a sua violação, estaria condicionado às normas existentes de regulação desta assistência: O que está regulamentado deve ser cumprido, o que não está, não configura violação.

Outro direito subjetivo do cidadão seria o de regulamentação da norma do direito à saúde com fins a dar efetividade ao direito constitucional, tendo por devedor o poder legislativo. Assim, considerando a premissa de que o poder judiciário não dispõe de capacidade técnica para verificar as questões em saúde que lhe são impostas, tradicionalmente, defende-se que deve ser a concretização da norma constitucional deve ser de competência dos outros poderes, cabendo ao judiciário apenas fiscalizar a execução daquilo que está previsto em lei.

Por outro lado, há autores que defendem que a dimensão subjetiva do direito à saúde seria diretamente decorrente do preceito constitucional, independente e adicional ao cunho programático da norma (TESSLER, 2001, p.78). Segundo Cunha Jr. (2006), o raciocínio que nega o dever correlato a prestações positivas decorrentes do direito fundamental seria equivocado, pois a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Há um círculo virtuoso: a justiciabilidade dos direitos fundamentais, cobrança por parte dos cidadãos, fortalece a dimensão objetiva, de forma que os cidadãos passam a exercer mais os direitos fundamentais: “quanto mais se exige sua efetivação, mais o Estado se vê obrigado a efetivá-los, e quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos” (TESSLER, 2001, p.42).

Pelo exposto, o presente trabalho considera a defesa jurídica pela dimensão subjetiva, ao lado das outras manifestações da norma constitucional do direito à saúde, imprescindíveis à efetividade de direitos fundamentais e toma por premissa que o direito à saúde é dotado de justiciabilidade. Podendo, portanto, ser demandado em juízo como direito subjetivo público, ademais das demandas coletivas e de controle de constitucionalidade. Sem embargo, há que se considerar as críticas expostas pelos teóricos contrários a esta perspectiva. Afinal, esta é uma premissa que traz questionamentos: a defesa jurídica da justiciabilidade encontra

correspondência factual, ou apresenta-se como uma defesa irreal? Como efetivar a norma constitucional, considerando a sua demanda por recursos? Como ponderar o bem-estar coletivo e o bem-estar individual neste caso?

2 A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

A teoria da reserva do possível tem sido amplamente utilizada no Brasil, mas sua origem é pouco lembrada. Ela surgiu Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na década de 1970, no julgamento de um caso no qual era pleiteado o acesso ao ensino superior, com base na garantia de liberdade de escolha da profissão, ante ao limitado número de vagas existentes no estabelecimento público de ensino. O Tribunal formulou sua decisão sob o preceito de que a prestação positiva dos direitos sociais dependeria de: a) disponibilidade fática dos recursos para tal; b) disponibilidade jurídica; e c) razoabilidade da pretensão, em termos de o que o indivíduo pode exigir da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.201). A este conjunto de critérios deu-se o nome de *reserva do possível*.

No Brasil, o termo *reserva do possível*, tem sido utilizado acriticamente e indiscriminadamente para servir à alegação de ausência de recursos públicos para as prestações pretendidas pelos indivíduos frente ao Estado. A teoria tornou-se uma escusa para a omissão estatal em implementar políticas públicas que visem as garantias dos direitos fundamentais (SOARES JR., 2011, p.178). Ingo Wolfgang Sarlet considera necessários os critérios apresentados pelo Tribunal alemão: juntos, eles exigem uma perspectiva sistemática e constitucional, e podem servir como ferramentas para a garantia das prestações positivas dos direitos. Assim, seriam critérios para tornar a efetividade dos direitos possível, e não para obstaculizar a pretensão (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p.202).

Para compreender a reserva do possível é preciso verificar dois importantes pontos: a inexistência de recursos no plano fático, a *reserva do possível fática*; e a impossibilidade de se destinar recursos orçamentários para certos gastos, devido à observação de um conjunto de preceitos constitucionais e legais, a *reserva do possível jurídica* (BARCELOS, 2008, p.262).

Contra a *reserva do possível fática* não há argumentos. Não havendo recursos disponíveis, as normas que preveem determinada prestação são irrealizáveis (BARCELOS, 2008, p.259), a reserva do possível é um entrave real e concreto para a efetividade das prestações positivas dos direitos sociais. Quanto a *reserva do possível jurídica*, pela própria

natureza do Estado de Direito, o poder público, dentre eles o poder legislativo, está subordinado em suas ações aos preceitos constitucionais que a elas se referem. Trazendo para o tema das finanças públicas, as disposições da Constituição de 1988 acerca das receitas públicas são relativamente detalhadas, e há uma ampla legislação que deve ser observada pelo poder público para validar a sua atuação financeira. Por seu turno, há despesas públicas, que têm por finalidade manter o Estado, possibilitar a realização dos fins deste e atingir seus objetivos. Os objetivos essenciais do Estado Brasileiro estão muito bem definidos na Constituição da República de 1988, e, assim como a aquisição de receitas deve ser constitucionalmente válida, também a definição das despesas o deve ser (BARCELOS, 2008).

A Constituição brasileira assegura a dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo são os direitos individuais e as condições materiais mínimas de existência (educação, saúde e renda – o mínimo existencial³), que permitem a participação do cidadão na vida social. Seguindo esta diretriz é possível estabelecer as prioridades para os gastos públicos.

Se há uma definição acerca dos fins essenciais do Estado brasileiro, e se os recursos são finitos, como assevera a teoria da reserva do possível, os recursos disponíveis deverão, prioritariamente, ser aplicados no atendimento daqueles fins essenciais, e não de outros fins, até que aqueles sejam realizados por completo. Só então os recursos remanescentes poderão ser aplicados de acordo com opções políticas (BARCELOS, 2011, p.132). Algumas decisões políticas já estão previamente definidas na Constituição, com o objetivo de limitar a atuação de uma maioria política temporária que esteja por vulnerar direitos fundamentais que não podem sofrer retrocesso (BARROSO, 2011, p.11).

