

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL
MESTRADO EM DIREITO**

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NOVAS RESPOSTAS PARA VELHOS PROBLEMAS**

**CURITIBA
2020**

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NOVAS RESPOSTAS PARA VELHOS PROBLEMAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico. Área de Concentração: Poder, Estado e Jurisdição. Linha de Pesquisa 2: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Centro Universitário Internacional (UNINTER).

Orientador: Professor Doutor Mário Luiz Ramidoff

CURITIBA

2020

F655j Fogaça, Anderson Ricardo
Judicialização da saúde: novas respostas para velhos
problemas / Anderson Ricardo Fogaça. - Curitiba, 2020.
152 f.

Orientador: Prof. Dr. Mário Luiz Ramidoff
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito à saúde. 2. Decisão (Direito). 3. Juízes –
Decisões. 4. Função judicial. 5. Direito econômico. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de participar de um Curso de Mestrado, caminho necessário para se atingir o ápice na carreira acadêmica.

Meu agradecimento especial à minha esposa, Tatiany Zanatta Salvador Fogaça, pela compreensão, paciência e apoio na concretização deste sonho. À nossa filha, Teodora Fogaça, só tenho a agradecer pela companhia e amor sempre devotados a mim. Sem a família, nada somos nesse mundo!

Agradeço também ao meu querido Orientador, Professor Mario Luiz Ramidoff, que me deu todo o suporte e incentivo para a pesquisa acadêmica, sempre me iluminando com sua sabedoria.

Agradeço ao Mestre Miguel Kfoury Neto, grande intelectual do Direito, ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e que muito me honra sua participação na banca de defesa da dissertação.

Agradeço imensamente ao incansável Professor José Laurindo de Souza Netto, atualmente 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a quem tenho a honra de prestar auxílio como seu Juiz Auxiliar na Cúpula desta Corte. Professor de primeira grandeza, desde o início dessa árdua missão na academia sempre me incentivou e me passou parte do imenso conhecimento adquirido em mais de 30 anos como professor e como magistrado, nunca deixando esquecer da necessidade do aperfeiçoamento intelectual do magistrado para o melhor exercício de sua função.

Agradeço a toda a minha dileta equipe de trabalho, da qual tive o apoio necessário para a conjugação do trabalho como magistrado e para a realização do Curso de Mestrado.

Também agradeço ao Professor Daniel Ferreira, Coordenador deste PPGD, e a toda a equipe do Mestrado da Uninter, pela paciência e dedicação à consolidação deste Curso no mundo acadêmico.

RESUMO

Há um caos na jurisdição da saúde decorrente da tensão entre uma dívida pública exorbitante e um dever constitucional atribuído ao Estado de satisfazer, dentre outros, o direito subjetivo dos cidadãos à saúde, o que, diante da massiva população brasileira e do exorbitante número de ações judiciais, implica elevados gastos públicos e corriqueiras frustrações, as quais, por sua vez, reclamam a intervenção jurisdicional. Demonstra-se que o Poder Judiciário, paradoxalmente, contribui para o agravamento do preocupante cenário por meio de cinco fatores principais: o apego à fundamentalidade material dos direitos à vida e à saúde como razão única para a concessão de medicamentos e demais prestações à saúde, afastando-se a aplicação da legislação infraconstitucional contrária à concessão de todo e qualquer pretensão do direito à saúde; o subjetivismo, solipsismo ou individualismo dos juízes, presente na grande maioria das decisões; o entendimento equivocado sobre o que é e, também, acerca do conteúdo do chamado direito implícito ao mínimo existencial; incompreensão teórica acerca da amplitude da cláusula da reserva do possível; e violação cotidiana ao princípio constitucional da isonomia e desprestígio de sua força normativa. Uma resposta meramente teórica para esses problemas (ausência de direitos absolutos, adoção do método da decisão por princípio dworkiana, correta compreensão técnica sobre mínimo existencial e cláusula da reserva do possível e resgate da força normativa do princípio da isonomia), porém, revela-se insuficiente ante a demanda por operacionalização e racionalidade do sistema. Assim, sob as lentes da Análise Econômica do Direito, apresentou-se alguns conceitos dessa disciplina que podem contribuir para a superação ou minoração dessa excessiva judicialização de causas relacionadas ao direito à saúde. A análise dos custos da transação, englobando o estudo sobre as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (PDP), Fomento Setorial e Licenciamento Compulsório, demonstrou como é possível reduzir os gastos públicos na área da saúde sem deixar de atender à saúde básica dos jurisdicionados, assumindo a vontade política, no ponto, especial relevo para a concretização dos direitos. Evidenciou-se como a desjudicialização da saúde pode ser alcançada, também, por meio da adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos, notadamente pela mediação sanitária, pelo estímulo ao uso de meios pré-

processuais de resolução de conflitos na dispensação de medicamentos e tratamentos pela rede pública de saúde, pelo Poder Judiciário, através dos CEJUSCs. Abordou-se a necessidade de adoção do método consequencialista pelos tribunais superiores, o qual impõe a revisão da jurisprudência brasileira — mormente diante da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, a qual consagrou expressamente o consequencialismo no direito brasileiro como método de decisão. Conclui-se que somente uma nova cultura jurídica pautada na necessidade de que os magistrados levem em consideração as consequências práticas potencialmente advindas de suas decisões, com análise da relação custo-benefício, terá o condão de fomentar a superação dos problemas existentes no trato judicial da saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Decisão judicial. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

There is chaos in the health jurisdiction resulting from the tension between an exorbitant public debt and a constitutional duty attributed to the State to satisfy, among others, the subjective right of citizens to health, which, in view of the massive Brazilian population and the exorbitant number of actions judicial, implies high public spending and common frustrations, which, in turn, call for judicial intervention. It is demonstrated that the Judiciary Power, paradoxically, contributes to the aggravation of the worrying scenario by means of five main factors: the attachment to the material fundamentality of the rights to life and health as the sole reason for granting medicines and other health benefits; the subjectivism, solipsism or individualism of the judges, present in the vast majority of decisions; the mistaken understanding of what it is and, also, about the content of the so-called implicit right to the existential minimum; theoretical misunderstanding about the breadth of the possible reserve clause; and daily violation of the constitutional principle of isonomy and disregard for its normative force. A purely theoretical answer to these problems (absence of absolute rights, adoption of the decision method by Dworkian principle, correct technical understanding of the existential minimum and clause of the possible reserve and rescue of the normative force of the principle of isonomy), however, is revealed insufficient in view of the demand for operationalization and rationality of the system. Thus, under the lens of Economic Analysis of Law, some concepts of this rich discipline were presented that can contribute to overcoming or lessening this excessive judicialization of causes related to the right to health. The analysis of the transaction costs, encompassing the study on Productive Development Partnerships (PDP), Sectoral Promotion and Compulsory Licensing, demonstrated how it is possible to reduce public spending in the health area without neglecting the basic health of the jurisdictions, assuming the political will, on the point, special emphasis on the realization of rights. It became evident how the dejudicialization of health can also be achieved through the adoption of alternative methods of conflict resolution, notably by health mediation, by encouraging the use of pre-procedural means of conflict resolution in the dispensation of medicines and treatments. by the public health network, by the Judiciary, through CEJUSCs. The need for adoption of the consequentialist method by the higher courts

was approached, which imposes the revision of Brazilian jurisprudence - especially in view of the reform of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law by Law nº 13.655 / 2018, which expressly enshrined consequentialism in the Brazilian law as a decision method. It is concluded that only a new legal culture based on the need for magistrates to take into account the practical consequences potentially arising from their judicial decisions, with analysis of the cost-benefit ratio, will be able to foster the overcoming of the problems existing in the judicial treatment of health.

Keywords: Right to health. Judicialization. Judicial decision. Economic Analysis of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
PARTE 1	18
1 O DIREITO À SAÚDE: POR QUE A GRANDE MAIORIA DOS JUÍZES NÃO OBSERVA A REGULAMENTAÇÃO DESSE DIREITO?	19
1.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO CAUSA PARA SE AFASTAR A LEI E OS ATOS ADMINISTRATIVOS DO CASO CONCRETO	19
1.2 O SUBJETIVISMO (SOLIPSISMO OU INDIVIDUALISMO) COMO ENTRAVE À CORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO: A NECESSIDADE DO EMPREGO DA “DECISÃO POR PRINCÍPIO” DWORKIANA	47
1.3 A MÁ COMPREENSÃO A RESPEITO DO CONTEÚDO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: DEFINIÇÃO <i>A PRIORI</i> OU A PARTIR DO CASO CONCRETO?	57
1.4 O ENTENDIMENTO EQUIVOCADO SOBRE A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL: A NEGLIGÊNCIA SOBRE SUA AMPLITUDE	66
1.5 A VIOLAÇÃO DIÁRIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA: A “TRAGÉDIA DOS COMUNS” E O RESGATE DE SUA FORÇA NORMATIVA	74
PARTE 2	81
2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE DA JURISDIÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE	81
2.1 OS CUSTOS DA TRANSAÇÃO: COMO O ESTADO PODE MINORAR AS DESPESAS COM A SAÚDE PÚBLICA SEM COMPROMETER A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	81
2.1.1 Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP)	85
2.1.2 Fomento Setorial	90
2.1.3 Licenciamento Compulsório	96
2.1.4 Desjudicialização	99
2.2 AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 13.655/2018: O VIÉS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	109
2.3 NECESSIDADE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED): O CONSEQUENCIALISMO COMO MÉTODO DE DECISÃO	120

3 CONCLUSÃO	131
4 REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

Pensar na jurisdição — e, por extensão — no processo na contemporaneidade implica, com efeito, adentrar terreno que se encontra em *crise*: o número de processos vem crescendo nos últimos anos e a estrutura do Poder Judiciário se revela, cada vez mais, insuficiente. Caso se restrinja o campo de análise à *jurisdição do direito à saúde*, nota-se uma realidade caótica.

É corriqueira a afirmação de que a saúde é objeto de ampla judicialização no Brasil. Bem da vida de extrema importância que é, indissociável da noção de dignidade e responsável, em boa medida, pela possibilidade de fruição dos demais direitos, a procura pela obtenção desse direito humano, nas searas administrativas e, principalmente, judicial, é praticamente diária — o que, por si só, sublinha a relevância da matéria para a sociedade e impõe ao Poder Público o emprego da devida atenção.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o número de processos judiciais envolvendo o direito à saúde aumentou consideravelmente nos últimos anos, sendo que, só em 2018, constatou-se 2.228.531 demandas em trâmite no Brasil sobre o assunto¹.

Segundo dados obtidos pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), a partir de pesquisa solicitada pelo mesmo CNJ, houve, considerando apenas a primeira instância de jurisdição, um crescimento anual de 130% no número de ações envolvendo o direito à saúde no período de 2008 a 2017. Para se ter uma ideia a respeito da dimensão desse aumento, tem-se que, no mesmo período, o número de processos em geral cresceu cerca de 50%².

Somente no âmbito federal, por exemplo, os gastos diretamente oriundos de ações judiciais relativas à saúde cresceram cerca de 1.300% num período de apenas oito anos (2008-2015), passando de 70 milhões de reais para cerca de um bilhão de reais³. Fatalmente, questiona-se: o que leva o Estado brasileiro a se deparar com um

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília, 2019. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPaineisCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em 20 abr. 2019.

² LAVIERI, Fernando. Quanto vale a vida. Disponível em: <<https://istoe.com.br/quanto-vale-a-vida/>>. Acesso em 05 abr. 2019. Ver, também, CRUZ, Fernanda. Judicialização na saúde cresce 130% no país, mostra estudo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/judicializacao-na-saude-cresce-130-no-pais-mostra-estudo>>. Acesso em 05 abr. 2019.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 20 nov. 2018.

expressivo número de ações judiciais envolvendo o direito à saúde e, por conseguinte, gastar tantos recursos públicos, que são escassos, com essas demandas?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 6º, positiva os direitos sociais⁴ dentro do ordenamento jurídico brasileiro como verdadeiros direitos fundamentais. Uma vez inseridos dentro do regime jurídico próprio a estes direitos⁵, é necessário reconhecer que os direitos sociais são dotados de aplicabilidade imediata (CRFB, art. 5º, § 1º)⁶ e gozam de proteção contra emendas constitucionais abolitivas (CRFB, art. 60, § 4º, inc. IV)⁷, além de serem multifuncionais (isto é, direitos dos quais decorrem diversas posições jurídicas jusfundamentais) e se apresentarem em dupla dimensão (subjativa e objetiva).

A par da discussão acerca das ditas “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais, certo é que os direitos sociais, notadamente — e não exclusivamente, pois de todos os direitos fundamentais decorrem funções de defesa e prestação —, enfrentam, desde a promulgação da Constituição da República, maiores embaraços para sua execução, justamente porque a sua concretização impõe ao Estado uma prestação fática ou material, que exige, por excelência, o dispêndio de maiores recursos financeiros.

⁴ Adota-se, neste trabalho, o conceito de direitos sociais referenciado por Daniel Wunder Hachem, para quem tais direitos são “os direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado”. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205.

⁵ Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, *passim*. Ver, também, NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, *passim*.

⁶ “Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

Com efeito, o Estado busca efetivar os direitos sociais mediante o exercício de políticas públicas⁸ e, ainda que não sejam meras normas programáticas⁹, estão sujeitos a uma satisfação progressiva.

O problema reside, pois, no fato de que “a satisfação das necessidades humanas dar-se-á em maior ou menor grau proporcionalmente às possibilidades econômica, jurídica e política de uma dada comunidade”¹⁰, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais apresentam uma “relação profunda e essencial com as finanças públicas”, além de dependerem, “para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado”¹¹.

É público e notório, porém, que o Estado brasileiro (*lato sensu*), compelido pela Constituição da República a fornecer prestações sanitárias a seus cidadãos, tem se mostrado cada vez mais endividado. Além de os Estados Federados e os inúmeros Municípios brasileiros, salvo raras exceções, estarem em complicada situação financeira, a dívida pública do Brasil fechou novembro de 2019 em R\$ 5,6 trilhões, o equivalente a 77,7% do Produto Interno Bruto (PIB), segundo dados divulgados pelo Banco Central¹².

A crise nas finanças públicas não é fenômeno atual. Como refere a doutrina, o problema “aparece já na década de 60, quando surgem os primeiros sinais de desequilíbrio entre receitas e despesas públicas” em função da crise do petróleo, ocasião na qual se aumentou o déficit público, “haja vista que as demandas sociais aumentaram em razão da recessão econômica mundial e, por outro lado, [houve] a diminuição da arrecadação fiscal”¹³.

⁸ Pode-se entender por políticas públicas as ações governamentais (discricionárias) que almejam, a médio e longo prazo, de maneira racional, organizada, programada e teleológica, atingir fins elencados na Constituição, bem como maximizar a efetivação da tutela dos direitos fundamentais. Segundo o magistrado paranaense Osvaldo Canela Júnior, “as políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Trata-se do cumprimento espontâneo da obrigação assumida pelo Estado em âmbito nacional e internacional” (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59).

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 117.

¹⁰ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível**: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014. p. 47.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 276.

¹² AGÊNCIA O GLOBO. Dívida pública chega a 77,7% do PIB em novembro, próxima à estabilidade. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/divida-publica-chega-a-777-do-pib-em-novembro-proximo-a-estabilidade/>>. Acesso em 28 jan. 2020.

¹³ SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais. In: **A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 138-139, jan./mar. 2016.

O cenário exposto não é nada menos do que caótico: tem-se uma dívida pública exorbitante aliada ao dever constitucional atribuído ao Estado (*lato sensu*) de satisfazer, dentre outros, o direito subjetivo dos cidadãos à saúde, o que, diante da massiva população brasileira e do exorbitante número de ações judiciais, implica elevados gastos públicos.

Não é de se surpreender, assim, que a salvaguarda do direito à saúde no campo administrativo não tenha se revelado suficiente como deveria, o que leva milhares de pessoas a buscar a jurisdição para fazer valer seus direitos. Afinal, como bem pontuam Rogério Luiz Nery da Silva e Yuri Schneider, diante da inércia dos demais Poderes Constituídos, o exercício do poder no Estado Democrático de Direito — afirmado sem que se tenha realizado um efetivo Estado Social anteriormente — se deslocou para o Poder Judiciário¹⁴.

Em tempos de grande proeminência do Poder Judiciário e crescimento exponencial dos gastos públicos, a frustração por parte do Estado no que tange à efetivação dos direitos sociais tem trazido ao centro do debate jurídico o ativismo judicial na seara das políticas públicas, na medida em que o Poder Judiciário, não raro, realiza uma interpretação ampliativa do direito constitucional quando da prolação de suas decisões.

Muitos autores apontam para o surgimento de um novo paradigma na teoria jurídico-constitucional, qual seja, o denominado neoconstitucionalismo¹⁵. Dentre as várias correntes que informam este fenômeno, o denominador comum consubstancia-se em traços característicos como a alçada dos princípios ao patamar de norma jurídica, a reconexão entre Direito e moral e o protagonismo do Poder Judiciário, mormente em face da constitucionalização do direito e da judicialização da política.

Não obstante essa corrente se norteie por um ideário humanista, no qual as pessoas enxergam no Poder Judiciário a “possibilidade de sua emancipação através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional”¹⁶, certo é que tal ideário não deve ser perseguido de maneira desordenada, sem a adoção de critérios jurídicos

¹⁴ *Idem*, p. 137-138.

¹⁵ Em verdade, a correta compreensão deste fenômeno ínsito ao chamado “pós-positivismo” passa pela ideia de que haveria vários “neoconstitucionalismos”. Esta análise, entretanto, escapa ao escopo do presente trabalho. Para uma ideia geral sobre o tema, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 28 mar. 2019.

¹⁶ Como destaca Luís Roberto Barroso *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 12.

e metodológicos, de modo que prejudique a concretização de outros valores consagrados pelo Poder Constituinte.

Não se pode perder de vista que o custeio das políticas públicas está adstrito às disposições do orçamento, notadamente às leis do Plano Plurianual, às de Diretrizes Orçamentárias e às Orçamentárias Anuais. Afinal, “a escassez de recursos limita os gastos com políticas sociais e a lei anual orçamentária acaba por se constituir no documento que sintetiza e dá objetividade numérica à atividade administrativa”¹⁷.