Não há, no contexto atual de necessidades sociais do país, uma opção política que priorize fins não fundamentais, que seja constitucionalmente válida (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.280). Portanto, o planejamento financeiro estatal deve ser realizado de maneira a concretizar, em maior grau possível, os fins essenciais estabelecidos na Constituição. Observe-se que, no caso de pretensões a prestações positivas que possam ser caracterizadas como parte do mínimo existencial para uma pessoa, a alegação de que não há recursos orçamentários destinados ao suprimento de tal mínimo revela que houve inconstitucionalidade

³ A concepção do *mínimo existencial* foi estudada por Miguel Calmon Dantas, que considera o termo e a teoria como de caráter minimalista liberal. Em obra pioneira que traz o termo *máximo existencial*, pelo qual pretende-se a reestruturação da concepção do grau de condições existenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana e a ampliação da proteção aos direitos fundamentais. Neste trabalho, o uso do termo *mínimo existencial*, corresponde à ideia de *máximo existencial*. (DANTAS, 2011).

na alocação de recursos, em momento anterior de ação Estatal. Trata-se de uma escolha moral do Estado (LELIS; COSTA, 2016). A partir do momento em que não há o cumprimento legislativo das prioridades orçamentárias estabelecidas na Constituição, em termos de alocações de recursos para as prestações mínimas para a garantia da dignidade da pessoa humana, de acordo com as capacidades financeiras do Estado brasileiro, inconstitucional será negar a pretensão individual do sujeito que vier a juízo demandar este direito não cumprido⁴.

Há, no entanto, um questionamento dentro da reserva do possível jurídica que não pode ser ignorado. Pela especificidade dos pedidos nos pleitos, o poder judiciário não seria dotado de capacidade técnica médica para decidir a materialidade dos casos concretos. Por sua vez, é necessário refletir a respeito da *reserva do possível fática*, e as (in)capacidades financeiras do Estado brasileiro, para não se incorrer no erro de assumir a impossibilidade fática como premissa. A teoria da reserva do possível foi desenvolvida para utilização em um caso concreto, foi formulada sobre uma demanda específica, num país determinado. Não pode nem deve ser aplicada de forma acrítica no Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.285), que tem suas particularidades de conjuntura econômica, social, política, jurídica, histórica e cultural.

Um indicador sugestivo sobre a diferença dos contextos entre os dois países é a consabida desigualdade social que assola o Brasil, que está no 10º lugar no ranking internacional de concentração de renda, pelo último levantamento do Banco Mundial, possui o 75º IDH do mundo (ONU, 2015), enquanto ocupa a posição de 9ª maior PIB do mundo. A Alemanha, por sua vez, possui o 6º maior IDH do mundo, ocupando a posição de 4ª maior economia. A pergunta que, enfim, deve ser tratada e não superficialmente assumida como verdade, é: a reserva do possível fática existe no Brasil? Este trabalho não pretende responder a esta pergunta mas demonstra, nas próximas seções, que “impossibilidade fática” é um termo mais complexo do que parece sugerir.

Ainda subsiste o questionamento acerca da incapacidade do juiz de perceber as consequências de suas decisões no planejamento orçamentário. Especificamente quanto ao direito à saúde, a crítica se dá em torno da constatação de que aqueles que recebem as prestações, mediante o deferimento de suas demandas judiciais, estariam sendo privilegiados

⁴ O Ministro Celso de Mello: “Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (BRASIL, 2004).

em detrimento de muitos que não tem acesso ao judiciário, seja pelo motivo que for.

O problema da reserva do possível fática consiste na investigação acerca de uma potencial contraposição entre micro justiça e macro justiça. A avaliação acerca de *micro justiça* se dá no âmbito do caso concreto: os aspectos jurídicos acerca da demanda individual são analisados pelo juiz, à parte de quaisquer considerações da ação do Estado como um todo. Por outro lado, a *macro justiça* funda-se na consideração acerca dos recursos limitados do Estado disponíveis para atender a demandas ilimitadas (BARCELOS, 2011, p.140), pois as necessidades sociais tendem ao infinito. O magistrado, pelo desenho institucional no qual está inserido, não adentra na questão dos recursos limitados, e realiza uma escolha trágica, que deveria ser tomada nos ambientes tradicionais de decisão da sociedade (BARROSO, 2008, p.02). Segundo esta ideia, o magistrado estaria sendo responsável por uma distorção no sistema público de saúde globalmente considerado.

Este trabalho buscou aprofundar a compreensão desta afirmativa. A assertiva final desenvolvida pelo raciocínio é demasiado importante (BARCELOS, 2011, p.140) para a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que, em última análise, ela expõe a possibilidade de estar o juiz, sob a pretensão de ser um ator positivo na efetivação dos direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde, estar sendo, na verdade, seu obstaculizador, ao impedir que as políticas em saúde sejam funcionais em âmbito coletivo.

128

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E A PRESTAÇÃO INDIVIDUAL DE MEDICAMENTOS

3.1 Eficiência

Para o aferimento de macro justiça, investiga-se a aplicação da análise econômica da atuação do judiciário, em todo o sistema brasileiro de prestações em saúde, de maneira a alcançar uma conclusão, mesmo que parcial, acerca da justiciabilidade do direito à saúde. Gestores protestam (BRASIL, 2009a) e juristas concordam (BARROSO, 2008, p.25), que as prestações pleiteadas *in concreto*, teriam o condão de interferir tão significativamente no sistema de saúde pública que não poderia ser demanda exigível da sociedade, sob pena de se estar proporcionando efeitos sociais indesejáveis, contrários ao próprio princípio constitucional do direito saúde (SOUZA NETO, 2010, p.529), estar-se ia, de fato, na

iminência de um colapso do sistema atual de políticas de saúde. Sobre a importância das considerações orgânicas do Estado, ensina Daniel Sarmiento que:

A garantia dos direitos sociais não se esgota numa tarefa meramente jurídica: no geral, ela envolve um emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos, dentre outras atividades, que não se amoldam perfeitamente à função tradicional do Judiciário (...). Por tais razões, me parece uma simplificação exagerada a afirmação de que, ao adjudicar demandas relacionadas aos direitos sociais, o Poder Judiciário não interfere na democracia, pois se limita a aplicar normas vigentes (SARMENTO, 2010, p.564).

Cumprir investigar as teorias que se propõem a conceituar o conteúdo do termo eficiência, pois a conceituação determina, basicamente, onde está o cerne da sua mensuração. Para tanto, são trazidos autores e estudos que trabalham com a eficiência pública, e não com a eficiência privada (SILVA, 2012, p.98). Em especial, a AED, tem se utilizado de substrato das ciências econômicas para afirmar que a prestação de medicamentos via ações individuais é ineficiente, e, portanto, negativa à concretização do direito à saúde (TIMM, 2008, p.55-67).

O conceito mais comum de eficiência é o trabalhado pela economia *mainstream*⁵, também pelos seguidores da AED, qual seja, a eficiência alocativa. Esta eficiência refere-se à escolha do conjunto de bens, “de forma a empregar, da melhor maneira, os recursos produtivos juntamente com aqueles processos necessários técnicos de produção que utilizem mais adequadamente os recursos que a sociedade tem em maior abundância” (VASCONCELOS, 2010, p.423)

A bibliografia econômico-jurídica que trata da eficiência estatal costuma trazer um paralelo entre eficiência, eficácia e efetividade. *Eficácia* determina se os resultados previstos foram alcançados, em qualidade de produtos e serviços, ou seja, atende-se a qualidade dos objetivos concretizados. *Eficiência* refere-se à redução dos custos no cumprimento de normas, ou redução de insumos para produção de maiores resultados. Ela é então definida como o

⁵ O termo *mainstream* refere-se à teoria econômica majoritária, ou corrente principal da teoria econômica, consideradas todas as etapas de sua evolução histórica, e inclui diferentes nuances, como os clássicos, neoclássicos, a teoria keynesiana e seus desdobramentos. Esta corrente principal da economia passou por um processo denominado de matematização, que teria ocorrido a partir do final do século XIX, com o período neoclássico. A partir de então a corrente principal eivou-se de formalização, inclusive na abordagem macroeconômica. No período keynesiano, a formalização matemática foi intensificada, com a incorporação de ferramentas estatísticas (VASCONCELLOS, 2010, p.20). Sen (1999), entende a economia em duas grandes vertentes, a de engenharia e a da moral. Embora não exista um ramo puro, a economia *mainstream* é aqui identificada com a economia de engenharia, preocupada tão somente em resolver os problemas de ordem matemática. De outro lado, a economia da moral se importa, para além da mera matematização, com questões sociais.

balanço de custo-benefício entre os objetivos atingidos e os recursos utilizados para atingi-los, que precisam ter sido empregados de forma racional, ou seja, de forma coerente aos fins visados. *Efetividade*, “refere-se ao efeito da decisão pública, e sua utilidade é verificar se o programa responde adequadamente às demandas, aos apoios e às necessidades da comunidade” (GOMES, 2009, p.19). A efetividade assinala se o programa obteve êxito, e em que medida, através dos seus resultados, sem, no entanto, considerar seus custos.

Assim, “avaliar eficiência é saber como aconteceu; a eficácia, o que aconteceu; a efetividade, que diferença faz” (GOMES, 2009, p.19). Um exemplo para ilustrar as definições: Suponha-se que o objeto de análise seja a construção de uma escola. A eficácia será auferida pelo produto da ação: uma escola pronta. A eficiência será avaliada pelos gastos empreendidos em contraponto ao resultado da escola construída. A efetividade é o efeito da construção da escola sobre determinada comunidade (GOMES, 2009, p.20). Não obstante, uma ação governamental pode ter o seu objetivo intrinsecamente ligado à efetividade. Assim, se o objetivo traçado é aumentar o nível escolar da população-alvo, a construção da escola é apenas um meio e a eficiência no caso será determinada caso houver o aumento da escolaridade, que será o objetivo final, *versus* os custos empreendidos (GOMES, 2009, p.20). A avaliação da eficiência, então, é dependente da possibilidade de avaliação do objetivo final.

O entendimento se complementa com a defesa dos autores pela racionalidade⁶, ou uso racional dos recursos, como instrumento para se obter a eficiência. Neste sentido, a verificação da eficiência se limitaria à consideração dos recursos empregados e dos meios utilizados para a consecução dos fins, conforme a equação (GOMES, 2009, p.24):

$$\text{Eficiência} = \frac{\text{Objetivo}}{\text{Recursos}}$$

Resultando assim em maior eficiência quando o maior número de objetivos é alcançado com o menor dispêndio de recursos. Este também é um dos entendimentos da Análise Econômica do Direito para o setor público:

⁶ Critério do uso racional: “implica (...) o seguimento de uma sequência lógica, que poderia ser dissociada mentalmente e entendida como um processo composto das seguintes etapas: definição de objetivos; identificação da alternativas mais viáveis para o alcance desses objetivos; análise de cada alternativa segundo os modelos de causa e efeito e de custo benefício; escolha da alternativa que produza melhores consequências em termos de eficiência e eficácia; avaliação dos resultados alcançados” (GOMES, 2009, p.23).

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a *maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis*, tanto para o próprio Estado, *principalmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos* (ARAGÃO, 2006, p.01) [sem grifos no original].

Considerando a sua utilização para o campo dos direitos fundamentais sociais, surge a primeira problematização à teoria. Pondere-se o mesmo exemplo trazido acima, de que seria possível que figurasse como objetivo de uma ação pública a melhoria da educação de uma população-alvo. A partir da equação dada, como valorar o aumento da escolaridade *versus* os custos empreendidos? Seria este custo mensurado pelos custos econômicos empreendidos? Mas o objetivo não é um resultado econômico, e sim social. A equação não seria possível matematicamente. Neste mesmo sentido cabe o questionamento para a área da saúde. Como valorar o salvamento de uma vida, ou na melhoria da qualidade de saúde e vida de um indivíduo, pelos custos econômicos empreendidos?

Apesar da premissa de que o resultado mais eficiente é igual a maior número de objetivos alcançados, com o menor dispêndio de recursos, o autor mesmo problematiza, ao trazer a constatação de que aferir a eficiência na administração pública é extremamente complexo, pelo fato de existirem fatores que devem fazer parte da equação, na variável de dispêndio de recursos, que não são passíveis de mensuração econômica:

(...) por recursos, podemos entender o conjunto de insumos de proteção ou de prestação de serviços que abrange mão-de-obra, matéria-prima, material de consumo, insumos diversos (energia elétrica, telefone, etc.), tecnologia, tempo, informação, recursos de gestão, e, destacadamente na Administração Pública, recursos políticos. *Enquanto os primeiros itens podem ser designados e valorados economicamente com alguma facilidade, tempo, informação, recursos de gestão e recursos políticos complexificam sobremaneira qualquer tentativa de medir a eficiência* (GOMES, 2009, p.22). [Sem grifo no original]

O que se percebe é que está se considerando a dificuldade apenas em um aspecto da equação, na variável de custos, mas esta dificuldade também existe no outro aspecto, na variável de resultados. Se o que se tem como necessidade social são resultados sociais, cuja mensuração está no desenvolvimento social e dos sujeitos, como medi-los economicamente, ainda que fosse possível a consideração de valores econômicos para todas as outras variáveis da equação?