À luz do método lógico-dedutivo, levantou-se a bibliografia jurídica especializada, inicialmente. Os livros, capítulos de livros, textos e artigos científicos (digitais ou impressos) da literatura nacional e estrangeira foram lidos e fichados, tarefa que, além de propiciar a reflexão necessária para o desenvolvimento do tema, já envolveu a separação de trechos para citação e reforço argumentativo, de modo que não se fez necessário voltar a manusear as fontes para produzir o texto final. Após, a pesquisa se direcionou à coleta de dados objetivos que pudessem comprovar a hipótese colocada como premissa, qual seja, a de que há um excessivo número de ações judiciais envolvendo o direito à saúde no Brasil, tendo sido realizadas consultas às bases de dados e estudos do Conselho Nacional de Justiça e do Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), bem como a matérias de revistas jornalísticas respeitadas que se reportavam a esses estudos. Os números obtidos foram catalogados e inseridos no texto para demonstrar objetivamente a ocorrência do fenômeno da excessiva judicialização da saúde.

Em relação ao específico ponto da dissertação no qual se trabalhou com a hipótese da existência de uma conduta ativista dos juízes na maioria dos casos que envolvem o direito à saúde (hipótese), bem como com a necessidade de revisão da jurisprudência brasileira, realizou-se pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para o fim de confirmar a veracidade da premissa, inserindo a posição das Cortes ou dos magistrados que as integram no decorrer do texto para reflexão e crítica.

Assim, objetiva-se com este trabalho: **1)** evidenciar, teoricamente, quais os principais motivos que levam os juízes a interpretar ampliativamente o Direito quando se trata de políticas públicas, sem levar em consideração possíveis consequências práticas de suas decisões; **2)** ainda no plano da teoria, fornecer respostas e

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 50.

parâmetros para a necessidade de autocontenção judicial, salientando, por exemplo, a possibilidade de o Estado opor reservas mesmo em face de posições jurídicas jusfundamentais (desde que não integrem o mínimo existencial, como será oportunamente explicado); **3)** levando em conta os problemas identificados, demonstrar como a Análise Econômica do Direito pode servir de instrumento útil para uma melhor compreensão e superação dessa atual quadra.

Num primeiro momento (*vide* Parte 1), cuida-se da análise teórica sobre os problemas oriundos de decisões judiciais tecnicamente ativistas — em especial aquelas com potencial de interferir no orçamento público e fomentar desequilíbrio na execução das políticas públicas por parte do Estado, na medida em que muitos medicamentos e tratamentos de alto custo são disponibilizados individualmente àqueles que procuram o Poder Judiciário, ao mesmo tempo que não o são concedidos para todos os indivíduos que se encontram na mesma situação de fato, beneficiando apenas aqueles que procuram a via judicial. Além disso, tratar-se-á das possíveis soluções para um melhor desempenho técnico da função jurisdicional.

Na segunda parte do trabalho, expõe-se o entendimento sobre alguns dos institutos mais elementares da Análise Econômica do Direito — como os custos da transação — e se procede à análise da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual positiva, de maneira inédita, o pragmatismo e o consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, ainda nesta Parte 2, aponta-se para a necessidade de os tribunais superiores, mormente quando se veem compelidos a enfrentar causas envolvendo o direito à saúde, que têm forte impacto no orçamento público, revisarem a sua jurisprudência em prol da adoção do consequencialismo como método decisório; e investiga-se quais os instrumentos existentes para fomentar a desjudicialização da saúde e, com isso, buscar-se, no longo prazo, a homogeneização dos gastos públicos em relação ao direito à saúde, efetivando-se o princípio da universalidade e igualdade sem gerar distorções que desequilibrem o sistema.

PARTE 1

1 O DIREITO À SAÚDE: POR QUE A GRANDE MAIORIA DOS JUÍZES NÃO OBSERVA A REGULAMENTAÇÃO DESSE DIREITO?

Com a proliferação das concessões judiciais individualizantes em matéria de saúde, ocorre um agravamento exponencial das desigualdades socioeconômicas, em manifesta violação ao princípio da isonomia em sua faceta material. Isso porque aqueles que possuem acesso efetivo à justiça integram a camada social mais abastada que também possui maior acesso aos serviços de saúde, de modo que os provimentos judiciais acabam por privilegiar uma seleta parcela dos cidadãos. Verifica-se, portanto, uma realocação orçamentária em detrimento de políticas públicas universalizantes que beneficiariam também aqueles inaptos a litigar perante o Poder Judiciário.

Será que, em casos que envolvem o direito à saúde das pessoas, os juízes se atém à legislação positiva ou, assumindo verdadeira posição de super-heróis, inspirados pelo neoconstitucionalismo, negligenciam o conteúdo da lei que se mostra contrária ao demandante para, a partir de suas próprias concepções sobre justiça e sobre o que é “certo”, “humano” ou “digno”, decidir em favor do demandante?

1.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO CAUSA PARA SE AFASTAR A LEI E OS ATOS ADMINISTRATIVOS DO CASO CONCRETO

O constitucionalismo moderno engloba dois modelos de Estado — quais sejam, aqueles correspondentes ao Estado Liberal-Burguês e ao Estado Social — que se diferenciam quanto às posições adotadas em relação à sociedade e aos direitos fundamentais que busca assegurar.

O constitucionalismo liberal-burguês possuía como finalidade precípua a limitação dos poderes do Estado, valendo-se de postura abstencionista a fim de

preservar a autonomia privada de indivíduos formalmente iguais. Em contrapartida, o constitucionalismo social objetivava a persecução de uma igualdade material, tendo em vista sua emersão da crise do Estado Liberal no final do século XIX, contexto de acentuada industrialização na Europa Ocidental, fenômeno que precarizou intensamente a malha social, marcada por quadros de exploração humana e miséria.

Neste cenário é que o Estado passa a revestir-se de incumbências relativas à prestação de serviços públicos, a fim de atender às demandas sociais, não mais se valendo de conduta negligente em face das mazelas em que se incorre ao anunciar uma igualdade meramente formal e faticamente inverificável. Por conseguinte, conhece-se uma recepção da noção de Estado Social na seara do constitucionalismo democrático, com a incorporação de direitos sociais, como o direito à saúde, à educação e à previdência social, que demandam, por sua natureza, postura mais ativa do Estado na busca por sua efetivação.

Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento¹⁸ bem denotam o perfil mais ambicioso de aludidas constituições, não mais circunscritas à noção de direitos negativos do Estado liberal, atreladas, pois, à “premissa de que a função do Estado diante destes direitos não é tão somente a de não violá-los, mas também a de protegê-los ativamente, (...) bem como de garantir as possibilidades materiais para o seu efetivo gozo”.

A trajetória histórica do constitucionalismo brasileiro é capaz de desvendar muitos dos traços mais marcantes da Constituição de 1988, elaborada na conjuntura de redemocratização que sucedeu o regime autoritário e, portanto, notadamente compromissada com os direitos fundamentais. No afã da transição democrática, a Constituinte foi marcada pela influência de interesses de diversos grupos da sociedade civil, culminando em uma Carta, como define Luís Roberto Barroso¹⁹, analítica, prolixa e corporativa.

Observando a expansão da matéria constitucional que marcou a Lei Maior de 1988, tendo como causas, dentre outras, o constitucionalismo social — fortemente

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1.233 KB: e-pub. Produção da versão eletrônica: 2012.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em 10/01/2020.

fomentado pelas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) — tencionado pelo legislador constituinte e as pressões de diversos segmentos sociais, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento²⁰ assim retratam o conteúdo compreendido pelo constituinte originário:

Todos estes fatores contribuíram para que fossem incorporadas à Constituição normas de duvidosa estatura constitucional, ora definindo políticas públicas que, do ponto de vista da teoria democrática, talvez devessem ser decididas no processo político majoritário, ora salvaguardando do alcance das maiorias interesses de caráter puramente corporativo, ora, ainda, adentrando em minúcias impróprias para um texto magno.

Ante essa totalidade da Carta Constitucional de 1988, que abarca extensa gama de normas definidoras de programas de ação a serem materializados pelas forças políticas, qualifica-se a Carta de 1988 como dirigente²¹, isto é, prospectiva quanto à efetivação de sua densa carga axiológica irradiada por todo o sistema jurídico. Dentre as diversas matérias em que se imiscuiu, conferiu proeminência aos direitos e garantias fundamentais consagrados já no Título II da topografia constitucional, elevando-os ao patamar de cláusula pétrea e instituindo o princípio da aplicabilidade imediata de tais normas (CRFB, art. 5º, § 1º).

Nessa lógica, a Constituição de 1988 expandiu o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais, acompanhando a tendência de incorporação dos direitos fundamentais de segunda dimensão que marca o constitucionalismo social, para além dos direitos civis e políticos de caráter negativo. O texto constitucional vigente estabelece, em seu art. 6º, que 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”. Inovou-se ao revestir o direito à saúde com elementos intrínsecos à fundamentalidade formal e material que qualifica os direitos e garantias fundamentais.

Há de se considerar, também, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla, por força do § 2º do art. 5º da CRFB, uma “abertura material do catálogo de direitos

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²¹ Modelo formulado por José Joaquim Gomes Canotilho, sendo uma constituição dirigente “entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 224.

fundamentais”, englobando tratados internacionais de direitos humanos²², os assim chamados direitos fundamentais implícitos (como o direito fundamental ao mínimo existencial), que decorrem do regime jurídico e dos princípios da ordem constitucional, e aqueles direitos fundamentais localizados topograficamente fora do Título II da Carta Magna, como os contemplados pelas demais normas que alicerçam o sistema brasileiro de saúde, previstas nos arts. 196 a 200 da Constituição²³.

À vista dos direitos novos consagrados pelo Estado Constitucional e inseridos na Lei Maior, muitas vezes de cunho político, é natural que se infira que sua concretização está intrinsecamente ligada à atuação dos poderes políticos, Executivo e Legislativo, aos quais caberia a implementação de aludidos ditames constitucionais.

Verifica-se, no entanto, uma inocuidade das forças políticas em fazer cumprir a densa carga programática contida no texto constitucional, seja em face da ausência de recursos e de sua má aplicação, seja em virtude da inefetividade das políticas públicas implementadas.

Ao tratar da transição paradigmática de Estado Liberal ao denominado Estado-Providência, Boaventura de Sousa Santos aduz que, ao passo em que surgem novos direitos advindos das lutas sociais, surgem também conflitos jurídicos a serem dirimidos pelos tribunais, fenômeno que, associado à incapacidade do Estado de atender aos seus compromissos assistenciais e providenciais, culmina em uma “explosão de litigiosidade”²⁴.

Ademais, a conjuntura de redemocratização que acompanhou a promulgação da Carta de 1988 trouxe consigo o avivamento da cidadania, “dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais”²⁵. Para se adequar ao novo momento histórico, a Constituição de 1988 trouxe mecanismos

²² Observa-se que, no campo do direito internacional, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, em seus arts. 22 e 25, foi o primeiro documento a prever expressamente o direito à saúde, seguida do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), da Convenção dos Direitos da Criança e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1989) — todas incorporadas pela legislação pátria. Cf., a respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001. p. 94.

²³ *Idem*, p. 94-95.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas mãos de Alice**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 144-145.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: < https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 18 jul. 2019.

que facilitaram o ingresso em juízo por parte do cidadão comum, superando o panorama anterior em que, a título de exemplo, somente o Procurador-geral da República era legitimado a questionar lei ou ato administrativo por meio do controle concentrado de constitucionalidade, como bem recordou o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski²⁶.

Ao mesmo tempo em que se confere as políticas públicas a cargo dos poderes políticos atribui-se ao Supremo Tribunal Federal a guarda precípua da Lei Magna em seu art. 102, bem como se garante o princípio da inafastabilidade da jurisdição ante lesão ou ameaça a direito, inserido em seu art. 5º, inc. XXXV, compondo, portanto, o rol de direitos e garantias fundamentais. O Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, elucida que a Constituição “escancarou as portas do Poder Judiciário” ao dar efetividade à regra da universalidade da jurisdição²⁷.

São esses os fatores que tornam o terreno fértil para expansão do que se chama judicialização do social e do político, tendência que marca as democracias de massa na contemporaneidade. O dirigismo da Carta Constitucional, que intensamente norteia vastos campos sociais e políticos, associado ao fenômeno de inflação legislativa, com precipitadas aprovações desprovidas de suficientes discussões a níveis políticos, amplia o espaço de intervenção do Poder Judiciário como garante dos valores constitucionais e submete a atuação dos poderes políticos por natureza à jurisdição constitucional.

Ora, nas palavras de Cristina Queiroz, “quando existe um direito, este mostra-se sempre como justiciável”²⁸, isto é, todo esse complexo normativo, conduzido pelos princípios fundamentais constitucionalmente consagrados, naturalmente abre as portas à concretização e aplicação na seara judicial em casos de descumprimentos ou violações por parte dos demais poderes.

A judicialização, portanto, desenvolve-se e sustenta-se de forma alheia à vontade do poder judicante, sendo nutrida pelos fatores político-sociais supraexpostos, consistentes no dirigismo constitucional, inflação legislativa e na escassa materialização dos direitos fundamentais sociais no contexto de um Estado

²⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, mai. 2009. p. 81.

²⁷ *Idem*, *ibidem*.

²⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação e Poder judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 65.

Democrático de Direito. Assim, o sistema político que se desenvolveu é que dá azo à judicialização, mantida em níveis aceitáveis quando aquele sistema se encontra equilibrado, conferindo aos seus cidadãos os direitos sociais garantidos pela Carta Magna.

O autor Luiz Werneck Vianna propõe uma distinção entre dois eixos analíticos em se tratando da postura incorporada pelo Poder Judiciário ante o fenômeno de judicialização da política e das relações sociais, consistentes nas correntes *procedimentalistas* e *substancialistas*²⁹.

A tese procedimentalista, tomando-se como expoente o autor Jürgen Habermas³⁰, concebe o tribunal constitucional como garante do procedimento de criação democrática do Direito, refutando uma suposta função materializante dos valores constitucionais. Entende-se que o papel judicante perante a Constituição se restringe a zelar pelo acesso pleno aos mecanismos de participação democrática fornecidos pelo sistema.

Em contrapartida, a corrente substancialista preconiza que, para além de exercer um papel harmonizador entre os poderes, ao Poder Judiciário caberia a guarda da ordem suprapositiva de valores substanciais, reconhecendo um caráter substantivo mesmo nas normas que regulamentam os procedimentos de participação democrática.

Nesse entendimento, Lenio Luiz Streck propõe um intervencionismo substancialista do Poder Judiciário, para além da visão simplista de judicialização político-social, atribuindo-lhe o “cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988”³¹.

No entanto, consoante o referido jurista, não há sólido acatamento de nenhuma dessas correntes por parte da jurisdição pátria, de maneira que os tribunais brasileiros se distanciam tanto de uma concepção substancialista, ante a ínfima materialização dos direitos sociais fundamentais, quanto do ideal procedimental proposto por

²⁹ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 270.

³⁰ Ver, nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I e II.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>>. Acesso em 30 jun. 2019. p. 281.

Habermas, considerando a deturpação dos procedimentos legislativos com aptidão para a criação democrática de direitos, mormente em face da “utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo”³².

Traçados os contornos essenciais à compreensão da judicialização, como circunstância do modelo constitucional e do sistema político adotados, cumpre diferenciá-la daquilo que se chama de ativismo judicial, passando-se a analisar seus pormenores.

Cumprido, de imediato, traçar um panorama geral a fim de determinar o que caracterizaria a racionalidade jurídica do ativismo judicial. Antecipando as conclusões, busca-se demonstrar de que maneira o suprimento de lacunas legislativas por meio do uso retórico dos princípios, estes alçados ao patamar de verdadeiras normas jurídicas no contexto do pós-positivismo, contribui para uma atuação ilegítima do Poder Judiciário, que exceda sua esfera de competência.

Para Herbert Lionel Adolphus Hart, cuja proposta teórica positivista influi de maneira mais acentuada nas contraposições pós-positivistas contemporaneamente formuladas, a identificação do Direito válido se daria por meio da chamada *regra de reconhecimento*, isto é, reconhecer-se-ia o Direito na prática cotidiana, ante a observância da maneira como a sociedade efetivamente se comporta³³.

Acompanhando o giro linguístico da filosofia ocidental no século XX, Hart atribui relevância à linguagem sobre a qual o Direito se sustentaria, sendo a linguagem jurídica, portanto, naturalmente maculada pelas problemáticas da ambiguidade e da vagueza. Ante a textura aberta da linguagem e, conseqüentemente, do Direito, *a interpretação das regras não seria unívoca*, cabendo ao intérprete complementar o significado de termos imprecisos.

Nas palavras do jusfilósofo inglês, “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”³⁴. Logo, em virtude da multiplicidade de sentidos passíveis de serem atribuídos a um termo, infere-se que sua definição é somente obtida quando da sua inserção em determinado contexto.

³² *Idem*, p. 282.

³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 139.

³⁴ *Idem*, p. 139.

Para além, assumindo a função do Direito de transmitir padrões gerais de conduta, Hart prenuncia a impossibilidade de previsão e regulação da totalidade das situações que podem ocorrer, admitindo que “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”³⁵. Por certo que haverá situações inequívocas, localizadas na zona de luminosidade positiva da regra, bem como situações manifestamente dissociadas de sua incidência, localizadas em uma zona de luminosidade negativa.

No entanto, no que concerne à zona de nebulosidade atinente à textura aberta do Direito, na qual não é possível que se determine o conteúdo prescritivo da regra jurídica de forma concludente, Hart confere aos juízes e tribunais um poder discricionário de criação do Direito. E é, sobretudo, esse ponto da teoria hartiana que enseja um debate central na teoria do Direito das últimas décadas, tendo contribuído para significativas rupturas no positivismo jurídico.

O debate insere-se no contexto da mudança conceitual operada pelo pós-positivismo, no sentido de *conferir caráter normativo aos princípios*, previamente concebidos como máximas fundamentais ou fontes normativas subsidiárias que, apesar de integrantes do sistema jurídico, eram desprovidos de normatividade, traço que revestia tão somente as regras.