Consoante a esta problematização, tem-se o fato de que o modelo adotado no Brasil para a gestão pública é o da gestão de resultados (BRASIL, 2013b). Este modelo tem sido

recomendado contemporaneamente por focar exatamente na efetividade, no resultado que interessa ao cidadão e à sociedade. Este modelo de gestão também é utilizado para gerir políticas públicas, e traz para o conceito do *objetivo* de determinada ação, exatamente o resultado no âmbito social, no momento de construção dos programas e a determinação da forma de mensuração de seu sucesso ou insucesso. A equação da eficiência seria esta (GOMES, 2009, p.70):

$$\text{Eficiência} = \frac{\text{Resultados}}{\text{Recursos}}$$

Pela equação, não há como mensurar certos resultados em termos econômico-matemáticos, pois estes têm natureza extra econômica⁷. Esta valoração há que observar outros critérios, que não os monetários. De maneira específica, os defensores da observância da eficiência estatal em saúde, utilizando-se do raciocínio trazido pelo conceito de eficiência, trazem a seguinte observação: a prestação de um item – de elevado valor financeiro –, a um indivíduo é ineficiente enquanto há outros tantos necessitados, por vezes de medicamentos mais baratos, que deixam de receber a prestação coletiva para que aquele receba a prestação individual. Este desperdício seria injusto (TIMM, 2008). Assim, apesar de ocorrer a micro justiça no caso concreto demandado, ocorreria a macro injustiça em função do desperdício. Não obstante, não seria eticamente viável esta afirmação, ou cientificamente possível.

Este trabalho questiona a afirmação supra, pois existem outros fatores a serem considerados a título de macro justiça, quando se trata do direito à saúde da população. A título de exemplo, há o inegável fato de que valores têm sido gastos em setores não fundamentais⁸, há a percepção de que a conquista de direitos fundamentais implica em pressão social e política, que se dá inclusive via orçamentária (TESSLER, 2013, p.80); há profundas questões sobre a representatividade dos tradicionais espaços de deliberação (SANTOS, 2005, p.Xxxxiv); influência de interesses privados na definição de políticas

⁷ Os indicadores sociais, “uma medida, em geral, quantitativa dotada de conteúdo social abstrato, de interesse teórico (para pesquisa acadêmica) ou programático (para formulação de políticas públicas)” e têm propriedades como, por exemplo, a “sensibilidade – refere-se à capacidade do indicador de refletir as mudanças da dimensão social de interesse” (GOMES, 2009, p. 73), são úteis para operacionalizar o colhimento dos resultados, na medida em que traduzem os resultados em medidas apreensíveis. A questão da utilização de indicadores quantitativos para análises qualitativas será tratada com mais profundidade adiante.

⁸ A título de exemplo, em 2013, 4,5% das receitas da União foram destinadas à saúde, enquanto 42,5% foi destinado ao refinanciamento e pagamento de amortizações e juros das dívidas externa e interna. Valores próximos a esses são verificados dos últimos 03 anos. Para mais valores vide (ALVES, 2013, p.47-8).

tributárias⁹, dentre outros diversos fatores sociais e históricos que não cabem na redução da equação de eficiência. A ineficiência aqui não implicaria, necessariamente, em injustiça, porque a justiça social, neste caso, está para além dos indicadores que a eficiência pode tratar, nos termos em que se propõe. Eduardo Gomes, que se utiliza da *mainstream*, paradoxalmente adverte: qual a lógica possibilita definir a racionalidade do mecanismo?

(...) em nossa visão, é sempre necessário adjetivar o termo racionalidade para se referir, por exemplo, a uma racionalidade política, econômica ou social. Isso se torna importante uma vez que o conceito de racionalidade presente na maior parte dos estudos sobre Administração Pública *refere-se, a rigor, à “racionalidade econômica”, e sugere, intencionalmente ou não, que a política democrática introduz certa irracionalidade na Administração Pública* (GOMES, 2009, p.39). [Sem grifos no original]

3.2 A Formalização (ou Matematização) da Economia

A consideração acima trazida por Gomes (2009), converge para a crítica da corrente institucionalista¹⁰ da economia, contrária à *mainstream*, advertindo que os seguidores da *mainstream* presumem que a racionalidade econômica seria superior à racionalidade política (LOUREIRO; ABRUCIO, 2012, p. 618) e (LELIS; COSTA, 2016).

A teoria econômica *mainstream*, desenvolvida a partir do final do século XIX, em qualquer de suas nuances, distancia a economia da política (AVELÃS NUNES, 2011). Pela preconização da formalização matemática nos estudos econômicos, tem a pretensão de descobrir “leis naturais” e “conceitos lógicos”, negando o caráter social intrínseco à economia, e excluindo fatores históricos e sociais da análise (MILONAKIS, 2011, p.4). Moraes e Torrecillas criticam:

A ciência [econômica neoclássica] enxerga a sociedade como um mecanismo econômico, e nesse sentido, suas formulações em forma de conceitos gerais são deficitárias no fornecimento de instrumentos para o alcance da justiça econômica. [...]. Assim, ela privilegia uma visão pré-estabelecida de mundo, e negligencia uma

⁹ Para a realização da Copa do Mundo no Brasil, a Federação Internacional de Futebol exige a isenção total de impostos federais, estaduais e municipais para todas as atividades realizadas por ela e suas subsidiárias (como a Confederação Brasileira de Futebol). Apesar de não ser uma política brasileira apenas, alguns países rejeitam tal imposição, e os tributos por eles arrecadados chegam a dezenas de milhões de reais. (BRASIL, 2012).

¹⁰ Que em nada se refere aos institucionalistas do campo do Direito. As correntes contrárias à *mainstream* são consideradas alternativas, e sua abordagem é tida, pela própria *mainstream*, como heterogênea e dispersa. Dentre eles, destacam-se os marxistas e os institucionalistas. Ambos apresentam uma preocupação com a história e com a alta abstração da teoria econômica, bem como a ignorância quanto a fatores sociais e a realidade. Atualmente a corrente principal da teoria econômica tem passado por mudanças profundas, com relação à percepção das limitações da teoria, numa preocupação com o conteúdo empírico. (VASCONCELLOS, 2010, p.20)

possibilidade mais realista de observação. A teoria econômica predominante que é ensinada em praticamente todos os centros acadêmicos do mundo parte de situações hipotéticas de equilíbrio econômico. *Ela nega o seu papel de ciência social ao ignorar a complexidade dos processos sociais e reduzir sua metodologia de análise à construção de modelos ad hoc de comportamento do ser humano, dando preferência aos métodos matemáticos e se recusando a observar a realidade [...].* (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.3) [Sem grifos no original]

Luperi, em sua tese de doutorado em economia, sob o título “Três ensaios críticos sobre o processo de matematização recente da economia no Brasil e no mundo”, apresenta considerações detalhadas sobre este fenômeno da matematização. Há inconformismo dentro da ciência econômica entre aqueles que se utilizam e constroem a teoria ortodoxa, *mainstream*, e aqueles que não visualizam na teoria uma correspondência de seus modelos teóricos com a realidade social (LUPERI, 2012, p.55).