Já no início de sua obra *Levando os Direitos a Sério*³⁶, Ronald Dworkin explicita o questionamento que norteia a crítica oposta à por ele denominada *teoria dominante do direito*, referindo-se ao positivismo jurídico, assim indagando:

Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito? Essa questão conceitual remete, claramente, a outros problemas de legitimidade e jurisdição. Se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada, pelo menos *prima facie*. Se esses princípios fazem parte do direito, apesar do fato de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria.

O jusfilósofo norte-americano discrimina, então, o que para ele consistiriam nas três proposições básicas do positivismo que, apesar de passíveis de rearranjo a

³⁵ *Idem*, p. 141.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 10.

dependem do autor positivista, seriam genericamente identificáveis em todos os modelos.

Primeiramente, o critério de validade do direito estaria relacionado ao *pedigree* da regra, isto é, à fonte da qual emana, sem relação com seu conteúdo ou moralidade. Em Hart, estar-se-ia falando da *regra de reconhecimento*, pela qual se reconhece o Direito pela prática cotidiana, como exposto acima.

Em segundo lugar, o direito limitar-se-ia ao conjunto de regras postas, de forma que, em não havendo regra aplicável ao caso, não haveria aplicação do direito, mas, sim, criação de novo direito por uma autoridade pública – o juiz decidiria com base em seu discernimento pessoal.

Por último, “dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”³⁷. Dito de outro modo, não há obrigação jurídica sem regra jurídica válida, e o juiz, ao decidir discricionariamente, não estaria aplicando o direito.

Traçado o panorama geral do positivismo jurídico, Dworkin declaradamente anuncia seu intento de lançar um ataque geral àquela teoria, indicando o modelo hartiano como alvo, “quando um alvo específico se fizer necessário”³⁸.

As teses positivistas supraexpostas são rejeitadas pelo autor mediante a constatação de que existiriam princípios, estes dotados de validade jurídica em razão de seu peso moral, isto é, de seu conteúdo, e não pelo critério de *pedigree*, relativo à fonte da qual emanariam.

Dworkin preceitua que a distinção entre regras e princípios seria de natureza lógica, de modo que a aplicação das regras se daria à maneira do *tudo-ou-nada*, fornecendo ou não resposta ao caso concreto nos limites de seu enunciado. Os princípios, por sua vez, não trariam consequências jurídicas automáticas à verificação de suas condições de aplicação, senão enunciariam uma razão condutora do argumento, sendo, contudo, imprescindível uma decisão particular.

Atribuindo normatividade aos princípios, Dworkin estabelece que o direito não se esgotaria nas regras e que os juízes, ao decidirem ações judiciais, invocariam também os princípios, sendo estes igualmente capazes de gerar obrigações jurídicas. O autor busca, então, edificar uma teoria que fosse de encontro à discricionariedade

³⁷ *Idem*, p. 27-28.

³⁸ *Idem*, p. 35.

hartiana, sustentando que os princípios vedariam o juízo discricionário e norteariam as práticas do julgador. Rejeitadas, pois, todas as três principais teses positivistas por ele elencadas.

O pensamento jusfilosófico pós-positivista passa a se desenvolver no segundo pós-Guerra em virtude da crise das teorizações positivistas e de sua latente incapacidade de adequação à complexidade da sociedade pós-moderna. A despeito de apresentarem alguns pensamentos divergentes, os autores pós-positivistas³⁹ convergem no sentido de atenuar a separação estanque entre Direito e Moral, pressuposto positivista, filiando-se à necessidade de parâmetros valorativos para as decisões dos juízes e tribunais.

O paradigma pós-positivista não se restringe à seara constitucional, mas é nessa, sobretudo, que se desenvolve com mais vigor, mormente em razão do fenômeno da incorporação de princípios dotados de elevada carga moral pelas constituições contemporâneas. Por tal razão, há estreita relação entre aludido pensamento e a ideologia constitucional que tem ganhado espaço no cenário contemporâneo, sendo designada como neoconstitucionalismo. Pode-se afirmar, portanto, que o pós-positivismo jurídico representa a concepção jusfilosófica na qual se alicerça o neoconstitucionalismo ou, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”⁴⁰.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴¹ sintetizam os fenômenos que caracterizam o modelo neoconstitucionalista da seguinte forma:

a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

³⁹ Nesse sentido, mencionam-se as seguintes obras: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 119.

Como exposto anteriormente, a inserção massiva dos princípios, agora dotados de normatividade, nas constituições contemporâneas permeou referidas cartas de uma *densa indeterminação semântica e abertura interpretativa*, implicando na adoção de uma nova hermenêutica jurídica por parte do Poder Judiciário.

Remete-se à racionalidade jurídica sustentada pelo positivismo formalista, que atribuía ao aplicador do direito uma função meramente subsuntiva, fazendo incidir a norma jurídica ao caso concreto, este antevisto pelo legislador onisciente. Nas palavras de Norberto Bobbio, "(...) com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana"⁴².

No entanto, este método subsuntivo seria congruente com o sistema de regras, não se adequando à complexidade exigida pelos princípios no momento de sua aplicação. Sintetiza Lenio Luiz Streck que os "princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção"⁴³.

Superou-se, ainda, a tese da discricionariedade, cunhada pelo positivismo mais moderno de Hart e Kelsen, a qual, não obstante reconhecesse a insuficiência do ordenamento jurídico em face dos chamados casos difíceis, recusava o socorro a valores que dotariam o ordenamento de sentido e norteariam a atuação do aplicador do direito.

No que concerne ao modo de aplicação, Luís Roberto Barroso⁴⁴, fazendo referência à lógica dworkiana, enuncia que, para as regras, valeria a modalidade *tudo ou nada*, isto é, em se constatando a ocorrência dos fatos aos quais a norma-regra se remete, esta deverá incidir e produzir seus efeitos, sendo escusada sua aplicação tão somente quando reportada inválida ou excepcionada por outra regra.

Os princípios, de acordo com a tradicional cisão estrutural, seriam marcados por uma textura mais aberta, permitindo maior espaço para interpretação, e consistindo em *mandamentos nucleares do sistema*⁴⁵, vinculando-se a valores e fins públicos proeminentes. Quanto ao modo de aplicação dos princípios, destacam-se

⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999, p. 78-79.

⁴³ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 241.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...** *cit.*, p. 203-211.

⁴⁵ A expressão é de Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 451.

duas posições doutrinárias, precursoras do que se chama de “distinção forte” entre princípios e regras, tendo como representantes os autores Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Sem o intento de pormenorizar os modelos de aplicação, pode-se afirmar, em síntese, que a principal distinção entre as teorias repousa na possibilidade ou impossibilidade da simultaneidade de incidência de dois ou mais princípios. Para Dworkin⁴⁶, os princípios se aplicam ou não em uma dimensão de peso e importância, isto é, procedendo-se ao *sopesamento*. Nestes moldes, não há que se falar em acomodação de princípios colidentes, de forma que, com base em fundamentos políticos e morais, o aplicador deve escolher o princípio que se colocará em detrimento do outro.

A teoria alexyana, por sua vez, estrutura o modelo de *ponderação*, no sentido de haver um esforço de concordância prática entre dois ou mais princípios, em que um pode ceder espaço ao outro, em um âmbito de aplicação reduzido. O autor concebe os princípios como mandamentos de otimização, isto é, “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”⁴⁷ do caso concreto.

Nesse panorama neoconstitucionalista de abertura valorativa do sistema e protagonismo do Poder Judiciário, o que se constata é a aplicação imprudente e retórica dos princípios constitucionais, de maneira pouco fundamentada, afastando-se, muitas vezes, a incidência de regras plenamente aplicáveis ao caso. O decisionismo judicial tem sobreposto o emprego dos princípios garantidores de direitos fundamentais às regras oriundas do órgão legitimado pela vontade popular.

Observa-se, portanto, que o emprego descuidado dos princípios dotados de normatividade culmina, no contexto atual, em decisões judiciais muitas vezes desprovidas de racionalidade, representando eminente abalo à segurança jurídica. Deturpa-se o caráter unificador conferido aos princípios por Dworkin, o qual, na realidade, visava a afastar a discricionariedade e restringir a seara interpretativa, superando o paradigma positivista e estabelecendo parâmetros de justiça ao julgador.

Neste contexto, o Professor José Laurindo de Souza Netto adverte que, para a retomada da legitimidade da jurisdição toma especial relevo o resgate da cientificidade

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** *cit.*, p. 42 e ss.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria...** *cit.*, p. 90.

que tem por fio condutor a discricionariedade judicial, o consequencialismo e o contextualismo⁴⁸.

O raciocínio do magistrado deverá aparelhar-se na racionalidade e razoabilidade trazida pela hermenêutica jurídica filosófica, perseguindo uma cientificidade que, para além de acompanhar as inúmeras transformações sociais, evidenciará os objetivos não exprimidos no sistema jurídico. Lógica bem distante do fio isolante resultante do decisionismo, arbitrariedade e (in)segurança jurídica⁴⁹.

Lenio Luiz Streck adverte que a cisão estrutural tradicionalmente estabelecida entre regras e princípios, no sentido de que aquelas seriam estruturalmente mais restritas, enquanto estes permitiriam um maior espaço de interpretação, acaba por afastar o caráter transcendental⁵⁰ dos princípios e contaminá-los dos típicos imbróglios que recaem sobre as regras, quais sejam, ambiguidade e vagueza.

Nas palavras do autor, que bem elucida o problema:

Desta tentativa de classificação advêm as teses de que as regras são enunciados ‘fechados’ que não permitem uma ‘expansão interpretativa’ (*sic*) enquanto que os princípios seriam enunciados ‘abertos’ (*sic*) que possibilitariam uma maior margem de atuação por parte do intérprete. Neste caso o problema semântico próprio da regra - ambiguidades e vaguezas - é transferido também para os princípios que passam a ser responsáveis por um problema do qual eles, na verdade, são a solução. Ou seja, os princípios não permitem ao intérprete uma ‘maior margem de atuação’ ou uma interpretação mais ‘extensiva’. Ao contrário disso, os princípios indicam o modo correto de decidir. Do contrário, estaríamos como que a contrariar o modo próprio como os princípios são. Este é o ponto fulcral de toda a questão⁵¹.

Todavia, o que se vê é a proliferação da arbitrariedade judicial camuflada sob o manto dos princípios, fenômeno denominado pelo jurista de *pamprincipiologismo*,

⁴⁸ SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A busca da cientificidade perdida. In: **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 13, p. 8-28, 2016.

⁴⁹ *Idem*, p. 20.

⁵⁰ Lenio Streck preconiza que a distinção estrutural entre regras e princípios acaba por alçar estes últimos à categoria de meta-regras, isto é, meros instrumentos de suprimento das *insuficiências ônticas* das regras. O autor elucida que os princípios possuem um caráter de transcendentalidade, de maneira que edificam a base de normatividade do direito, concretizando-o. À maneira do autor, “os princípios não resolvem - em termos lógico-objetivos - o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito. (...) A regra torna-se, assim, porosa, porque atravessada pela *ontologicidade* dos princípios”. Cfe. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** *cit.*, pp. 515 e segs. Os princípios teriam um caráter de antecipação de sentido, estando sempre contidos nas regras e a elas atribuindo significado diante do mundo prático, individualizando sua aplicação. Depreende-se, portanto, que a abertura interpretativa recairia, em realidade, sobre as regras, densificadas por meio dos princípios ante o caso concreto, nos termos do que teoriza o autor.

⁵¹ *Idem*, p. 518.

definido como “um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional”⁵². A má utilização dos princípios, que constituem os direitos fundamentais, resulta na supressão do direito democraticamente legislado.

Na esteira da teoria de Dworkin, Streck denota o necessário caráter histórico-institucional dos princípios, no sentido de que configurem uma base do Direito e atribuam sentido semântico às regras, direcionando o trabalho do intérprete⁵³. Contrariamente, nota-se uma tendência dos tribunais que, com a finalidade de fundamentar suas decisões, consagram pseudoprincípios desprovidos de qualquer historicidade e demasiadamente abstratos, que em nada se amoldam realmente ao caso concreto.

Streck constata, ainda, que, inadvertidamente, os tribunais vêm utilizando a técnica ponderativa alexyana “como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”⁵⁴, isto é, empregando-a como um princípio. Contudo, comete-se um equívoco terminológico ao se referir à técnica de Alexy como “princípio da proporcionalidade”, tendo em vista que o autor, em verdade, propõe a *regra da ponderação*, extraída do conflito entre princípios e aplicada ao caso concreto via subsunção.

A ponderação comumente invocada pelos magistrados em sentenças e acórdãos em face de supostos conflitos principiológicos, muitas vezes, nem mesmo observa o procedimento estabelecido por Alexy, reforçando, então, sua utilização como subterfúgio, escapando a fundamentações verdadeiramente dotadas de racionalidade jurídica.

Baseado nas lições de José Laurindo de Souza Netto sobre a cientificidade do direito, verifica-se que os postulados de Alexy enquanto fio condutor de cientificidade, e as arbitrariedades do Poder Judiciário, enquanto fio isolante, bem longínquo do grau de intelecção reclamado no exercício de jurisdição⁵⁵, demonstram que o procedimento de ponderação se mostra incutido de discricionariedade. Tal vinculação entre ponderação e discricionariedade é reconhecida pelo próprio Alexy, o qual afirma que os direitos fundamentais “não são um objeto passível de ser dividido de uma forma

⁵² *Idem*, p. 493.

⁵³ *Idem*, pp. 520 e ss.

⁵⁴ *Idem*, p. 50.

⁵⁵ SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. *Op. cit.*, p. 23.

tão refinada que incluía impasses estruturais (...) de forma a torná-los praticamente sem importância”⁵⁶.

Valendo-se das asserções de García Figueroa⁵⁷, Lenio Streck reconhece uma mácula positivista que perdura no interior das teorizações de Robert Alexy, que escusariam a discricionariedade do aplicador do direito caso subsistisse a indeterminação da resposta correta ao caso concreto, após ter recorrido às regras e ao substrato moral representado pelos princípios.

Primordial, portanto, a delimitação do que se considera a legítima atuação da jurisdição constitucional por parte dos tribunais e, em contrapartida, o comportamento arbitrário e decisionista na seara do Poder Judiciário. Nesse sentido, não há consenso na doutrina nacional acerca do conceito do que se designa *ativismo judicial*, tampouco há concordância acerca do caráter positivo ou negativo de tal fenômeno.

Para os objetivos aqui propostos, estipula-se que uma boa conduta ativista é desejável no sentido da concretização dos valores constitucionais por parte do Poder Judiciário e com observância da racionalidade jurídica vigente, e uma má conduta ativista é indesejável por tomar como parâmetro uma racionalidade política, moral ou com base nas convicções pessoais do julgador.

Ante a incapacidade por parte dos poderes Legislativo e Executivo de fornecer soluções efetivas às demandas sociais advindas da amplitude de conteúdo programático trazido pela Carta Magna, tem-se, por consequência, uma ascensão do Poder Judiciário como concretizador dos fins constitucionais. No entanto, aludido protagonismo deve ser moderado e transitório, decorrente da crise institucional que aflige a democracia brasileira, com o *déficit* de representatividade que recai sobre os poderes políticos.

No cenário nacional, com os recorrentes imbrólios na organização socioeconômica das políticas públicas, cada vez mais magistrados têm ditado parte fundamental da aplicação orçamentária da Administração. Isso porque, a partir de suposta omissão ou má atuação dos agentes políticos, busca-se o Poder Judiciário

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria...** *cit.*, p. 611.

⁵⁷ “En cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas”. Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. Disponível em: < file:///C:/Users/06208469929/Downloads/la-tesis-del-caso-especial-y-el-positivismo-juridico.pdf >. Acesso em 20 jul. 2019.

para solucionar dissídios diretamente relacionados à concretização dos direitos fundamentais.

Todavia, o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico acarreta em diversas dificuldades, como fixar critérios objetivos para a atuação do Poder Judiciário. Associa-se, ainda, a ideia de usurpação de competência por parte do poder judicante, com possível estabelecimento de uma conduta ativista *contra legem*.

O ativismo judicial, nestes contornos, pode ser interpretado como uma espécie de mau comportamento ou má consciência do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação dos poderes do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a essência de uma conduta ativista por parte do Poder Judiciário está ligada “a uma participação mais ampla e intensa (...) na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”⁵⁸.

Porém, a análise sobre a postura ativista há de ser jurídica⁵⁹, pois não existem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. Ao adotar uma postura ativista com base em motivos não jurídicos — isto é, prescindindo de uma hermenêutica rigorosa e técnica, e somente naquilo que se refere à expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana —, o Poder Judiciário contribui para a geração injustificada de diversos “riscos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados, mormente ao princípio democrático e ao Estado de Direito⁶⁰.

Luís Roberto Barroso bem adverte:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial... *cit.*, p. 30.

⁵⁹ Também neste sentido: SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 80.

⁶⁰ Para uma análise de todos os riscos que o ativismo judicial gera, cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... *cit.*, *passim*; e SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo... *cit.*, *passim*.

saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui⁶¹.

Muito embora se avenge que o ativismo judicial pretenda “preencher lacunas constitucionais”⁶², não se olvida que essa prática possa, de fato, *criar direito novo*, ultrapassando os limites impostos pela hermenêutica jurídica, privilegiando a vontade do julgador em detrimento da vontade do legislador a partir do elemento subjetivo imbuído no próprio magistrado acerca do tema em debate.

Ora, deve-se analisar o ativismo judicial com cautela e tecnicidade, pois os riscos inerentes ao seu emprego somente podem ser afastados nessas condições. Não se está a rechaçar o importante papel desempenhado pela jurisdição constitucional na efetivação dos fins e objetivos contidos na Lei Magna. No entanto, não se pode olvidar que o Poder Judiciário possui óbice que o impede de se consagrar como concretizador definitivo dos fundamentos e objetivos fundamentais da República, qual seja, sua falta de legitimidade política.

É defeso aos julgadores se revestir dos poderes inerentes aos legisladores, passando a afastar a legalidade e a forjar princípios para embasar suas decisões. “Nesse ritmo, toda e qualquer argumentação utilizada nas decisões judiciais tornar-se-á um princípio”⁶³, o que constitui manifesta ofensa à democracia. Logo, paradoxalmente, no afã de efetivar os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, ante a inconstitucional inércia das forças políticas, procede-se a uma atuação arbitrária que acaba por violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Da exposição tecida acerca da judicialização do social e do político, infere-se como legítima e inafastável a alçada de matérias relativas aos direitos sociais à esfera de apreciação do Poder Judiciário, cunhado como garante dos valores constitucionais pela própria Carta Magna, desde que mantida em níveis equilibrados.

Nesse sentido, em que pese o caráter eminentemente político da matéria relativa à efetivação do direito fundamental à saúde, a ser garantido por meio de

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização... cit., pp. 16-17.

⁶² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. II, p. 237.

⁶³ STRECK, Lenio. Verdade e consenso... cit., p. 488.

políticas públicas, observa-se um fenômeno de crescente judicialização da matéria. Alicerçando-se em omissão ou má atuação dos agentes políticos, o indivíduo ingressa com ação perante o Poder Judiciário a fim de obter fruição imediata desse direito constitucionalmente assegurado, não podendo os tribunais escapar a tal convocação de intervenção.

No tocante à proliferação de demandas relativas ao direito à saúde — e complementando os dados já apresentados na introdução —, entre os anos de 2015 e 2016, constatou-se um aumento de 49% da quantidade de processos referentes à saúde pública, sendo os assuntos de multiplicação mais expressiva aqueles relacionados ao fornecimento de medicamentos e ao tratamento médico-hospitalar⁶⁴.

Não obstante, em inúmeras oportunidades é possível constatar impropriedades nas decisões que buscam concretizar o direito fundamental à saúde, não havendo observância a critérios de julgamento cuja racionalidade seria passível de assimilação e constância quando diante de casos similares. Ora, verifica-se a ausência de previsibilidade acerca do entendimento de um mesmo Tribunal no que concerne, por exemplo, à concessão de medicamentos, mesmo diante de situações análogas.

É inevitável que os juízes e tribunais se deparem com situações em que a decisão envolva a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais colidentes, “hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas”⁶⁵. Ocorre que a solução fixada pelo Poder Judiciário, em geral, se alicerça tão somente nas normas constitucionais para tomar decisões que, ulteriormente, gerarão consequências de ordem orçamentária e sociopolítica.

A fim de elucidar a utilização retórica e irrefletida de direitos equivocadamente considerados absolutos e impassíveis de restrição, destaca-se trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual se tornou emblemática e passou a ser repisada por decisões posteriores que perpassam a mesma temática:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art.

⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 28 ago. 2019.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 20 jul. 2019. p. 27.

5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida⁶⁶.

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de interpretar o direito à saúde como bem jurídico constitucionalmente tutelado, “por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal)”⁶⁷. Partindo-se da premissa assumida pelos tribunais de que os direitos fundamentais à vida e à saúde são inalienáveis, poderia o Poder Judiciário afastar a legalidade para efetivá-los?

Um bom exemplo do afastamento da legalidade para a efetivação a qualquer custo do direito à saúde está representado pela concessão de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Luciano Pereira Vieira, ao se debruçar sobre o tema, entende que, “em se tratando de medicamentos ainda em fase experimental, eventual ausência de sua disponibilização pelo SUS não poderia ser considerada como uma omissão estatal passível de controle pelo Poder Judiciário”⁶⁸.

Isso porque haveria uma verdadeira vedação legal à comercialização, importação e industrialização destes fármacos, conforme se retira das Leis nº 6.360/1976 e 9.782/1999, de onde se observa que esta proibição “é a própria política pública adotada pelo Brasil para esse setor”⁶⁹.

Pontua o autor que, de fato, “nesse estágio [experimental], ainda não foram finalizados os estudos e pesquisas comprobatórios de sua segurança e eficácia”⁷⁰, razão pela qual não haveria que se falar em dever do Estado em fornecer tais

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 1.246/SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 13.02.1997**

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286/RS, Relator Min. Celso de Mello. **DJe 12/09/2000**.

⁶⁸ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? In: **Cadernos de Direito**, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012, p. 100. Em sentido diverso, ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 164.

⁶⁹ VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização... *cit.*, p. 100 e ss.

⁷⁰ É de tão fundamental o cuidado com a vida, saúde e segurança das pessoas que o Supremo Tribunal Federal já concedeu medida liminar na ADI 5.501/DF para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da assim chamada “pílula do câncer” (fosfoetanolamina sintética), ainda sem registro na ANVISA: “é inconstitucional a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (‘pílula do câncer’) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA” (STF, PLENÁRIO, MC-ADI 5.501/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 19/05/2016).

fármacos⁷¹, mormente porque o registro do medicamento na ANVISA é requisito para seu ingresso nas listas do SUS. O art. 19-T da Lei nº 8.080/1990 (incluído pela Lei nº 12.401/2011)⁷², veda a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou reembolso de qualquer medicamento, produto, procedimento clínico ou cirúrgico experimental, não autorizado pela ANVISA ou sem registro perante o mesmo órgão.

Em suma, enquanto não finalizadas as pesquisas científicas, obtido o registro junto à Anvisa e devidamente incorporado ao Sistema Único de Saúde – após a constatação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade –, não deve ser deferida medida judicial tendente a determinar a aquisição e dispensação, pelo Estado brasileiro, de medicamento considerado experimental. ... Feitas todas essas considerações, a conclusão a que se chega é a de que no Brasil há vedação legal à dispensação pelo Sistema Único de Saúde, o SUS, de medicamento ainda em fase experimental, haja vista a impossibilidade deste obter o registro junto à Anvisa⁷³.

Em determinada oportunidade, o STJ firmou o entendimento de que a concessão, por parte do Estado, de medicamentos que não estejam registrados em território nacional pela ANVISA encontraria óbice no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal,⁷⁴ não podendo os jurisdicionados exigir do Estado tal prestação, “embora o direito à vida esteja explicitamente protegido pela Carta Magna”⁷⁵.

À primeira vista, portanto, poderia se cogitar de que a Corte estaria fundamentando racionalmente sua decisão, com base em legislação posta (Código Penal) e que não deixa dúvidas a respeito do tipo de injusto que envolve a questão.

⁷¹ VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização... cit.*, p. 100.

⁷² Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

⁷³ VIEIRA, Luciano Pereira. *Judicialização... cit.*, pp. 104-105.

⁷⁴ “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. ([Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998](#)) (...)

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: ([Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998](#))

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; ([Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998](#)) (...)

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 154.385/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 28.03.2017. **DJe 05.04.2017**. Também neste sentido o AgInt no REsp. 1.365.920/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17/02/2017).

Porém, dispõe o Tribunal Superior, na mesma decisão, que, “em casos excepcionais”, deveria ser, simplesmente, relativizada a aplicação do mencionado dispositivo legal⁷⁶.

É importante mencionar que a decisão judicial destituída de fundamentação fática é nula, por descumprir o comando do art. 93, inc. IX, da CRFB. Vale dizer, não basta mencionar apenas que o direito à saúde está garantido na Constituição a partir dos arts. 5º e 196. É necessário, também, na análise do caso judicializado, a investigação do diagnóstico, do quadro clínico e, principalmente, da comprovação da melhor prática de evidência científica, além da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do medicamento, produto ou procedimento postulado. Não se dispensa, também, a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (observância da relação custo-benefício)⁷⁷.

Ora, não há direito absoluto⁷⁸ e a mera excepcionalidade da situação não justificaria, por si só, o afastamento de *regra* estabelecida pela legislação pátria. Quando o Poder Judiciário assim se comporta, considerando a importância da vida e da saúde para as pessoas naturais, está, ao fim e ao cabo, aplicando diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e, inclusive, à revelia da vontade do legislador ordinário, bem como impondo condutas ao Poder Público *contra legem*.

Evidente, portanto, a assunção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário ao impor condutas ao Poder Público em desacordo com a própria política pública por ele criada, legitimando uma democracia direta em prejuízo à democracia representativa. O poder judicante cria direito novo, função que não lhe foi atribuída pelo poder constituinte originário, havendo frontal ofensa à separação de poderes.

A fim de estabelecer critérios de decisão em prol da segurança jurídica, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2018, ao julgar o REsp

⁷⁶ No AgRg no REsp. 1.366.857/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **DJe 31.03.2017**, e no REsp. 1.650.790/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, **DJe 20.04.2017**, o STJ faz a mesma relativização.

⁷⁷ SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Op. cit.*, p. 67-68.

⁷⁸ “Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 623).

nº 1.657.156/RJ⁷⁹, traçou requisitos objetivos para a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, quais sejam: **1)** comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente sobre a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; **2)** incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito e; **3)** existência de registro na ANVISA do medicamento.

Houve modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista que a exigência dos mencionados requisitos se deu a partir da conclusão do julgamento do recurso, não alcançando os processos suspensos desde a afetação do tema repetitivo. Portanto, apesar de uma postura ativista, o tema de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA quedou-se superado com a publicação do Recurso Especial supramencionado.

Conclui-se que, nos casos envolvendo a concessão de medicamentos que ainda não gozam de registro na ANVISA, o Superior Tribunal de Justiça, anteriormente ao advento do REsp nº 1.657.156/RJ, afastava com tranquilidade normas editadas pelo legislador em “casos excepcionais”, sejam aquelas de índole punitiva, como o art. 273, § 1º-B, do Código Penal, sejam aquelas voltadas à própria política pública idealizada pelos Poderes competentes, como expresso nas Leis nº 6.360/1976 e 9.782/1999.

Outra postura ativista oriunda do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, repousa sobre a concessão de medicamentos de alto custo. Embora o julgamento do RE nº 566.471/RN não tenha sido concluído, o Ministro Marco Aurélio adiantou seu voto no seguinte sentido:

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil⁸⁰.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1657156 RJ 2017/0025629-7, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. DJe: 25/04/2018.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. DJe 19/12/2018.

Ainda que a tese a ser firmada pelo recurso não tenha sido construída, o STF já exibiu, oportunas vezes, seu entendimento sobre o fato de o caráter programático da norma que se extrai do art. 196 da Constituição não poder “converter-se em promessa constitucional inconsequente”⁸¹.

Ao sustentar que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”⁸², a Corte Suprema adota uma postura, novamente, ativista.

Em suma, portanto, apesar de haver infrações e estar ausente o dever estatal de atendimento a esta pretensão decorrente do direito à saúde, é possível dizer que a referida Corte Superior deixa de observar a política pública existente sem quaisquer dificuldades e devida fundamentação técnico-jurídica, principalmente quando a prestação de saúde se revela como imprescindível para a salvaguarda da vida e da saúde do demandante. Ou seja, privilegia-se o interesse individual em prejuízo do interesse coletivo.

Trata-se de criação de direito novo, a partir de uma conduta ativista, sobretudo porque a Corte reconhece direitos inexistentes com base numa aplicação direta da Carta Magna, na contramão, portanto, da política pública criada para atender a saúde nesta seara, fragilizando o sistema como um todo, porquanto o direito à saúde, tal como qualquer direito fundamental, não é absoluto.

O direito à saúde, como direito fundamental de segunda geração, apresenta função de prestação, demandando atuação estatal visando à sua efetivação, e é sobre essa faceta que residem os imbróglis.

Para além de um direito coletivo, no sentido de demandar políticas públicas para sua plena implementação, o direito à saúde é dotado de dimensão subjetiva e individual, à medida que os cidadãos podem exigir sua efetivação, recebendo provimento particular à vista de seu resguardo.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 564.978, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça Eletrônico 06.12.2005**; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 570.455, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 15.02.2006**; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 931.754, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 16.02.2006**.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 31.03.2000**.

A despeito da aplicabilidade imediata que reveste formalmente os direitos fundamentais, que não mais dependem de concretização por parte do legislador infraconstitucional para que passem a gerar efeitos, verifica-se a indeterminação do conteúdo do direito à saúde, não havendo delimitação constitucional precisa quanto aos seus contornos, de maneira que tal circunscrição é deixada a cargo do legislador.

Neste aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet assim sintetiza a indefinição do objeto do direito à saúde, destacando que a Constituição não deixa (ao menos) expressamente claro quais prestações sanitárias são abrangidas pelo termo “direito à saúde”, isto é, se engloba “desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc., ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais”⁸³.

Em face de aludida inexatidão do conteúdo constitucional, questiona-se a amplitude do dever prestacional pelo Estado no que concerne ao direito à saúde e na extensão de sua provisão ao cidadão no momento de requerimento perante o Poder Judiciário. Seria possível falar em limitação ou restrição do direito fundamental à saúde?

Equívoco trivial seria conceber o direito à saúde como imponderável em virtude de sua estreita relação com o direito à vida e, evidentemente, com o núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos fundamentais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, presente na Constituição de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, consiste em um dos valores precípuos em torno do qual se alinha todo o ordenamento jurídico. Como diz respeito ao núcleo de proteção essencial à singularidade do indivíduo, garantindo o resguardo de seus direitos tanto em face do Estado, quanto em face de seus semelhantes, a dignidade da pessoa humana dá sustentáculo à existência e efetivação dos direitos fundamentais, os quais garantem a concretização desse supraprincípio.

Como bem anota Paulo Bonavides, a dignidade da pessoa humana passa de “exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo” para se tornar uma “proposição autônoma (...) irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais”⁸⁴.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo... *cit.*, p. 17.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231.

Munidas de tal retórica, as decisões judiciais superficialmente perpassam a questão, alicerçando-se na fundamentalidade do direito à saúde e em sua estreita relação com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, concedendo, por exemplo, medicamentos e tratamentos de alto custo de modo irrefletido e despreocupado com a escassez financeira da administração pública.

Nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal já exarou entendimento paradigmático no sentido de que “o direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”⁸⁵.

Ocorre que mesmo o direito à vida, como condição de possibilidade do pleno gozo dos demais direitos fundamentais, possui hipótese de limitação explícita no texto constitucional⁸⁶, desabonando argumentos de absolutização do direito à saúde com fulcro no direito à vida supostamente irrestrito. Ainda, faz-se menção aos casos em que o direito à vida é relativizado quando confrontado com direitos fundamentais aos quais o ordenamento jurídico atribui igual apreço, como a liberdade de consciência e de crença.

Logo, afirma-se não ser possível falar em direitos fundamentais absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, pois que, como mandamentos de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível de acordo com a viabilidade fática. Nas palavras de Robert Alexy, “é fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais”⁸⁷.

Ora, caso se esteja a tratar de um princípio absoluto que fundamente direitos individuais, na hipótese de colisão entre tais direitos e estando todos amparados pelo princípio absoluto impassível de limitação, nenhum deles poderia ceder. Se assim o fosse, os direitos individuais fundamentados por princípios absolutos somente poderiam recair sobre um único sujeito de direito⁸⁸.

Como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde não é absoluto, de modo que a extensão de seu resguardo será sempre analisada diante do caso

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 12.09.2000**.

⁸⁶ A própria dicção constitucional restringe o direito à vida nas hipóteses de guerra declarada, ao manter em aberto a possibilidade de pena de morte em referidas situações. “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria ... cit.**, p. 111.

⁸⁸ *Idem*, *ibidem*.

concreto. Admitindo-se a ponderação principiológica, pretensamente nos moldes alexyanos, tratar dos direitos fundamentais como absolutos seria incorrer em contradição, pois que são passíveis de relativização, mormente quando colidem entre si.

A doutrina sabidamente reconhece a possibilidade de contenção dos direitos fundamentais, assim lecionando Paulo Gustavo Gonet Branco que “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos”⁸⁹.

Ademais, ensina André Ramos Tavares que não há direito constitucionalmente assegurado que absoluto seja, “no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais”⁹⁰. O autor denota quatro hipóteses de restrição a direitos fundamentais, quais sejam, se invocados a escusar a prática de atividades ilícitas, afastar a responsabilidade civil, anular direitos igualmente assegurados pela Constituição ou anular igual direito de outrem.

Também na esfera jurisprudencial, reporta-se à inexistência de direitos absolutos. Sobre o tema, posicionou-se o Pleno da Corte Suprema na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ⁹¹, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assim bem consagrou:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 230-231.

⁹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 528.

⁹¹ Trata-se de importante precedente na esteira de relativização dos direitos constitucionalmente assegurados, sendo mencionado em grande parte dos julgados que invocam o tema (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25.861/MG, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhindo. **Diário da Justiça Eletrônico 26.04.2004**; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 148.178/PR, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário da Justiça Eletrônico 05.12.2013**; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 328.843/SP, de relatoria do Ministro Félix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico 09.11.2015**).

exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros⁹².

Essencial consignar a possibilidade de restrição de direitos fundamentais a depender das circunstâncias fáticas com base nas quais são analisados, especialmente em se tratando de direitos sociais, que demandam postura prestacional maior por parte do Estado. Reconhece-se, inegavelmente, o desconforto ético-moral ao se invocar questões financeiras quando se está a tratar de bem tão relevante quanto a saúde. No entanto, em um contexto de coletividade e escassez de recursos, é defeso que se adote postura negligente ante as limitações impostas pelas circunstâncias. Estabelecida a limitabilidade do direito à saúde, indaga-se em que medida se opera a sua legítima restrição.

A prestação positiva devida pelo Estado na efetivação dos direitos sociais naturalmente demanda que haja dispêndios públicos. Todavia, observa-se que o Poder Judiciário comumente emprega — ou busca empregar — tão somente argumentos jurídicos a justificar deferimentos individuais na seara da saúde, negligenciando as limitações financeiras que subjagam a atuação dos agentes estatais.

Outrossim, poder-se-ia imputar a falsa percepção de que o direito à saúde é absoluto à ausência de previsão constitucional acerca da inafastável conformação da atuação do Poder Público, na seara da saúde, à possibilidade financeira do Estado⁹³. Como bem aponta Octávio Ferraz, “não há disposição expressa e clara de que o dever do Estado está limitado aos ‘recursos disponíveis’, dando a falsa impressão, ao intérprete literal, de que estes direitos são absolutos”⁹⁴.