Uma vantagem trazida pela matematização da economia seria a possibilidade de alcançar maior rigor científico, decorrente de uma padronização de terminologias e métodos de análise conceituais para vários ramos das ciências, atingindo um grau de objetividade que apenas a matematização possibilitaria. Não obstante, são diversas as críticas ao fenômeno. A primeira seria a “questão dos pressupostos irrealis em economia” (LUPERI, 2012, p.61), constatação de que a formalização teria trazido consigo uma limitação da análise da realidade, visto que, para que a realidade se torne tratável por esta matematização, são escolhidos pressupostos que pinçam apenas alguns elementos da realidade, fazendo com que as teorias desenvolvidas com eles sejam incompletas, a um ponto não razoável. Esses pressupostos são chamados irrealis porque limitariam o desenvolvimento do conhecimento da ciência, mantendo as teorias a serviço de um mundo inexistente.

O segundo argumento contrário é o fato de que, a despeito de o formalismo matemático deixar a economia com certo rigor metodológico, os modelos não podem ser testados empiricamente, ou seja, “há um deslocamento do rigor baseado na correspondência com a realidade para outra forma de rigor baseada na lógica matemática” (LUPERI, 2012, p.66). Assim, o rigor científico tanto desejado cai por terra, pois cálculos matemáticos sobre uma realidade que se utilizaria deles, não podendo usá-los, por não corresponderem a esta realidade, não teriam razão de ser. Isto se dá exatamente em função da primeira crítica: os modelos que têm sido utilizados ignoram a correspondência com as características de comportamentos encontradas no mundo real:

Se a teoria econômica não pode fornecer uma base comportamental adequada, *a*

matemática não irá aumentar a confiança no uso do modelo com fins preditivos ou de política (...). Os modelos não necessitam ser matemáticos nem suas previsões quantitativas para serem úteis na prática política (LUPERI, 2012, p.66-67). [Sem grifos no original]

Questiona-se também até que ponto os problemas da economia são naturalmente quantitativos. Muitos são os que defendem que os problemas econômicos são naturalmente qualitativos, e o uso da matemática tal como vem sendo realizado limita a compreensão da realidade, ao invés de auxiliá-la. Ou seja, a partir da utilização de pressupostos irrealis, e métodos que não são verificáveis empiricamente, essa ciência social não tem apreendido a realidade, pois, a complexidade do mundo real deriva de fatores que não podem ser expressos pela redução matemática. Dentro deste contexto de limitações, a economia estaria então submetendo os assuntos a serem tratados em pesquisas na área àqueles que se adequam aos modelos existentes. Os estudiosos estariam adequando a realidade estudada aos modelos existentes, numa prevalência da técnica e da forma sobre o conteúdo, pela frequente tentativa de ajuste *ad hoc* da realidade aos pressupostos irrealis (LUPERI, 2012, p.60-61).

Numa outra perspectiva, há autores defensores da matematização, que consideram que a matemática seja uma linguagem, capaz de captar a realidade como qualquer outra língua, idioma, no mundo, porém com mais precisão. Esta concepção interessa especialmente a este trabalho porque uma das formas de cálculo da eficiência pretendido no setor público, como demonstrado, é a tradução de conceitos em variáveis matemáticas a serem calculadas. Não obstante, as críticas a esta ideia também são enfáticas.

Aqueles que a rejeitam afirmam que não há nenhuma correspondência entre a linguagem matemática e a literária, basicamente porque conceitos não são dotados de significado único¹¹ (LUPERI, 2012, p.71). Portanto, as fórmulas matemáticas são de difícil representação semântica, fato que distorce sobremaneira a realidade analisada.

Tentando superar esta limitação, economistas são forçados a adicionar muitas exceções à regra criada, “com intuito de salvar a função” (LUPERI, 2012, p.89). Criam-se questões com as variáveis que a tornam em mais variáveis, de modo que a fórmula se distancia do mundo real. Assim, tais medidas tornaram-se um caso de infinitas possibilidades lógicas que são (im)possíveis de serem mapeadas na realidade. Pode-se aceitar, por outro lado, que há

¹¹ Acredita-se, na verdade, que nenhuma palavra se prende a um único conceito. Este é o entendimento filosófico desde a virada linguística, em especial nos estudos de Wittgenstein (1999), para quem as palavras ganham significado de acordo com os jogos de linguagem e a gramática profunda utilizada pelos falantes.

variáveis que implicam em menos aspectos qualitativos, e nestes casos, a matematização se apresenta como possível para análise da realidade. Seria o caso das prestações de medicamentos um caso passível de simples matematização?

Devido aos aspectos expostos, é possível afirmar que a corrente *mainstream* desenvolveu preceitos que não conseguem lidar com a realidade social com mais cientificidade do que as ciências sociais em geral. O problema, de imprecisão em se traduzir os resultados sociais em indicadores mensuráveis matematicamente, tem sido enfaticamente exposto por correntes teóricas dentro da ciência econômica. A quantificação de qualitativos pode ocorrer; mas ela, por vezes, pode não ser recomendada para determinados problemas de pesquisa. A busca por uma suposta veracidade absoluta através dos números se mostra inútil, como restou apresentado pelo trabalho de Luperi (2012).

3.3 A Inaplicabilidade da Análise Econômica

É possível apreender que o caso da prestação de medicamentos pelo poder judiciário, para além das políticas públicas existentes, é um desses casos socialmente complexos em que os modelos matemáticos não conseguem apreender a realidade. No mundo ideal, a prestação de um medicamento em detrimento de outras prestações seria um desperdício, provavelmente passível de ser calculado pela equação matemática. Mas não se está num mundo ideal, e existem fatores determinando escolhas políticas, e outros fatores determinando exclusão social, ausência de qualidade de vida e saúde. Estes fatores não são captados pela equação da eficiência trazida acima. São conceitos não traduzíveis para a simbologia matemática. De modo que a utilização, neste caso, do raciocínio da eficiência para a mensuração de macro justiça é simplista e irreal. A macro justiça na saúde, neste momento histórico, e neste contexto social, está além de fatores econômico-financeiros.