No entanto, a despeito da ausência de expressa ressalva constitucional, os recursos financeiros disponíveis para atender as necessidades de saúde da população são, por óbvio, finitos. Nesse entendimento, pode-se falar em escassez de recursos relativa, no sentido de que a arrecadação e posterior dispêndio estatal não

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 234.521/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 12.05.2000**.

⁹³ SCHULZE, Clenio Jair. O direito à saúde é um direito absoluto? Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-direito-a-saude-e-um-direito-absoluto-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em 15 abr. 2019.

⁹⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Entre a usurpação e a abdicação? O direito à saúde no judiciário no Brasil e da África do Sul. In: **Constituição e política na democracia**: aproximação entre direito e ciência política. Daniel Wei Liang Wang (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 125.

se destina tão somente à saúde, de modo que o investimento público é distribuído entre diversas áreas prestacionais, como educação e segurança.

Ademais, a escassez financeira absoluta também limita o atendimento às necessidades de saúde por parte do Poder Público, na medida em que os recursos disponíveis para o investimento nessa área, por maiores que sejam, serão sempre insuficientes ao integral suprimento das necessidades populacionais⁹⁵.

Nesse entendimento, os juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, na célebre obra denominada *O Custo dos Direitos - Por que a liberdade depende dos Tributos* (*The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*⁹⁶), tratam do inafastável vínculo entre a proteção de direitos e a aplicação dos fundos públicos. Evidencia-se o contrassenso ao se falar em direitos prestacionais absolutos em face da finitude dos recursos públicos a serem empenhados pelo Estado na concretização de tais direitos.

A tese é de que, havendo direitos que demandam dispêndios públicos, tem-se a necessidade de decisões políticas no tocante à alocação de tais recursos, pois que limitados. Na perspectiva dos autores, “nada que custe dinheiro pode ser absoluto” pois não há como pressupor proteção jurisdicional sem análise dos impactos orçamentários⁹⁷.

Frise-se que não se está a escusar as indevidas omissões do Estado no aspecto prestacional do direito à saúde e dos direitos sociais como um todo, sendo inconteste que a escassez financeira não pode ser invocada como subterfúgio a justificar a inércia e a má aplicação dos recursos por parte das forças políticas.

É compulsório ao Estado fornecer aos indivíduos uma plêiade de prestações materiais necessárias à sua existência digna, o chamado *mínimo existencial*, em atenção ao fundamento precípua do ordenamento jurídico nacional. Ocorre que, em grande parte dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, não se está mais no campo da jurisdição constitucional, que deve assegurar a efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas sim, está-se diante de prestações de saúde vinculadas à lei e, portanto, adstritas à reserva do possível e aos limites do orçamento,

⁹⁵ FERRAZ, Otávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados. In: **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

⁹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Coast of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

⁹⁷ *Idem*, p. 128.

circunstância na qual cabe à Administração Pública comprovar a impossibilidade de satisfação da pretensão do demandante.

Não obstante, mais adiante tratar-se-á da má compreensão acerca das pretensões que integram o conteúdo do mínimo existencial no que diz respeito à saúde, bem como da negligência quanto à extensão da cláusula da reserva do possível, frequentemente oposta pelos tribunais a demandas relativas a parcelas de direitos sociais que não integram o conteúdo de seu mínimo existencial.

Exposta a primeira causa identificada acerca da crise da jurisdição na área da saúde e o contexto no qual surgiu e está inserida, passa-se, doravante, a enfrentar uma segunda razão para a crise na jurisdição da saúde.

1.2 O SUBJETIVISMO (SOLIPSISMO OU INDIVIDUALISMO) COMO ENTRAVE À CORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO: A NECESSIDADE DO EMPREGO DA “DECISÃO POR PRINCÍPIO” DWORKIANA

A Constituição Federal, no § 1º de seu art. 5º, estabeleceu que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O que pretendia o legislador, consoante elucida o Ministro Luís Roberto Barroso⁹⁸, era evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, ou seja, impedir que o texto constitucional se tornasse letra morta.

O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CRFB) deu uma nova roupagem para a interpretação, por parte do Poder Judiciário, dos direitos fundamentais. Como se absolutos fossem, os direitos fundamentais à saúde e à vida passaram a servir como avais para instituir o que os professores Streck, Barreto e Oliveira chamam de “jurisprudência de valoração”⁹⁹.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...** *cit.*, p. 145.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, vol. 01, n. 2, jul./dez. 2009. p.3.

Portanto, a intenção do constituinte foi atribuir eficácia jurídica imediata aos direitos e garantias fundamentais, independentemente de regulação infraconstitucional posterior. Estando o direito à saúde arrolado dentro do Título II da Constituição Federal, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, a premissa seria a sua aplicação imediata. Todavia, por ser também um direito social e ter natureza prestacional, sua eficácia enfrenta certas limitações.

O art. 196 da Lei Maior concebe a saúde como “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”. Extrai-se da norma que, muito embora seja garantidora de um direito universal, é dependente de medidas afirmadas por políticas públicas sociais e econômicas.

Ao se depararem com uma omissão legislativa — uma vez que, num primeiro momento, não havia legislação específica infraconstitucional que determinasse de que maneira os direitos à saúde e à vida seriam assegurados, mas meras normas programáticas¹⁰⁰ —, os magistrados optaram por, a crivo dos seus próprios juízos de valor, criar na jurisprudência seus próprios parâmetros.

Em outras palavras, o que poderia, no que tange às demandas em matéria de saúde, ser concedido à luz do que inspirava o órgão legislativo competente passou a ser fundamentado de acordo com o que habita na consciência moral e íntima do juiz¹⁰¹ — o manto do poder discricionário dos juízes¹⁰² imbuído de certo grau de intelectualidade cognitiva e que se configura como condutor de cientificidade, consubstanciando-se no característico exercício da jurisdição que envolve o raciocínio

¹⁰⁰ Segundo José Afonso da Silva, “a saúde é (...) dever do Estado, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida...”. TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des Antonio Lindberg Montenegro: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Impropriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado” (*in* **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. pp. 83-4).

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial... *cit.*, p. 275-290.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 20

jurídico de interpretação para aplicação da lei, mas não se confunde com a criação sem freios do direito pelo magistrado à seu bel prazer¹⁰³.

Na ótica de Streck, existem, no mínimo, dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade. A primeira remete ao ato de julgar como um ato de vontade, proferir, por conseguinte, uma decisão solipsista. Por solipsismo, ele define “a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estado de experiências interiores e pessoais”¹⁰⁴.

A segunda manifestação, por sua vez, dirige-se às decisões que visam a formular justificações racionais argumentativas — especialmente os juristas adeptos às teorias da argumentação jurídica¹⁰⁵. A mera leitura do fragmento do voto proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça assim atesta:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...). Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. (...). E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém¹⁰⁶.

Remete-se, ainda, a trecho de entrevista concedida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ao jornal *Folha de S.Paulo*, oportunidade em que, questionado acerca da tecnicidade empregada em decisões de grande repercussão social, afirmou: “julgo sempre segundo minha consciência, e acho que estou fazendo o melhor. Sou humano. Se errar, vou errar pelo entendimento. Sou sensível aos direitos fundamentais da pessoa humana”¹⁰⁷.

¹⁰³ SOUZA NETTO, José Laurindo de. A centralidade da jurisdição...*cit.*, p. 8-28.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *cit.*, p. 69. Em outro texto, Lenio Luiz Streck é enfático: “o cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição. Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais. (...) Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito” (STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista concedida ao Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procuradorjustica-rio-grande-sul>>. Acesso em 03 abr. 2019).

¹⁰⁵ *Idem*, p. 23-24.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279.889/SL/PR. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário da Justiça Eletrônico 11.06.2001**.

¹⁰⁷ FUX, Luiz. Debaixo da toga de juiz também bate um coração. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 28 mar. 2011. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2011/03/894627-debaixo-da-toga-de-juiz->

Não obstante haja pronunciamento tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos critérios de concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, comprovado está que há magistrados que a nada se subordinam à exceção da sua própria razão.

Deve-se reconhecer, a despeito das tentativas das Cortes Superiores em regular os requisitos para a concessão de medicamentos, que uma porcentagem irrisória da jurisprudência contemporânea os observa de maneira adequada. Independentemente da inclusão do fármaco pelo SUS, ou até mesmo de seu registro pela Anvisa, o direito à saúde, bem como à vida, é lido sob a ótica de inflexibilidade.

A ideia do livre convencimento e a discricionariedade do juiz afetam, em grande medida, a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica¹⁰⁸. Esse princípio passa a ser utilizado como um instrumento para dar, ainda que infimamente, sentimento de certeza à parte que postula seu direito (art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB), este é o verdadeiro problema da cientificidade, compreender a atividade intelectual do magistrado sob o prisma da racionalidade e razoabilidade, um repensar epistemológico mais afeito ao fio condutor da cientificidade típico da discricionariedade judicial, consequencialismo e contextualismo¹⁰⁹.

Nas palavras de José Augusto Delgado:

A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como: a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; f) fundamentação judicial adequada¹¹⁰.

Ante a impossibilidade de retroação da nova interpretação a situações já resolvidas e não havendo obediência dos juízos aos critérios traçados pelas Cortes

tambem-bate-um-coracao-diz-fux.shtml>. Entrevista concedida a Vera Magalhães e Márcio Falcão. Acesso em 08 abr. 2019.

¹⁰⁸ PARISOTTO, Fernanda Sartor Meinerio. A subjetividade das decisões judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica e do livre convencimento do juiz. In: **Revista do Curso da Faculdade da Serra Gaúcha**, v. 01, n 13, jan-jun/2013. p. 2.

¹⁰⁹ SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. A centralidade da jurisdição... *cit.*, p. 8-28.

¹¹⁰ DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>>. Acesso em 03 abr. 2019. Para José Joaquim Gomes Canotilho, “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.).

Superiores, a insegurança jurídica se materializa, despiando de legitimidade a judicialização da saúde.

O momento político e econômico em que o país se encontra é profundamente distinto ao da formação do Estado Democrático de Direito, impondo ao juiz dirigir sua atenção ao tempo, lugar e tipo de organização social presente, sob pena de imergir em contradição¹¹¹.

É cediço que, ante a complexidade das relações sociais pós-modernas e do novo papel assumido pelo Poder Judiciário — tendo se admitido que “não há direito sem interpretação”¹¹² —, a atuação dos operadores do direito passou a transcender a mera subsunção e silogismo. No entanto, quando inexistem parâmetros objetivos a nortear a decisão, com vistas a compatibilizá-la com o sistema jurídico vigente e com os valores que o edificam, o papel pretensamente interpretativo mascara um subjetivismo velado, que se baseia em concepções pessoais dos magistrados, consistindo em ofensa expressa à separação de poderes.

Muitos são os elementos do sistema jurídico vigente que oportunizam aos julgadores uma manipulação decisionista ao seu alvedrio, como cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo a própria noção imprudente de abertura descomedida que recai sobre os princípios do ordenamento jurídico, como já se abordou. Empregando retoricamente aludidos instrumentos, os magistrados procedem a um esforço pretensamente hermenêutico a fim de justificar seus próprios posicionamentos.

Fazendo frente a tal problema, a doutrina da autocontenção judicial propõe a equivalência entre todos os poderes estatais no que concerne à interpretação constitucional, cada qual no momento oportuno, de modo a afastar discricionariedades judiciais encobertas pelo manto da “última palavra”. Ora, quando o Poder Judiciário profere decisões com base no recôndito subjetivo de seus operadores, desprovidas de fundamentação razoável, incorre no redimensionamento arbitrário de normas formuladas por aqueles que de fato possuem competência para estabelecê-las.

Nesse entendimento, discorrem Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi que a teoria da autocontenção judicial visa a precaver o operador do direito sobre um ponto

¹¹¹ É o entendimento de Cláudia Marlise da Silva Alberton *apud* JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela (Orgs.). **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do sul: Plenum, 2010. p. 80.

¹¹² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 113.

fundamental, qual seja, o da ausência de hierarquia entre os princípios de organização do Estado e os direitos fundamentais¹¹³.

Destarte, infere-se que o provimento judicial nas ações que pretendem o resguardo do direito à saúde deve ter por base fundamentação jurídica lógica, sendo possível a “demonstração racional do itinerário lógico percorrido”¹¹⁴, tornando legítima e controlável a decisão. Diante da exigência de respaldo lógico dos atos decisórios, qualquer argumento edificado sobre concepções pessoais e voluntaristas não é passível de aceitação pelo ordenamento jurídico.

Neste contexto, Ronald Dworkin traz a ideia de *decisão por princípio*. Os juízes, afastando-se das decisões judiciais estruturadas sobre concepções políticas, finalismos ou teologias, decidem os casos concretos almejando, em última análise, manter a integridade e a coerência do Direito — a tarefa de decidir é executada *por princípio*.

Sustenta o jusfilósofo que a resposta certa (*right answer*), responsável por garantir a integridade e coerência do sistema jurídico, é embasada pelos princípios constitucionais. Essa resposta consiste em uma diretriz para a atuação do magistrado, considerando que se demandaria um trabalho sobre-humano para se chegar a ela. Por tal motivo, Dworkin entende que o Juiz Hércules seria capaz de alcançá-la, mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), não cobertos por uma regra jurídica clara e aplicável¹¹⁵.

Assim, o magistrado, ao julgar o caso, deve seguir e fundamentar seus argumentos com base nos princípios constitutivos de determinada comunidade, de modo a afastar a discricionariedade judicial¹¹⁶. Nas palavras de Dworkin, princípio “é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma

¹¹³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 470.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...** *cit.*, p. 367.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 105. *Apud* GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 143, 1999, p. 198.

¹¹⁶ KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas Sociedades Contemporâneas, p. 189. *Apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Paraná. p. 17.

situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”¹¹⁷.

Em consonância com o entendimento esposado por Ronald Dworkin, que problematiza o positivismo jurídico e se posiciona contrariamente ao poder da discricionariedade judicial, assevera Streck:

Outra questão central para a compreensão das teses aqui desenvolvidas é aquela atinente aos problemas emanados da discricionariedade judicial. Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. [...] A discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, por isso é preciso entender mais de perto o problema envolvendo a crítica de Dworkin ao positivismo discricionário de Herbert Hart. Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir da escolha “entre” duas ou mais alternativas. Assemelha-se, portanto, à discricionariedade administrativa. A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin, no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. [...]. Nesse caso, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial¹¹⁸.

Assim, a arbitrariedade judicial pode ser afastada na medida em que os juízes passem a, rigorosamente, decidir para manter a integridade — que legitima o sistema jurídico — e a coerência do Direito como um todo. Neste contexto, leciona Marcelo Campos Galuppo que integridade “é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade e de igualdade. Uma decisão é justa (...) se fornece a resposta correta para o caso”¹¹⁹.

A ideia da integridade instrui os magistrados a reconhecerem direitos e deveres, até o limite de sua competência, partindo da ideia de que foram originados

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** *cit.*, p. 36.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** *cit.*, p. 48-53.

¹¹⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos...** *cit.*, p. 198.

por um único autor, revelando, por conseguinte, uma concepção coerente de justiça e equidade¹²⁰.

Dworkin sustenta a ideia de que, com o intuito de constituir uma comunidade de princípios que contemple seus integrantes como “coparticipantes livres e iguais no empreendimento público de uma sociedade mais justa, livre e solidária”¹²¹, é que entendemos a necessidade de se levar os direitos a sério.

Para a integridade, o direito é visto como um conjunto coerente de princípios, cujo contexto histórico acaba por estruturá-lo dentro de uma determinada comunidade. Desta forma, cabe ao magistrado escrever os capítulos que lhe incumbem nesse romance, de modo que as decisões proferidas se adequem a esses princípios e se justifiquem com base neles.

Com efeito, isso demanda a compatibilidade entre a decisão judicial e os precedentes referentes ao caso, e um desenvolvimento coeso dessa história e dos princípios que a embasam¹²². A insistência de se almejar que o Estado atue de acordo com um conjunto único e coerente de princípios acaba por converter a integridade em um ideal político, em que pesem os indivíduos estejam divididos no que tange ao caráter dos princípios de justiça e igualdade corretos¹²³.

Nessa conjuntura, Dworkin faz as seguintes considerações:

Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade, então teremos um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos. A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito¹²⁴.

Em face do princípio legislativo da integridade, que compele os legisladores a procurar tornar moralmente coeso o conjunto de leis, mostra-se crucial, portanto, a

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 271-272.

¹²¹ GUIMARÃES, Juarez. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. Juarez Guimarães et al. (Orgs.). São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 265.

¹²² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito...** *cit.*, p. 275-276.

¹²³ *Idem*, p. 202.

¹²⁴ *Idem*, p. 202/203.

proteção dos direitos morais e políticos pelo legislativo, de forma que as normas públicas reflitam um “sistema coerente de justiça e equidade”¹²⁵.

Nesse diapasão, o direito como integridade ordena que o magistrado coloque à prova sua interpretação de parte das estruturas e decisões políticas da sociedade, indagando a possibilidade de ela pertencer a uma teoria coerente apta a fundamentar a rede como um todo¹²⁶.

A metáfora do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin¹²⁷ traz à baila a ideia de que, nos julgamentos, os juízes escrevem o capítulo de um romance, devendo observar os capítulos anteriores, de modo a dar coerência ao texto. Assim, somente os precedentes que demonstram coerência devem ser seguidos. Entretanto, há de se ressaltar que, em havendo um precedente, é imprescindível que haja fundamentação no sentido de sua aplicação ou não, em observância ao art. 489, §1º, incs. IV e V, do Código de Processo Civil.

Por instituir a chamada “leitura moral da Constituição”, Francisco Motta se posiciona sobre essa premissa dworkiana no sentido de que as normas constitucionais devem ser lidas como “proclamações de princípios morais de decência e justiça”, o que faz com que o direito esteja inserido na moral, mas nessa exata medida, o que não se confunde com a imposição das concepções morais do julgador^{128, 129}.

Desta feita, com o intuito de se garantir maior segurança jurídica aos cidadãos, é imprescindível que haja a expansão da interpretação dos princípios implícitos, de forma a preservar ou instituir um sistema jurídico coerente e íntegro. Uma parte significativa da teoria de Ronald Dworkin está ligada à ideia dos precedentes judiciais.