De um modo geral o que se percebe é que, apesar das correntes *mainstream* na economia e da corrente doutrinária que se utiliza da análise econômica, no direito, se proporem a proporcionar uma teorização específica para o setor público, o que elas fazem é tão somente transportar para o setor público as afirmações econômicas desenvolvidas para o setor privado. De resto, a *mainstream* tem enfrentado questionamentos dentro da ciência econômica também para a análise dos fenômenos do setor privado, pela mesma ignorância acerca dos fatores sociais. Então, a AED, ao se utilizar desta escola, de forma acrítica também

preconiza a superioridade das ciências naturais (MILONAKIS, 2011, p.6-7), ao se dispor a defender a matematização dos fenômenos sociais e, por conseguinte, a AED, dentro de uma ciência social, esquizofrenicamente pode excluir dos seus estudos fatores sociais relevantes.

A crítica dos autores argentinos Torrecillas e Moraes converge para este mesmo aspecto. Eles afirmam que os economistas atuais e conseqüentemente os juristas que se utilizam destas teorias monetarista-matemáticas acabam por servir à manutenção do *status quo* social, que, no momento, traduz uma desigualdade social inaceitável (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.5). Assim, muitas teorias econômicas atuais estão, em seu trabalho teórico, servindo àqueles que detêm o poder econômico, por justificar políticas a eles favoráveis, fundamentadas nestas teorias. As teorias *mainstream* neoclássicas, então, legitimam a perpetuação da desigualdade. Os autores advertem:

A economia, quando migra para longe da realidade dos problemas sociais e se concentra na construção de pressupostos adequados aos seus modelos matemáticos, cria meios pseudo-empíricos *que podem não ser neutros*. Estes modelos, ainda que desrespeitando a vida real, sobrevivem por servirem para dar lastro a processos políticos e econômicos já em curso. O economista no jogo da política econômica é quem “faz o meio de campo entre os interesses dos financistas e dos políticos”, *pois através de seu conhecimento técnico, são produzidos os discursos que legitimam as ações políticas*. (MORAES; TORRECILLAS, 2013, p.4) [Sem grifos no original]

137

Há, por sua vez, estudiosos do Direito que enveredam por uma consideração mais equilibrada da relação entre este e a economia. Bruno Meyerhof Salama propõe duas premissas, a primeira delas é *a justiça não se submete à eficiência*. Após desenvolver considerações críticas ao primado da eficiência, tal como já foi exposto nos parágrafos acima, o autor conclui que não é possível afirmar que eficiência signifique justiça, e sustenta que a eficiência deve ser apenas um ponto a se levar em consideração no exame da justiça. A segunda premissa: o justo, no meio jurídico, se beneficia das discussões sobre as conseqüências das decisões jurídicas. A economia fornece ferramentas para se pensar as conseqüências. Enquanto a economia sempre se preocupa com as conseqüências, o Direito nem sempre o faz, apesar de se beneficiar delas para definição do justo, visto que o Estado de Bem-Estar Social e a Administração por resultados se preocupa com as conseqüências sociais do Direito e das ações estatais. Mas estas conseqüências o Direito, sozinho, dentro de si mesmo, não consegue desvendar. São necessários outros campos do saber para explicar fenômenos decorrentes de uma sociedade cada vez mais complexa (BRASIL, 2010).

Resta a pergunta: quando caberia as teorias econômicas para a complementariedade do conhecimento jurídico poderiam ser utilizadas? Há fatores na realidade que são matematicamente mensuráveis, e para estes fatores, a análise econômica matemática seria útil (LUPERI, 2012, p.74). Não obstante, há fatores sociais que não são mensuráveis matematicamente, e a ciência econômica, tal como tem se mostrado hoje, não seria interessante fonte de solução para as problemáticas. Talvez no futuro, com o surgimento de novos paradigmas econômicos, como resultado das críticas já existentes dentro daquele campo científico, paradigmas que atentem para fatores sociais, a economia se aproxime do direito com mais coerência. No momento, entretanto, verifica-se que a utilização desta área do conhecimento deve ser cautelosa por parte dos estudiosos da ciência do direito.

Portanto, a discussão sobre eventual eficiência/ineficiência, no campo do direito fundamental à saúde (e de qualquer outro direito fundamental), não deve subsistir como argumentação contrária ou restritiva à justiciabilidade do mesmo. Ponderando-se a preocupação com a atividade administrativa promotora do direito, deve-se buscar novos horizontes de solução para as limitações atuais do poder judiciário¹²; mas considerar o atual posicionamento e atuação do judiciário como obstáculo da concretização do direito à saúde, por interferir em macro justiça da conjuntura é, no mínimo, uma leitura simplista da realidade brasileira¹³.

138

¹² Como a criação de equipes técnicas de assessoramento ou uma vara da Saúde, como foi discutido no recente Fórum da Associação Paulista de Medicina: Judicialização da Saúde em agosto de 2013. As varas de saúde seriam “especializadas em processar e julgar ações judiciais que tenham como tema de fundo o direito à saúde são necessárias não apenas por uma questão humana, mas também em razão de organização judiciária. Na década de 1930, um dos maiores problemas do Brasil eram as fraudes eleitorais. A resposta do Estado veio com a criação da Justiça Eleitoral em 1932. Quando a violência doméstica atingiu níveis alarmantes e se tornou uma questão de política pública, foi aprovada a Lei 11.340/06, chamada de Lei Maria da Penha, e criadas varas especializadas para o julgamento dos crimes cometidos por violência doméstica”. O conselheiro Ney Freitas concorda com a avaliação, mas atendeu ao pedido apenas em parte: “Varas especializadas ou semiespecializadas teriam algumas vantagens como a formação de câmara técnica de apoio, alinhamento com fóruns de saúde, captação de magistrados sobre o tema”, disse. A especialização, segundo ele, é apenas uma das alternativas para o problema. (...)” (HAIDAR, 2013).

¹³ Em 2016, o CNJ e o Ministério da Saúde começaram a se reunir para propor ações conjuntas que tentem diminuir a judicialização da saúde. Dentre as propostas estão a ampliação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs), que oferecem, ao judiciário, informações relevantes para a tomada de decisões. A ideia é que os NATs existam em todos os tribunais estaduais e regionais. Os magistrados teriam a liberdade de escolher se utilizariam, ou não, o parecer técnico (CNJ, 2016). Outra visão sobre a iniciativa pode ser a de se tentar criminalizar a prática dos pacientes cobrarem, na justiça, o seu direito à saúde, o que, definitivamente, não é o caminho. Quando várias ações por um medicamento começam a aparecer, o Governo, para evitar a compra individual e, portanto, por valor mais elevado, apressasse-se em incluir o remédio na lista dos obrigatórios, para que o remédio possa ser comprado em larga escala e preço reduzido. É o que aconteceu, por exemplo, com os medicamentos dispensados para AIDS e hepatite.