Nota-se que, com a vigência da Constituição Federal de 1988, preponderou a leitura principiológica do direito constitucional, de modo que houve mudança de *status* do próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente no âmbito jurisprudencial,

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** *cit.*, p. 266.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito...** *cit.*, p. 294.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238/239.

¹²⁸ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. In: **Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação**. Lenio Luiz Streck (Coord.). [s. l.]: Editora JusPODIVM, 2017. p. 18.

¹²⁹ GUIMARÃES, Juarez. *Op. cit.*, p. 265.

“mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de realizador de direitos e garantidor dos princípios constitucionais”¹³⁰.

Nesse diapasão, observa-se uma aproximação da atuação do juiz do nosso sistema jurídico ao sistema do Common Law, no qual o direito é criado pelo juiz (*judge-made law*)¹³¹.

No escólio de Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Os sistemas de tradição do *civil law* preocuparam-se em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança jurídica e a previsibilidade do direito. (...) Já nos sistemas de *common law* a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais, no qual, por meio de uma racionalidade se procurava garantir a coerência entre as decisões. Assim, nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se encontrava limitado pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba o ato de segui-los; distingui-los ou revogá-los. O que nunca se admitiu foi a possibilidade de ignorar as decisões anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade¹³².

Visando a reverter esse quadro, o Código de Processo Civil prioriza a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência, reforçando a ideia de integridade e coerência, bem como a garantia de efetividade do processo, ao dispor sobre os precedentes.

O art. 926 do aludido diploma legal assim dispõe: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Assim, mostra-se fundamental a motivação das decisões ao deslinde processual, de modo que a diretriz instituída pelo julgamento de determinado caso servirá como referência a futuros julgamentos, sendo garantidas a equidade, a previsibilidade, a segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência¹³³.

Em que pese tal dispositivo legal não esteja sendo observado e seguido em sua integralidade pelos tribunais, diante da notória fragmentação da jurisprudência,

¹³⁰ OMMATII, José Emilio Medauar. Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro. In: **Coleção Teoria Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, vol. 02. p. 202.

¹³¹ *Idem*, ibidem.

¹³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234.

¹³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 17. *Apud* FOGAÇA, Anderson Ricardo. A aplicação dos precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e celeridade no trâmite processual e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do Código de Processo Civil, 2018, p. 5.

tem-se que a lição dworkiana sobre a postura de “decidir por princípio” mostra-se capaz de superar a decisão solipsista. Isto porque, caso tal dispositivo seja respeitado, será constituída uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, de modo a garantir a segurança jurídica.

Neste sentido, como elucida Queiroz Barboza, somente uma doutrina de precedentes vinculantes que observe a integridade do direito terá o condão de exercer a salvaguarda da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, inclusive em *hard cases*.¹³⁴

A isonomia é mais abrangente do que o princípio *treat like cases alike*, de modo que deve ser assegurado o mesmo tratamento a casos semelhantes e seguidos os mesmos princípios que embasaram decisões análogas¹³⁵. Conclui-se, portanto, que o que deve prevalecer é a busca pelo denominador comum para decidir os casos, ou seja, é imprescindível que os juízes *decidam por princípio*.

1.3 A MÁ COMPREENSÃO A RESPEITO DO CONTEÚDO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: DEFINIÇÃO A *PRIORI* OU A PARTIR DO CASO CONCRETO?

Até o momento procurou-se deixar claro como a mera referência à fundamentalidade e importância dos direitos à vida e à saúde dentro do ordenamento jurídico contribuiu negativa e significativamente para o surgimento da identificada crise da jurisdição, assim como o subjetivismo ou solipsismo dos juízes fomenta a prolação de decisões sem a observância de critérios teóricos e dogmáticos mínimos, como se o Estado tivesse condições — ou ostentasse o dever jurídico — de fornecer toda e qualquer prestação à saúde que lhe for solicitada.

Doravante, mostrar-se-á como uma *má compreensão técnica* acerca do direito ao mínimo existencial por parte dos tribunais brasileiros configura-se como uma das principais causas — senão a mais sensível — para o *agravamento* daquela crise.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais...** *cit.*, p. 234.

¹³⁵ *Idem*, p. 249-250.

Isso porque todas as pessoas que se utilizam do Poder Judiciário para ter acesso a fármacos assim o agem porque têm uma *necessidade*¹³⁶, pelos mais variados motivos, e, comumente, as ações judiciais que discutem a concessão de medicamentos pelo Estado têm um fim positivo para os cidadãos, sendo que, não raro, as cortes de justiça fundamentam suas decisões com base nesse dito *mínimo existencial*¹³⁷.

Em primeiro lugar, é necessário responder às seguintes questões: no que consiste, isto é, qual o conteúdo jurídico desse mínimo existencial? Qual ordem de consequências se origina de sua definição? A partir do momento em que essas perguntas estejam respondidas, será possível identificar com clareza *de que forma o seu emprego equivocado contribui para a crise já mencionada*.

De uma maneira bastante direta, é possível afirmar que o mínimo existencial possui natureza jurídica de direito fundamental implícito na Constituição, eis que decorre logicamente do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inc. III do art. 1º do Texto Constitucional, e, também, dos objetivos fundamentais da República, nos termos do art. 3º da Lei Maior — implicitude esta, aliás, cujo reconhecimento é possível diante da norma que se extrai do § 2º do art. 5º da Lei Fundamental¹³⁸.

Essa ideia de um “mínimo” a ser garantido pelo Estado provém da jurisprudência alemã, como bem explana Daniel Wunder Hachem:

Essa ausência de direitos sociais na Constituição alemã contribuiu para uma certa convergência doutrinária em torno da ideia de que o Estado deve garantir aos cidadãos um “mínimo social”, entendendo-se que seria possível

¹³⁶ “Se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma. Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesses critérios, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas” (BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. *In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. pp. 803-804).

¹³⁷ “Nada obstante a existência dessas várias concepções acerca da jusfundamentalidade dos direitos econômicos e sociais, tem sido comum no Direito brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a referência ao conceito de mínimo existencial quando se trata do tema da exigibilidade judicial dos direitos sociais. Percebe-se, especialmente nas decisões judiciais, que (...) muitas vezes a ele recorrem com o propósito de reforçar seus argumentos em prol da satisfação judicial de prestações materiais positivas, manejando o conceito sem precisão teórica e confundindo o seu conteúdo com o dos direitos sociais” (HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 207-208).

¹³⁸ Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (destacou-se).

extrair, diretamente da Lei Fundamental e independentemente de previsão legislativa, um direito subjetivo originário a prestações que proporcionem condições mínimas de existência digna. Não se trataria de um nível otimizado de prestações condizentes com a justiça distributiva exigível em um Estado Social, mas tão somente de um mínimo necessário à proteção da dignidade humana e das satisfações elementares imprescindíveis para o exercício das liberdades fundamentais¹³⁹.

Se se está tratando de um direito materialmente fundamental (sendo irrelevante o fato de estar ele implicitamente previsto), é evidente que o mínimo existencial goza do *mesmo regime jurídico* dos demais direitos fundamentais, aplicando-se imediatamente (CRFB, art. 5º, § 1º) e estando protegido contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo (CRFB, art. 60, § 4º, inc. IV)¹⁴⁰.

A doutrina comumente identifica o mínimo existencial¹⁴¹ como o conjunto mínimo de bens ou condições materiais que uma pessoa precisa para ter uma vida digna¹⁴², sem descuidar de sua função de defesa “contra intervenções estatais que dele subtraíam os meios essenciais para sua sobrevivência com dignidade”¹⁴³.

Ana Paula de Barcellos complementa a definição no sentido de que o mínimo existencial representa o “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física — a sobrevivência e a manutenção do corpo — mas também espiritual e intelectual”¹⁴⁴. Para a autora, em suma, esse conceito se confunde com o “núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁴⁵.

Para o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, a noção implícita de mínimo existencial “compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna”¹⁴⁶, as quais

¹³⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 210.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *cit.*, p. 74-75.

¹⁴¹ É importante destacar que a doutrina distingue o *mínimo existencial vital* (que seria correspondente a uma mera salvaguarda das condições de existência física da pessoa humana) do *mínimo existencial sociocultural*, que, além de englobar aquele, visa a abrir “possibilidades de uma real inserção na vida social a todos os cidadãos, oportunizando o livre desenvolvimento da personalidade de seu titular” (FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial. In: **Revista Thesis Juris**, vol. 3, jul.-dez/2014, pp. 321-322).

¹⁴² HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 205-240.

¹⁴³ *Idem*, p. 208.

¹⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 247.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 14.09.2011**.

envolvem acesso aos direitos à educação, à saúde, à assistência social, à moradia, à alimentação etc.

Há, portanto, um mínimo existencial, ou seja, um conjunto inafastável de bens e prestações materiais a que uma pessoa *necessita* ter acesso para que possa ostentar a dignidade que lhe é reconhecida pela Constituição da República — conjunto este cuja observância é imposta compulsoriamente ao Estado.

Bem analisada a questão, aliás, se observa que o direito implícito ao mínimo existencial se compõe do conteúdo de diversos outros direitos fundamentais. Se estes são multifuncionais, como ensina Robert Alexy¹⁴⁷, significa que de seus bojos são extraídos diversos “feixes” de posições jurídicas jusfundamentais, de caráter positivo e negativo, que podem ser reclamadas perante o Estado e das quais o mínimo existencial se vale para ostentar seu próprio conteúdo jurídico.

Sobre a ressalva feita, leciona a doutrina:

O direito fundamental ao mínimo existencial é composto por porções dos direitos econômicos e sociais necessárias a proporcionar ao seu titular condições materiais de existência minimamente digna. Ele é um *minus* em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres — não só de prestação, mas também de abstenção — que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial. Os direitos econômicos e sociais, portanto, não têm por única e exclusiva função a satisfação do mínimo existencial. Enquanto este último visa a “erradicar a pobreza e a marginalização”, aqueles, em sua dimensão máxima, têm por objetivo a “redução das desigualdades sociais e regionais” e “garantir desenvolvimento nacional” na sua dimensão humana. O mínimo existencial dirige-se ao combate da miséria ou pobreza absoluta, ao passo que os direitos econômicos e sociais destinam-se à promoção da igualdade material entre os indivíduos¹⁴⁸.

Exemplifica-se com o direito à educação: a Constituição o elenca como um direito fundamental em seu art. 6º, e, de sua consagração como direito fundamental, decorrem diversos feixes de posições jurídicas, como, por exemplo, a exigência de legislação infraconstitucional a respeito do tema, a exigência de acesso às creches, à educação infantil, à educação fundamental, ao ensino médio, à educação superior, a cursos de pós-graduação etc. Essa variedade de posições jurídicas jusfundamentais extraíveis do direito à educação (visto como um bloco) caracteriza, exatamente, a multifuncionalidade de tal direito fundamental.

¹⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria...** *cit.*, p. 232.

¹⁴⁸ Hachem, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 221.

Até aqui, nenhuma crítica pode ser formulada, afinal, é legítimo e oportuno que, em um país marcado por uma forte desigualdade social, o Estado seja compelido por sua Lei Fundamental a garantir, inclusive pela via administrativa, um conjunto mínimo de bens materiais aos seus cidadãos.

O problema aparece, na verdade, quando se adentra ao campo da definição do *conteúdo* do direito implícito ao mínimo existencial, pois a doutrina e a jurisprudência pátrias majoritárias negligenciam a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e incluem na definição de “mínimo existencial” praticamente toda e qualquer posição jurídica jusfundamental extraída dos diversos direitos fundamentais, e se agrava, ainda, quando se observa qual a *consequência jurídica* de identificar a pretensão como incluída naquele conceito.

Em busca de evidenciar os equívocos cometidos pela jurisprudência no trato da matéria, há que se distinguir, inicialmente, e para a correta aplicação do texto constitucional, o mínimo existencial — especialmente quando se fala em tutela judicial do direito à saúde — das *demais posições jurídicas jusfundamentais extraíveis dos direitos fundamentais*¹⁴⁹.

A jurisprudência majoritária dos tribunais pátrios — em especial, a do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça — incorre em sérios equívocos quando trata da matéria pois não distingue quais posições jurídicas jusfundamentais integram o conteúdo do mínimo existencial, alegando que o conteúdo de tal direito deve ser definido no caso concreto.

O problema é que, não raro, o caso concreto envolve uma situação emergencial em que a pessoa está à beira da morte, o que torna, como já denunciado anteriormente — e não poderia deixar de ser diferente —, muito complicada e difícil uma decisão jurisdicional calcada apenas em critérios técnicos. Ao fim e ao cabo, o destino de uma pessoa é decidido pela caneta de um juiz, e isso, invariavelmente, entra na equação.

A pretensão de acesso a um medicamento de alto custo destinado ao tratamento de uma doença raríssima está incluída na ideia de mínimo existencial? Pode o particular, à luz de seu “mínimo existencial”, exigir do Estado a realização de uma cirurgia extremamente complexa e onerosa que só é realizada no exterior porque, sem o procedimento, pode vir a óbito?

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica...** *cit.*, *passim*.

Decidir facilmente esses casos difíceis é possível, basta que se coloque a pretensão jusfundamental deduzida em juízo — por mais específica que seja — *dentro do conteúdo do direito implícito ao mínimo existencial*, pois, *nesse caso*, o Estado não pode opor qualquer tipo de reservas legais (como a reserva do possível, a reserva do politicamente adequado ou oportuno etc.).

É justamente aí que reside a utilidade da categoria do mínimo existencial: quando se coloca uma pretensão como incluída em sua extensão normativa, quer-se dizer, na verdade, que, como se trata de posição jurídica jusfundamental ínsita ao núcleo da dignidade da pessoa humana, o Estado não poderá, nunca, negligenciar a sua concretização:

Essa posição faz com que a categoria jurídica do mínimo existencial se torne extremamente útil e funcional como critério de justiciabilidade do conteúdo essencial dos direitos econômicos e sociais. Ela estabelece uma nítida linha demarcatória da extensão da legitimidade do Poder Judiciário para a efetivação desses direitos: estando dentro do âmbito de abrangência do mínimo existencial, a pretensão jurídica deve ser concedida pelo juiz, independentemente da reserva do financeiramente possível¹⁵⁰.

Veja-se que esse entendimento foi, há tempos, firmado nos tribunais superiores, bastando que se cite, a título de ilustração, alguns precedentes.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente que “*a cláusula da ‘reserva do possível’ -- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível -- não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações*”¹⁵¹.

Em 2011, embora tratando de caso que versava sobre o direito à educação, novamente a Corte Suprema salientou que “*a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial*”¹⁵².

¹⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 223-224.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PR, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 14.04.2008**.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 14.09.2011**.

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o tema, consignando que “o *princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial*”¹⁵³.

Da análise dos julgados é seguro afirmar, a título de exemplificação, que a jurisprudência desses tribunais superiores adota a concepção doutrinária de que, se a pretensão jurídica está dentro do mínimo existencial, o Estado nada pode fazer senão concretizá-la, sendo inadmissível a oposição de reservas legais. É necessário destacar, contudo, que *nem todas as pretensões jurídicas jusfundamentais compõem o conteúdo do direito ao mínimo existencial*.

Afigura-se que a melhor posição doutrinária brasileira acerca do conteúdo desse direito reside nos excertos de Ana Paula de Barcellos, que propõe um rol constitucional preferencial¹⁵⁴ para desvendá-lo¹⁵⁵.

Isto é, partindo do próprio texto constitucional, seria possível visualizar as preferências que o Constituinte Originário conferiu à tutela de algumas posições jurídicas decorrentes dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos à *saúde básica*, à educação básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça¹⁵⁶, que, justamente por comporem este mínimo existencial sociocultural, são oponíveis e exigíveis perante o Poder Público de tal modo que este *não poderá se escusar de seu atendimento*.

Diz a referida autora:

(...) é claro que, além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido. [...] o Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos — afora e além do mínimo — hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei¹⁵⁷.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.041.197/MS, de relatoria do Ministro Humberto Martins. **Diário da Justiça Eletrônico 16.09.2009**.

¹⁵⁴ A expressão é cunhada por Daniel Wunder Hachem. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 213 e 217 e ss.

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** *cit.*, p. 300 e ss.

¹⁵⁶ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 205 e ss.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde... *cit.*, p. 809

A “saúde básica”, de acordo com o entendimento de Barcellos, é aquela que diz respeito às prestações materiais que todas as pessoas já necessitaram (por exemplo, o atendimento pré e pós-natal), necessitam (saneamento básico) e, muito provavelmente, necessitarão em algum momento de suas vidas para que tenham condições minimamente dignas de vida (doenças comuns na terceira idade)¹⁵⁸.

Como bem resume Daniel Wunder Hachem, “desta maneira são respeitadas as quatro prioridades estabelecidas pela Constituição: ‘(i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, Ix, 198, II, e 200, iv); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); e (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II)’”¹⁵⁹.

É preferível, pelos motivos até agora alinhavados, determinar o conteúdo do mínimo existencial a priori, traçando um elenco preferencial identificável a partir das prioridades fixadas no texto constitucional em um determinado momento histórico, que envolvam prestações necessárias a todos os cidadãos, e não apenas acidentalmente a alguns (rol constitucional preferencial), e enquadrá-lo na categoria normativa de regra, imprimindo-lhe a natureza de direito definitivo, infenso à ponderação (mínimo existencial definitivo)¹⁶⁰.

O que propõe a autora, em verdade, é apenas que se empreste ao mínimo existencial a sua concepção, talvez, mais lógica: no campo da saúde, as prestações materiais que decorrem diretamente do seu núcleo normativo devem ser aquelas que podem ser disponibilizadas para todos¹⁶¹, “afastando-se o critério nas melhores ou piores condições de saúde das pessoas para determinar o que deve e o que não deve ser concedido”¹⁶².

O entendimento, neste contexto, é de que o mínimo existencial não pode ser visto como um teto máximo para as prestações judiciais, senão como um piso mínimo, “cujo conteúdo é imediatamente exigível junto ao Judiciário, mas que não caracteriza uma ‘barreira ao reconhecimento da existência de outras parcelas normativas igualmente reclamáveis’”¹⁶³.

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** *cit.*, p. 328-329.