A utilização do conceito de eficiência, tal como tratado na economia atual, e proposto pela teoria da reserva do possível e pela AED para a análise da concretização dos direitos fundamentais, não é o melhor raciocínio para a solução da tensão entre a macro e a micro justiça, por apresentar uma cegueira que é intrínseca à matematização de fenômenos sociais, e não ser parâmetro plenamente aplicável ao conceito de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da constitucionalização do Direito, que se materializou no Brasil com a Constituição de 1988, traz consigo a possibilidade da concretização de direitos humanos recentemente reconhecidos, tarefa que não está apartada de dificuldades. Dentre os empecilhos, elegeu-se, dentro da conjuntura da efetividade dos direitos sociais, a atuação do poder judiciário brasileiro a respeito da concretização do direito à saúde, tendo por foco a maior demanda observada até então: a prestação de medicamentos pelo Estado. As discussões teóricas, práticas e populares são intensas e as proposições encontradas foram as seguintes.

A teoria da reserva do possível amplamente difundida no Direito brasileiro deve ser cuidadosamente trabalhada, sob risco de preconizar conceitos ideológicos sem correspondência com o texto constitucional. Do conceito de *reserva do possível*, é possível extrair duas subdivisões: a reserva do possível jurídica e a reserva do possível fática.

A *reserva do possível jurídica* mostrou-se incapaz de subsistir enquanto óbice à concretização dos direitos fundamentais pelo poder judiciário. As escolhas políticas têm se mostrado reiteradamente contrárias à concretização real destes direitos, alocando recursos prioritariamente para outras áreas não fundamentais. Desta forma, uma decisão judicial que implique na inobservância de um orçamento inconstitucional se revela legítima na preservação de um dos fundamentos do estado brasileiro que é a dignidade da pessoa humana, através da garantia dos direitos relacionados a este axioma. Não obstante, visualizou-se que dessa eficácia imediata decorrem duas questões operacionais que devem ser solucionadas.

A primeira diz respeito à existência de orçamento disponível. Apesar da afirmação, tratada no âmbito da *reserva do possível fática*, de que o poder judiciário estaria interferindo nas atividades administrativas, e sendo responsável por uma injustiça a nível macro na realização do direito à saúde, devido ao suposto desperdício que ocorre na alocação de recursos para um indivíduo em detrimento de muitos, observa-se que esta é uma visão

simplista da realidade brasileira.

Considerando o conceito de eficiência alocativa, foi possível constatar que ele é insuficiente para a discussão sobre a macro justiça neste tema, uma vez que ignora fatores sociais como a alocação de recursos para setores não fundamentais; interferências de interesses privados na definição de políticas, dentre elas, as tributárias; problemas de representatividade nas instâncias de deliberação, dentre outros, que operam significativamente para a ocorrência da injustiça a nível macro. Responsabilizar o poder judiciário pela inoperância das políticas de saúde é apenas mais uma forma de se negar a concretização de um direito por demais preterido. Prescinde-se do direito à saúde nas instâncias políticas federais e estaduais, e quando a necessidade social ignorada chega ao poder judiciário, a título de clara exposição da negligência estatal, a reserva do possível aparece como novo discurso apaziguador dos ânimos, na frequente alegação da ausência de recursos. Ora, os recursos existem, apenas não estão empregados onde deveriam estar. A ausência de recursos para a saúde não é uma fatalidade. São escolhas políticas, realizadas reiteradamente, em detrimento deste direito, que ocasionam a atual conjuntura negativa que se encontra o sistema de saúde pública brasileiro. O Brasil não dispõe de recursos escassos, mas de recursos finitos, escassas são as destinações, determinadas em âmbito político, à saúde, direito humano fundamental imprescindível para a garantia do direito à vida.

Devido a estas escolhas políticas superiores, todos os envolvidos na relação da justiciabilidade tem sido responsabilizado por um problema ao qual não deram causa. O magistrado, o gestor público, o demandante da prestação individual. O magistrado atua plenamente dentro do desenho institucional ao qual pertence, na busca pela máxima eficácia do direito à saúde. O gestor público da saúde, em especial o municipal, se desdobra para melhor atender à população com os recursos, estes sim, escassos, que lhe são destinados para a assistência a este direito. A municipalização da saúde trouxe a possibilidade de melhor gestão das necessidades locais, mas não implicou em aumento de recursos ou capacitação - em todas as áreas - dos municípios. Desta forma, o poder municipal efetivamente atua com um orçamento pequeno, enquanto grandes volumes financeiros são destinados, como já salientado, a atividades não essenciais. O demandante da prestação, por sua vez, tem uma necessidade, a qual o Estado se comprometeu a suprir, quando escolheu, na sua Constituição, implementar o sistema de saúde com as características de seguridade social. Não é um sistema residual, mas carrega para si a principal responsabilidade com o atendimento à saúde da

população, e esta responsabilidade se alarga quando é considerado o nível de desigualdade existente hoje no país. Quando o Estado não cumpre este compromisso, devido a discricioniedades políticas momentâneas, as demandas judiciais aparecem, e não há nada mais legítimo.

Constatou-se que a *reserva do possível fática* se mostra falaciosa no país com a 9ª maior economia mundial, sendo necessário que os recursos existentes e disponíveis sejam destinados prioritariamente à concretização dos direitos humanos consagrados na Constituição.

A segunda questão operacional a ser enfrentada acerca da imediata eficácia do direito à saúde, é a capacidade do juiz de decidir casos concretos. A justiciabilidade é uma premissa, mas a tutela do direito à saúde deve ser corretamente apreciada, ou não haveria razão para o processo judicial. Como em qualquer outra área jurídica, nem todas as demandas são passíveis de deferimento. Não pela ausência de recursos orçamentários, mas pela ausência de justiça no caso concreto. Como qualquer outra área do Direito que demande conhecimento não jurídico (tome-se por exemplos, a falência ou o direito ambiental), é necessário que haja um assessoramento ao magistrado para que decida de maneira lúcida. Assim também é para o direito à saúde. É urgente o aparelhamento estatal para apreciação das demandas em saúde, não só em medicamentos, para que a atuação jurisdicional não seja lugar de decisões inadequadas, por vezes esdrúxulas, e ineficazes, como se tem relatado.