¹⁵⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 219.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 227.

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** *cit.*, p. 325-326.

¹⁶² HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 219.

¹⁶³ FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde... *cit.*, pp. 322-323. Cf., também, HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, pp. 227-229.

Além desta posição conferir ao mínimo existencial a verdadeira força normativa que ele tem (a impossibilidade de o Estado, via de regra, opor reservas à sua efetivação), possui o mérito de ressaltar que *nem todas as posições jurídicas decorrentes dos direitos fundamentais, especialmente aquelas que dizem respeito ao direito à saúde, integram o conteúdo do mínimo existencial e, por isso, devem ser prestadas de maneira imediata pelo Estado.*

Com efeito, tem-se que “a noção de mínimo existencial deve ser mais restrita e bem delimitada, para impedir que toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se ver incluída”¹⁶⁴.

Isso tem grande relevância prática, pois, na medida em que se constata que certas posições jurídicas, mesmo aquelas de grande apreço moral e que necessariamente envolvem um grau de sensibilidade na sua tutela, não podem ser isentas da oposição de reservas pelo Estado, contribui-se para que o Poder Judiciário aplique o Direito por princípio, *deixando-se de agravar a crise da jurisdição mediante a prolação de decisões jurisdicionais atécnicas.*

Veja-se que não se está a retirar dos direitos fundamentais sociais o fato de eles terem aplicabilidade imediata. Contudo, a aplicabilidade imediata não significa que a posição jurídica invocada não possa sofrer qualquer reserva, mesmo sendo ela fundamental. Não se pode perder de vista que o dever do Estado para com os direitos fundamentais sociais é de *progressiva implementação*, pois os direitos fundamentais, como bem pontua Ana Lucia Pretto Pereira,

são direitos de satisfação progressiva, ou seja, pelo fato de dependerem do dispêndio de recursos públicos para sua fruição, e tendo em vista que tais recursos são limitados, não poderão ser atendidos simultaneamente em sua plenitude; integram, sim, um processo de realização gradativa no tempo, de acordo com as políticas públicas que vieram a ser implementadas. (...). Conceber os direitos sociais enquanto direitos de satisfação progressiva significa considerar a discricionariedade administrativa quanto à oportunidade e conveniência para sua efetividade. É o administrador quem elegerá as prioridades nos gastos públicos¹⁶⁵.

¹⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial... *cit.*, p. 215-216.

¹⁶⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Op. cit.*, pp. 103 e 204.

Nesse panorama, assiste razão aos argumentos de Ana Lucia Pretto Pereira, para quem a satisfação das posições jurídicas jusfundamentais que não integram o mínimo existencial deve ser realizada na medida do possível¹⁶⁶.

O caminho para a superação da crise da jurisdição, no ponto, consiste, assim, no *correto entendimento do conteúdo do direito ao mínimo existencial*. A sua definição não pode ser pautada pelo caso concreto levado a juízo, senão mediante um critério aprioristicamente concebido (rol constitucional preferencial).

Ao se sublinhar a força normativa do mínimo existencial a partir do reconhecimento de que *nem todas as pretensões jurídicas jusfundamentais integram seu núcleo*, passar-se-á a entender que ao Estado é lícito opor reservas legais quando instado a concretizar posições jurídicas jusfundamentais que não estejam incluídas naquele rol constitucional preferencial.

1.4 O ENTENDIMENTO EQUIVOCADO SOBRE A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL: A NEGLIGÊNCIA SOBRE SUA AMPLITUDE

Os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, exigem o dispêndio de escassos recursos públicos para sua efetivação. Embora seja ligeiramente equivocado o entendimento, pois já se abordou o fato de que todos os direitos fundamentais impõem ao Poder Público o gasto de seus recursos¹⁶⁷, não se pode olvidar que aqueles direitos de índole social, por envolverem prestações substanciais (bens da vida), reclamam gastos elevados.

¹⁶⁶ Em todas as demandas onde se postule uma conduta estatal, para cujo cumprimento haja um custo (em bens ou serviços), existe a chance de o Estado argumentar a impossibilidade de atendimento imediato da demanda, por 'insuficiência de caixa'. Isso porque, de fato, as ações e programas estatais, que darão exequibilidade aos objetivos constitucionalmente fixados, dependem da alocação de recursos, que, por serem escassos, devem ser direcionados para prioridades específicas, de modo que a maioria dos setores será necessariamente atendida apenas *na medida do possível* (*Idem.*, p. 21).

¹⁶⁷ Com efeito, a doutrina adverte que apoiar-se na "reserva do possível" — instituto com raízes no pensamento neoliberal contemporâneo — significa ignorar em que medida os custos são consubstanciais a todos os direitos fundamentais, e não apenas àqueles de índole social. Ou seja, "a escassez de recursos como argumento para a não aplicação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais afetaria tanto os direitos civis e políticos, exaltados pelo Estado Liberal de Direito, como os direitos sociais" (SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo... *cit.*, p. 146-147).

É nesse ponto que a doutrina comumente tece a principal crítica à efetivação dos direitos sociais, qual seja, a da *impossibilidade financeira de o Estado efetivá-los*. Essa objeção, conforme há tempos pondera Luís Roberto Barroso, geralmente é formulada com base na *teoria da reserva do possível*¹⁶⁸.

A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet é apresentada no mesmo sentido:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível¹⁶⁹.

Estabeleceu-se, anteriormente, que a chamada “reserva do possível” é passível de oposição às parcelas dos direitos fundamentais que não compõem o conteúdo do direito implícito ao mínimo existencial, decorrendo daí, justamente, a utilidade de tal instituto.

Se sua utilização for feita de maneira correta, essa cláusula impeditiva da exigibilidade dos direitos sociais é, nas palavras de Lima Lopes, “uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão visarem a beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada”¹⁷⁰.

Mas será que, no Brasil, a cláusula da reserva do possível goza de tratamento técnico pelo Poder Judiciário ou é apenas mais uma vítima da importação acrítica ou precipitada de uma doutrina estrangeira? Será que os tribunais brasileiros têm em mente a real amplitude desta cláusula? De que forma o entendimento equivocado sobre seu teor contribui para a crise da jurisdição na área da saúde?

Há extensa doutrina a respeito das origens da cláusula da reserva do possível¹⁷¹, de modo que calha fazer apenas um breve resumo nesta oportunidade. A cláusula da reserva do possível (*Vorbehalt Möglichen*) é originária da jurisprudência

¹⁶⁸ “Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível” (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva... *cit.*, p. 893).

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo... *cit.*, p. 24.

¹⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 172-173.

¹⁷¹ Cf., por todos, PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Op. cit.*

do Tribunal Constitucional Federal da República da Alemanha, assentando suas bases na decisão denominada “*numerus-clausus Entscheidung*”, isto é, o chamado “caso *numerus clausus*”.

No caso analisado, um grupo de candidatos que não obteve êxito em ingressar nas faculdades públicas de Medicina daquele país pleiteou judicialmente por vagas nas instituições, vale dizer, as pessoas queriam acessar diretamente pelo Poder Judiciário uma vaga no ensino superior, e isso sob a alegação de que os critérios das Universidades da Bavária e de Hamburgo seriam arbitrários e estariam violando o direito à escolha da profissão, do local de trabalho e centro de formação, nos termos do art. 12 da Lei Fundamental Alemã¹⁷².

O Tribunal alemão, contudo, reputou inexistente o direito arguido com base na cláusula da reserva do possível: “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.

Embora a Corte alemã tenha reconhecido que a questão envolvia direitos sociais, consignou que estes sofrem limitações pela reserva do possível. A cláusula elucida, assim, em termos práticos, o que pode o indivíduo, *racionalmente*, exigir da coletividade. Observa-se, portanto, que a origem do instituto *não tem uma conexão direta com a falta ou escassez de recursos públicos*: trata-se, a rigor, da imposição de um raciocínio de *razoabilidade* frente a uma demanda.

No caso, não poderia o Tribunal Constitucional Federal alemão considerar inconstitucional o fato de as universidades públicas *restringirem* o acesso das pessoas aos seus cursos mediante processo seletivo, limitando, ainda, o número de vagas ofertadas, pois não é razoável exigir do Estado a disponibilização de vagas infinitas destinadas a atender *todas as pessoas*.

Ainda no caso, o Tribunal salientou que a Administração Pública, atendendo ao seu orçamento, deve prezar pela coletividade, considerando a harmonização da economia geral. Assim, destinar os recursos limitados para beneficiar uma porcentagem privilegiada da população, preterindo os demais interesses da

¹⁷² MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007. p. 169

coletividade, seria, aos olhos do Tribunal, afrontar a justiça social concretizada no princípio da igualdade.

Ocorre que, no Brasil, diferentemente da Alemanha — que se utiliza da reserva do possível para obstaculizar pretensões desarrazoadas frente ao Estado mesmo possuindo recursos aptos a garantir os direitos sociais de sua população —, a cláusula da reserva do possível, como se viu, foi importada para ter uma relação quase que necessária com a finitude dos *recursos públicos* (*verba pública no sentido estrito de pecúnia*).

Assim, via de regra se vê o Estado invocando a cláusula da reserva do possível em juízo para sustentar *não ter recursos disponíveis para efetivar determinado direito social*. Isso é prejudicial na medida em que a má compreensão dessa cláusula, calcada na relação necessária que se faz com a escassez dos recursos públicos, *impede que se lhe empreste sua real dimensão*, consistente em três subdivisões: a) a reserva do faticamente possível; b) a reserva do juridicamente possível; e c) a reserva do financeiramente possível.

A reserva do faticamente possível traduz, como o nome já declina, a impossibilidade fática de o Estado satisfazer determinado direito social que lhe está sendo demandado.

Cite-se, a título de ilustração e num cenário hipotético, uma pessoa que pede ao Estado o transplante de um rim. A satisfação do direito social à saúde do jurisdicionado pode ser faticamente inviável se não houver, nas redes públicas e privadas, momentaneamente, órgãos à disposição ou doadores cadastrados.

É com base nessa espécie da cláusula que o Estado pode, *legitimamente*, vale dizer, sem que cometa ato ilícito, ao menos postergar o atendimento de um direito fundamental.

A cláusula da reserva do juridicamente possível implica o exame da possibilidade jurídica de o Estado atender à demanda que lhe está sendo dirigida. A principal razão de ser dessa espécie repousa nas regras orçamentárias responsáveis por planejar e organizar o dispêndio de recursos públicos.

Isso porque o princípio da legalidade rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República, de modo que, após o planejamento dos gastos públicos através das leis orçamentárias, eventual destinação inesperada, fruto de uma decisão judicial, desorganiza a ação administrativa do Estado.

Em situações específicas, pode o pronunciamento judicial comprometer o orçamento público, previamente planejado pelo Legislador, incluindo novas despesas. Obviamente que, para tanto, surgirá a necessidade de realocação das verbas, muitas vezes retirando de um setor para outro — circunstância que interfere no princípio da separação dos poderes.

Assim, não é raro que o Estado invoque, muitas vezes, questões orçamentárias para se ver desobrigado a concretizar um direito fundamental, e essa tese de defesa não pode ser simplesmente afastada pelo Poder Judiciário sem a devida fundamentação, pois trata-se de ramo da reserva do possível que *incide sobre as parcelas de direitos fundamentais que não compõem o mínimo existencial*, como amplamente já reforçado neste trabalho.

José Reinaldo de Lima Lopes bem reconhece a validade dessa espécie:

Não há dúvida, contudo, de que há limites orçamentários e que, portanto, a imposição de despesas não previstas, sem a respectiva previsão de custeio (de financiamento) não é aceita entre nós. Deste ponto de vista, portanto, é aceitável que se fale em impossibilidade de cumprimento de uma decisão judicial, ou de um pedido de alguém em particular. Como normalmente se chama a juízo o Poder Executivo, havendo orçamento aprovado, é impossível que ele o mude por ordem judicial, por falta de competência sua e de competência judiciária. A não ser, claro está, que se prove que há espaço para remanejamento e para contingenciamento (previstos na própria lei orçamentária). Essa impossibilidade é jurídica, pois a mudança nas regras que determinam a competência para criar e financiar custos de bens públicos são regras constitucionalmente definidas. Violá-las torna inválidos os atos, ou seja, juridicamente inaptos para produzir os efeitos que deles se esperam¹⁷³.

A reserva do juridicamente possível, portanto, junta-se às reservas do razoavelmente possível e faticamente possível como caminhos para que o Estado, licitamente, se escuse da prestação de um direito fundamental. Mas não é só.

O prisma de análise da reserva do financeiramente possível talvez seja o mais difundido no Brasil. Isso porque, como já denunciado, a importação do instituto alemão à moda brasileira confundiu-o, necessariamente, com a escassez de recursos públicos — o que constitui, na prática, uma negligência à amplitude de possibilidades que a reserva do possível outorga ao Estado.

A coincidência desta cláusula com a necessidade de gastos públicos é tão grande que José Reinaldo de Lima Lopes lembra que a reserva do possível “tornou-

¹⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível... *cit.*, p. 160.

se expressão corrente (...) [n]o contexto das promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social da segunda metade do século XX”¹⁷⁴.

Para Ana Paula Barcellos, “as escolhas em matéria de gastos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estrutura constitucional”¹⁷⁵.

Pode-se, por conseguinte, atestar que a legitimidade, em um Estado Democrático de Direito, para a realização de escolhas políticas a respeito das prestações do Estado é exclusivamente do Legislativo. Cabe, então, ao Poder Judiciário, com base nas escolhas do Parlamento, assegurar o cumprimento das normas constitucionais, dentre elas as prestacionais¹⁷⁶.

Não possuindo o Estado recursos financeiros suficientes para ofertar a garantia de direitos fundamentais sociais, é dever do Parlamento eleger os mais pertinentes de cumprimento de acordo com os recursos materiais, humanos e/ou financeiros dispostos¹⁷⁷.

A cláusula da reserva do financeiramente possível não afasta a necessidade de se atribuir a máxima eficácia possível às normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais prestacionais, mas exige que se respeitem as reais possibilidades financeiras do Estado.

Aliás, frequentemente, o custo dos fármacos é maior do que os recursos disponíveis pelo Estado¹⁷⁸. A despeito de os direitos fundamentais se encontrarem ofertados prioritariamente pelo atual Estado democrático¹⁷⁹, não há a mera

¹⁷⁴ *Idem*, p. 155.

¹⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais** – orçamento e “reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117.

¹⁷⁶ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. XLVI, nº 2, Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 978.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 393.

¹⁷⁸ Visto que não se poderia requisitar ilimitadamente os bens dos cidadãos nem impor-lhes impostos ou tributos a não ser segundo seu consentimento, a contrapartida natural do sistema seria a definição de limites de gastos” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível... *cit.*, p. 20.

¹⁷⁹ SILVA, R. P. A Teoria dos Direitos Fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: **Anuário de Derecho Constitucional Latino-americano**, Montevideu, vol. 13, n. 02, 2007. p. 553.

possibilidade de rejeitar-se a realidade econômica e orçamentária pública, uma vez que os direitos custam aos cofres públicos¹⁸⁰.

Assim, insere-se o conceito de ponderação ao princípio da reserva do financeiramente possível. Compete ao legislador, enquanto representante democraticamente eleito, priorizar um setor em detrimento do outro, o que deverá ser observado pelo Judiciário.

Para tanto, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que os direitos prestacionais devem ser vislumbrados em um contexto social, eis que a realização destes depende dos recursos disponíveis em dado momento: “Enquanto direitos de quota parte, estão especialmente condicionados pela sua disponibilidade pelos poderes públicos, pela riqueza social a distribuir e pelas decisões coletivas de distribuição”¹⁸¹.

Para que o juízo possa prover o direito à saúde a quem o requerer há a imperiosidade de incidência do exame da possibilidade financeira de atendimento da demanda, e, inclusive, de um exercício de racionalidade, cabendo ao juiz investigar se é viável a concessão de certo medicamento ou tratamento ao indivíduo, tendo em mente que algum outro direito prestacional e fundamental virá a ser preterido.

Por exemplo, sob a luz da cláusula da reserva do financeiramente possível, irrazoável seria a condenação do Estado ao pagamento de medicamento extremamente oneroso, enquanto os demais cidadãos padecem ainda dos fármacos mais singelos e essenciais por falta de recursos públicos¹⁸².

Além de ofender o princípio basilar da Constituição da República — o da dignidade da pessoa humana —, a decisão que autorizasse o fornecimento do medicamento ultrapassaria, em muito, o que se compreende por razoabilidade. Evidente que um pedido isolado não faria com que o Estado comprometesse seu orçamento de forma irreversível, entretanto, frente a uma enxurrada de pedidos análogos, referida prejudicialidade poderia se concretizar.

¹⁸⁰ WEINGARTNER NETO, J.; VIZZOTTO, V. D. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais** – orçamento e “reserva do possível. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008. p. 295.

¹⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. pp. 61-62.

¹⁸² CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf >. Acesso em 28 jan. 2020.

Percebe-se que o art. 196 da Constituição da República traz em seu texto que o direito à saúde deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, bem como visar “ao acesso universal e igualitário” para sua promoção. Portanto, a concessão de um medicamento extremamente caro a uma determinada pessoa, em detrimento de tratamentos e fármacos básicos à coletividade, representa ofensa expressa ao caráter universal.

Há quem defenda que o problema reside na má gestão orçamentária do Brasil, como é o caso do Professor Andreas Joachim Krell. Para ele, “constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo (...) enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha da pobreza”¹⁸³.

Em sentido diverso, contudo, há quem sustente que o Brasil seria um país rico, como é o caso do professor Luciano Benetti Timm. Para ele, não é uma questão de má organização financeira dos administradores, tampouco de corrupção, visto que “os economistas podem divergir sobre as causas da corrupção e qual o percentual do crescimento do PIB e da redistribuição de riqueza é afetado por ela, mas isso não deve passar de 10%, portanto, não é, infelizmente, isso que resolverá, por si só, o problema das injustiças sociais (o que não significa que não deva ser combatido evidentemente)”¹⁸⁴.

Portanto, no Brasil, a real dimensão da cláusula da reserva do possível tem sido ignorada pelos operadores do Direito desde a importação da teoria alemã, quando se relacionou sua aplicação a uma subordinação necessária à escassez dos recursos públicos.