Apesar desta falha a ser superada, as demandas judiciais mostram-se como um dos possíveis meios de expressão de setores não ouvidos da sociedade, e representam uma forma de pressão política para a iniciativa pública em setores sociais negligenciados. Como é notório, assim ocorreu com as demandas judiciais de vagas em leitos disponíveis em Unidades de Tratamento Intensivo, que resultaram em aumento da quantidade de leitos disponíveis por todo o país, e com as demandas para medicamentos e tratamentos para a AIDS, que, lado a lado com as outras manifestações políticas provenientes de movimentos sociais, teve por consequência a implementação do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS, considerado exemplo mundial.

Conclui-se que o direito à saúde é justiciável frente ao Estado, devendo ser tutelado na maior escala possível, dentro dos critérios de justiça que são necessários em qualquer ramo jurídico, de forma a conferir maior eficácia a este direito imprescindível à valorização da vida. No contexto contemporâneo de compreensão da democracia, as demandas judiciais, no caso

do direito à saúde, se mostram como mais uma frente de pressão social e política com fins a concretização deste direito humano na peculiar conjuntura da realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, Elen Fagundes. *Tudo para todos? A integralidade e a universalidade da saúde pública no Brasil*. Monografia de conclusão de curso. Orientador: Prof. Davi Augusto Santana de Lelis. Viçosa, MG: Universalidade Federal de Viçosa, 2013.

AVELÃS NUNES, Antônio José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar*. V. 16, n. 2, p. 409-476. Fortaleza, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª edição, Editora Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/o-principio-da-eficiencia>> Acesso em 23 Fevereiro 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n 15, jan/fev/mar 2007. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em julho de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 21, jan/dez 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2a. Edição amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba-MG: V.11, n. 15, p.13-38. Novembro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo judicial e

legitimidade democrática. *REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abril/junho 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública da Saúde – Principal*. Sítio do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em agosto de 2013a.

BRASIL. *SEMINÁRIO DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2010. Exposição de Bruno Meyerhof Salama. Tema: Direito e eficiência. Youtube. Audiovisual disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=c2AaEOqPFfY>>. Acesso em maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. *Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004. Sítio do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28%28CELSO+DE+MELLO%29%29%29ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%29ENPRO%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%29EDMS%2E%29%28%40JULG+3D+20040429%29%28%40JULG+3D+20040429%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/czxb4nj>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. Audiência Pública sobre a Saúde, realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública da Saúde – Principal. Sítio do STF. 2009^a. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em agosto de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal da Saúde*. Disponível em <www.saude.gov.br>. Acesso em 06 de junho de 2012.

BRASIL. Governo Federal regulamenta isenção para empresas ligadas à Copa do Mundo. *Jogos Limpos*. 2012. Disponível em <<http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/governo-federal-regulamenta-isencao-para-empresas-ligadas-copa-mundo/>>. Acesso em agosto de 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Plano Plurianual 2012-2015. *Sítio da Secretaria de*

Planejamento do Governo Federal. 2013b. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=155&sub=175&sec=10##ppaAtual>>. Acesso em agosto de 2013.

CARVALHO, Leonardo Arquimino et al. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 01, n. 01. vol. São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado, 01 jul/dez 2008.

CNJ. *Forum da Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/forum-da-saude>. Acesso em 26 de julho de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível in* CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.) *Direitos Constitucionais: Leituras Complementares*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. [Tese Doutorado]. Salvador: Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2011.

144

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. São Paulo: EAESP/Fundação Getúlio Vargas, 2009.

Haidar, Rodrigo. CNJ dá um passo para criar varas de direito à saúde. 28 de maio de 2013. *ConJur*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-28/cnj-passo-criar-varas-especializadas-direito-saude>> Acesso em 12 janeiro, 2014.

HOFFMANN, Florian F. e BENTES, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In SARMENTO, Daniel SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

LELIS, Davi Augusto Santana de; COSTA, Lorena Vieira. Julgamento moral, economia e políticas públicas. *Revista de Presidência*. V. 18, n. 114. 2016.

LOUREIRO, Maria Rita e ABRUCIO, Fernando Luiz. Democracia e eficiência: a difícil relação entre política e economia no debate contemporâneo. *Revista de Economia Política*, vol. 32, n. 4 (129), p. 615-633, outubro-dezembro/2012.

LUPERI, Maurício Martinelli Silva. *Três ensaios críticos sobre o processo de matematização recente a economia no Brasil e no mundo*. 2012. Orientador: Luiz Carlos Bresser Pereira. [Tese doutorado]. São Paulo: Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas.

MILONAKIS, Dimitris. Crise econômica, a Crise da Economia e o Futuro da Economia Política. *Revista Argumentum*, Vitória, Universidade Federal do Espírito Santo, v. 02, n. 02, 2011. Disponível em <<http://periodicos.ufes.br/argumentum>> Acesso em 05 de julho de 2013.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de; TORRECILLAS, Geraldo Leopoldo da Silva. Por uma nova economia política – notas críticas à teoria neoclássica, ao direito econômico e à política econômica. Uma contribuição epistemológica para os preceitos de administração pública no contexto da globalização contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia (RDPE)*. Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 227-240, jan./mar. 2013. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60761>> Acesso em junho de 2013.

145

ONU. Organizações das Nações Unidas. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano*. 2015

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. [Livro eletrônico] Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

SANTOS, Boaventura *et al*, *Introduction: Opening up the Canon of Democracy in* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizing Democracy. Beyond the Liberal Democratic Canon*. Londres: Verso, 2005. Disponível em <<http://www.boaventuradesousasantos.pt>>. Acesso em agosto de 2013.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros Ético-Jurídicos in* SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coordenadores), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*. 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: possibilidades e riscos. *Daniel Sarmento*. Disponível em <www.danielsarmento.com.br>. Acesso em 26 de junho de 2013.



SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 01, n. 01, Escola da Defensoria Pública do Estado, pp. 180-234, jul/dez 2008.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras. 1999.

SILVA, Ambrozina de Abreu Pereira *et alii*. Eficiência na Alocação de Recursos Públicos destinados à Educação, Saúde e Habitação em Municípios Mineiros. *Revista Contabilidade, Gestão e Governança*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 96-114, jan/abr 2012.

SOARES JR., Jair. A obrigação estatal de prestação do 'tratamento adequado' eu caráter principiológico do direito à saúde. *Revista Direito e Liberdade*, Brasília, v. 13, n. 02, jul/dez 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*, In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira (Coordenadores), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris editora: Rio de Janeiro, 2010.

TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: a Saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. *In Rev. TRF 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti, (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-67, 2008.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. *Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos*. 4. ed. 8. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