Reduzir o âmbito de aplicação da cláusula da reserva do possível ao aspecto orçamentário contribui para o agravamento da crise da jurisdição, pois se retira do Estado a possibilidade de opor diversas outras reservas — como, principalmente, a do razoavelmente possível e a do faticamente possível — que incidem perfeitamente

¹⁸³ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 239-240.

¹⁸⁴ 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 (Orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

em demandas que envolvem parcelas de direitos sociais que não compõem o conteúdo do direito ao mínimo existencial.

Somente uma releitura do instituto, reconhecendo-se sua real amplitude, pode contribuir para sua correta aplicação e, assim, auxiliar na superação da crise, pois, à medida que se reconheça a validade e força normativa da cláusula da reserva do possível — em todas as suas dimensões —, fatalmente reduzir-se-á o número de ações de saúde que alcançam, no mundo dos fatos, um resultado positivo para o cidadão, mas, no mundo do Direito, uma consequência juridicamente inaceitável.

1.5 A VIOLAÇÃO DIÁRIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA: A “TRAGÉDIA DOS COMUNS” E O RESGATE DE SUA FORÇA NORMATIVA

No que tange à incidência da proteção do direito à saúde, extrai-se do art. 196 da Constituição Federal que o dever prestacional do Estado na esfera da saúde se estende a *todos*, de modo que as políticas sociais e econômicas devem garantir um acesso *universal* e *igualitário*. Pressupõe-se, portanto, a condição de igualdade de todos os cidadãos perante o Estado, pois só assim há o integral resguardo ao caráter de universalidade do Sistema Único de Saúde.

Logo, é certo que o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal vigente deve exercer influência central nas decisões referentes à alocação de recursos destinados ao resguardo ao direito constitucional à saúde. Afinal, a força normativa atribuída aos princípios pela racionalidade jurídica pós-positivista coloca-os em posição norteadora de toda a atividade legislativa e interpretativa diante do caso concreto.

A isonomia perpassa a questão de promoção da justiça social, tendo em vista que implica em conferir tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, dispensando-se, por óbvio, tratamento equânime aos iguais. Ocorre que a judicialização do direito à saúde, do modo como vem sendo desempenhada pelos Tribunais pátrios, tem culminado na desestabilização orçamentária e, conseqüentemente, no prejuízo ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao resguardo coletivo e isonômico de tal direito.

Nesse sentido, o caráter individualizante em matéria de saúde, com a concessão judicial de medicamentos e tratamentos de alto custo àqueles que possuem os meios de pleitear tal tutela em face do Poder Judiciário, constitui ofensa manifesta ao princípio fundamental da equidade. Ora, quando o pleito prestacional e individual é judicialmente atendido, realocam-se recursos a fim de atender às necessidades de uma parcela minoritária dos cidadãos, afetando o investimento estatal em medidas universalizantes de proteção à saúde.

Na esteira do que já se discutiu acerca da escassez financeira, limitante dos direitos fundamentais prestacionais, a consequência nefasta das ingerências judicantes em matéria de saúde, nos moldes em que tem atuado o Judiciário, é que “como não se pode dar tudo a todos, dá-se tudo a alguns e, necessariamente, menos, ou nada, a outros”¹⁸⁵.

Quanto à concentração desigual de recursos ocasionada pelo cumprimento de decisões judiciais que impelem o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, exemplifica-se com a seguinte hipótese: caso todos os portadores de Hepatite Viral Crônica C e Artrite Reumatoide, representantes de 1% da população, pleiteassem judicialmente o fornecimento dos medicamentos mais eficazes e recentes disponíveis no mercado farmacêutico, e tivessem sua demanda atendida, como geralmente ocorre com aqueles que assim o fazem, os recursos financeiros necessários a essa prestação superariam o dispêndio estatal com o SUS como um todo¹⁸⁶.

Destarte, resta evidente a afronta ao princípio da igualdade, pois que se consubstancia um provimento estatal a uma seleta parcela da população, não havendo extensão de tais prestações aos demais cidadãos que estariam nas mesmas condições de saúde, mas que não ingressaram em juízo. Logo, confere-se tratamento desigual a iguais, em manifesta negligência à faceta material da isonomia.

¹⁸⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade... *cit.*, p. 223-251.

¹⁸⁶ Os autores bem ressaltam que tais medicamentos (*Interferon Peguilado*, para o tratamento da Hepatite Viral Crônica C, e *Infliximabe*, *Etanercepte* e *Adalimumabe*, para Artrite Reumatoide) “são atualmente fornecidos pelo SUS, mas suas condições de uso e os critérios para que os pacientes os recebam estão previstos em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. São os medicamentos mais novos para tratamento dessas duas doenças, mas não são os únicos; outros medicamentos são fornecidos pelo SUS” (*Idem*, p. 235 e ss.). Os critérios empregados pelo SUS para decidir acerca de quais medicamentos fornecer vão além da inovação no mercado, perpassando a segurança, eficácia e custo-efetividade do tratamento.

A violação do princípio da isonomia é patente, na medida em que não há critério de discriminação objetivo, racionalmente justificável e em consonância com os valores constitucionais¹⁸⁷, apto a sustentar o tratamento distinto conferido a indivíduos acometidos pelas mesmas enfermidades e igualmente dependentes das prestações estatais para terem sua saúde devidamente resguardada.

À vista disso, incontestável que as decisões judiciais evitadas de postura ativista acabam por prejudicar aqueles que não recorrem ao Poder Judiciário na busca por um benefício isolado. Diante de tal quadro, enquanto alguns obtêm do Estado provimentos prescindíveis, a outros faltará até mesmo o essencial.

Tal situação é passível de cotejo com o fenômeno cunhado pelo autor Garrett Hardin¹⁸⁸, denominado *tragédia dos bens comuns*, que bem ilustra a relação desarmônica entre necessidades infindáveis e recursos limitados. Ainda que a teoria diga respeito, em sua essência, aos recursos naturais do planeta, a hipótese ilustrativa trazida pelo autor é pertinente quando se fala em realocação de recursos coletivos para atender demandas individuais na seara do direito à saúde.

O autor explica que a utilização do termo *tragédia* se dá em seu sentido filosófico, referindo-se à inevitabilidade do destino, ainda que este seja previsível pelo curso dos acontecimentos. Hardin, trazendo o exemplo das pastagens de uso comum da antiga Inglaterra, supõe a existência de um pasto aberto a todos, em que cada pastor é livre para acrescentar gado ao seu rebanho.

Como é de se esperar, cada pastor buscará acrescentar o máximo de cabeças de gado ao seu rebanho, tendo em vista que, em se tratando de um recurso comum - o pasto coletivo, o benefício de tal acréscimo será individual, enquanto o malefício, consistente na degradação da pastagem em razão de sua superexploração, será sustentado por todo o restante dos pastores.

A dedução racional de cada pastor considera, ainda que inconscientemente, o ganho individual que, diante das circunstâncias, supera o custo coletivamente distribuído, isto é, a vantagem é pessoalmente auferida, enquanto o ônus é

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 21-22.

¹⁸⁸ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: **Science**, vol. 162, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://eesc.columbia.edu/courses/v1003/lectures/population/Tragedy%20of%20the%20Commons.pdf>> . Acesso em 30 jun. 2019.

comunitário. A metáfora de Hardin destaca a inconciliabilidade entre a racionalidade individual e a finitude dos recursos comuns.

Os provimentos judiciais que invadem esferas de competência legislativa e administrativa, suprimindo critérios concessivos estabelecidos pelas forças políticas, em benefício de cidadãos isolados, denotam a incapacidade do sistema de impor limites aos excessos individualistas frente às necessidades coletivas. Não sendo o Estado capaz de fornecer prestações de saúde equânimes aos igualmente enfermos, não caberia ao Judiciário beneficiar uma seleta parcela de cidadãos.

Não se está a questionar a legitimidade do ingresso em juízo com vistas ao resguardo ao direito fundamental à saúde, sendo inconteste que esse é alcançado pela jurisdição constitucional e, logo, passível de tutela jurisdicional. Nada obstante, no que concerne a aludido socorro particular à justiça e reivindicação do direito à saúde em seu aspecto subjetivo, cumpre ressaltar que “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹⁸⁹.

Nesse contexto em que os Tribunais se imiscuem na esfera de competência administrativa, subvertendo o funcionamento próprio do sistema de saúde em favor de indivíduos isolados, a efetivação do direito à saúde resta condicionada ao acesso à justiça. Como logrou expor o jurista francês Antoine Garapon, defensor da vertente procedimentalista de jurisdição constitucional:

A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante. Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. O debate judiciário individualiza as obrigações: a dimensão coletiva certamente se expressa aí, porém de maneira incidental. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação. Ele reivindica, na verdade, ser mais ativo, capaz de decidir seu próprio destino e não aceita mais se envolver numa luta coletiva¹⁹⁰.

¹⁸⁹ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 8.

¹⁹⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

O autor salienta a transformação do papel desempenhado pela jurisdição, que outrora ocupava lugar secundário ao Estado na garantia de direitos e, no contexto do atual Estado Democrático de Direito, torna-se a forma comum de governo, de maneira que a democracia representativa vai cedendo lugar a uma forma de democracia direta. Nessa lógica, “a exceção torna-se regra, e o processo, de instrumento de solução de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração”¹⁹¹ ou, com vistas ao setor aqui tratado, a saúde.

Elucidando a proposta procedimentalista de Habermas e Garapon, Lenio Streck salienta que, para referida vertente, quando a atuação dos tribunais é voltada à concretização dos valores materiais constitucionais, desestimula-se “o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados”¹⁹².

Ademais, visando a combater a alegação de ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para tomar decisões com consequências político-sociais, como é o caso do direito prestacional à saúde, argumenta-se comumente que as decisões concessivas em matéria de saúde possuiriam um caráter contramajoritário e seriam, portanto, legítimas, justamente por beneficiarem uma parcela minoritária de indivíduos. No entanto, é de se prever que essa razão acaba por justificar a concentração desigual dos recursos públicos nas mãos daqueles que possuem os meios para litigar, havendo emprego equivocado e mesmo antagônico do conceito de contramajoritariedade como instrumento democrático.

Não se pode permitir que a atuação contramajoritária se torne a regra, devendo ser realizada tão somente em situações excepcionais de manifesta violação do direito à saúde, com observância às posições jurídicas jusfundamentais que integram o seu mínimo existencial, sob pena de corrompimento do regime democrático e ofensa ao princípio da isonomia.

Os cuidados com a saúde, bem como a utilização de serviços a ela relacionados, possuem estreita relação com a distribuição desigual de renda e os graus de escolaridade díspares, de modo que os grupos sociais mais privilegiados são os que mais fazem uso dos serviços de saúde. À título de exemplo, destaque-se a

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 221.

tendência de que os indivíduos menos abastados adoeçam mais prematuramente, tendo sido constatada uma antecedência de cerca de 30 anos no desenvolvimento de algumas doenças crônico-degenerativas em pessoas que compõem a camada social base, em comparação àquelas integrantes do topo¹⁹³.

No tocante à correlação entre grupos sociais e qualidade em saúde, a autora Margaret Whitehead logrou apontar que, via de regra, é menos provável que aqueles mais necessitados de tratamento médico recebam um elevado nível de serviço de saúde¹⁹⁴. Whitehead define que nem todas as diferenças podem ser consideradas desigualdades no âmbito da saúde, mas tão somente aquelas evitáveis e injustas, como a exposição a condições de vida e de trabalho estressantes e prejudiciais e o acesso inadequado aos serviços públicos de saúde

Para além da disparidade de acesso à saúde, constata-se que as concessões em sede de judicialização individual em matéria de saúde destacam e intensificam as desigualdades socioeconômicas já presentes no cenário nacional. Fato é que a transferência judicial de recursos ocorre pela precarização reflexa da condição daqueles aos quais resta aguardar os trâmites do SUS em benefício da parcela privilegiada da população que possui acesso ao Judiciário.

Nesse entendimento, assevera Luís Roberto Barroso que as políticas públicas devem procurar reduzir universalmente as desigualdades econômicas e sociais, isto é, fazer com que as ações do Estado alcancem todas as pessoas, tarefa que é dificultada quando o Poder Judiciário interfere em prol de indivíduos privilegiados, “seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial”¹⁹⁵.

Diante de tal quadro, o que ocorre é um agravamento exponencial das desigualdades, pois se constata a provisão de privilégios, frutos das decisões judiciais individualizantes, que recaem sobre a parcela da população que já se encontra em posição favorecida quando se fala em resguardo à saúde, parcela essa duplamente beneficiada, portanto, por possuir acesso qualificado ao Poder Judiciário.

¹⁹³ HOUSE, J.; KESSELER, R. C.; REGULA, H. A. Age, socioeconomic status and health. **Milbank Quarterly**, 3: 383-411, 1990. p. 398.

¹⁹⁴ WHITEHEAD, Margaret. **The concepts and principles of equity and health**. Copenhagen: World Health Organization, 1991. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/The-concepts-and-principles-of-equity-and-health.-Whitehead/9931dce158c6367f1a319d358b06e43b2ea68118>>. Acesso em 27 ago. 2019. p. 4.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva... *cit.*, p. 27.

Holmes e Sunstein bem observam a posição privilegiada em que se encontra a parcela populacional detentora dos meios para materialmente alcançar o acesso à justiça, no tocante ao fortalecimento de seus direitos, evidenciando que “aqueles que podem pagar para litigar obtêm mais valor de seus direitos do que aqueles que não podem” (“*Those who can afford to litigate obtain more value from their rights than those who cannot*”) ¹⁹⁶.

Ante o enfraquecimento da normatividade do princípio constitucional da igualdade, cumpre buscar estender o acesso e a informação em matéria de saúde ao fragmento social excluído, a fim de impedir que as ações individuais perpetuem a desigualdade socioeconômica e a segmentação da saúde pública no Brasil. Isso porque a compreensão acerca da igualdade social não pode se limitar à mera igualdade formal, havendo, certamente, previsão constitucional que garante a equidade de acesso à justiça e ao sistema de saúde pública, exigindo-se, para além disso, a consubstancialização da igualdade em sua faceta material¹⁹⁷.

Uma possível solução para a problemática perpassa uma maior atuação das forças políticas no sentido de recuperar sua força reivindicativa em defesa do princípio da isonomia, sob pena de definhamento do potencial democrático da sociedade diante da proliferação de tais pleitos individuais.

Por fim, não obstante o caráter *inter partes* dos provimentos judiciais em matéria de saúde, é de se considerar a possibilidade de coletivização de aludidas demandas, tendo em vista que, para além das consequências orçamentárias que atingem a sociedade como um todo, o tratamento judicial diferenciado diante de casos semelhantes constitui expressa violação ao princípio da isonomia.

¹⁹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁷ SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo... *cit.*, p. 162.

PARTE 2

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) COMO INSTRUMENTO PARA A SUPERAÇÃO DA CRISE DA JURISDIÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE

Viu-se, no Parte 1 deste trabalho, cinco causas que levaram ao surgimento e/ou agravamento da crise da jurisdição na área da saúde, bem como buscou-se apresentar algumas soluções teóricas para a superação do *status quo*. Doravante, a análise será concentrada apenas na Análise Econômica do Direito (AED), investigando como sua doutrina pode contribuir para que a prestação jurisdicional do direito à saúde seja concedida de forma eficiente, eficaz e efetiva, sem onerar demasiadamente o Estado e a fim de evitar que o Poder Judiciário invada a esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

2.1 OS CUSTOS DA TRANSAÇÃO: COMO O ESTADO PODE MINORAR AS DESPESAS COM A SAÚDE PÚBLICA SEM COMPROMETER A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Reafirma-se, preliminarmente, que, uma vez entendida a saúde como um direito de todos e dever do Estado (sopesada a filtragem acima proposta), mostra-se vívida a obrigação estatal de concretizar o núcleo essencial desse direito fundamental, razão pela qual se faz necessária a disponibilidade de recursos financeiros (tendo em vista que “*direitos não nascem em árvores*”¹⁹⁸), os quais, de um modo geral, são previstos nos orçamentos públicos dos respectivos entes federativos.

¹⁹⁸ Basicamente, discorre o autor sobre a inserção do conceito de custos dos direitos a fim de assimilar “os direitos fundamentais como direitos subjetivos. [...] Deste modo, só se reconhecerá um alegado direito subjetivo como sendo um direito subjetivo fundamental quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de tomá-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão” (GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** - direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 341).

Nesse contexto e em função da escassez de recursos em face da imensidão de necessidades, à Administração Pública cabe realizar as escolhas “menos trágicas”¹⁹⁹ que integrarão os projetos de Leis Orçamentárias (*lato sensu*), momento em que são avaliadas a conveniência e a oportunidade e, posteriormente, ratificados pelo Poder Legislativo competente, uma vez que nem todos os direitos fundamentais albergados na Lei Maior poderão ser efetivados em sua totalidade.

Em tal conjuntura, muito em virtude da forçosa racionalização dos limitados recursos financeiros disponíveis ao erário, a Análise Econômica do Direito (AED – também conhecida por *juseconomia*, bem como Direito e Economia em decorrência da acepção talhada pelos americanos: *law and economics*) evidencia-se útil e profícua, considerando que possui como vetores decisórios a eficiência, a otimização dos recursos e o melhor manejo das eventuais relações de custos e benefícios.

Ao se debruçar sobre a temática, Ivo Gico Junior²⁰⁰ afirma que a justiça somente é realizada quando, necessariamente, pressupõe eliminar desperdícios. Na realidade, o escopo dessa ordem de raciocínio mira difundir o questionamento medular da ciência econômica, a dizer, como administrar necessidades infinitas diante de recursos limitados. Essa pedra de toque, por seu turno, remete o debate à noção de eficiência, pois o real objetivo da Análise Econômica do Direito é o de atingir o maior grau de eficiência possível na aplicação de recursos.

À luz desse ponto de vista, Flávio Galdino²⁰¹ ensina que a “questão central na análise econômica do direito será a eficiência econômica ou, mais precisamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do Direito”. Adicionalmente, o supracitado autor destaca que um meio possível para que se converta o Direito em verdadeiro instrumento de transformação social é, justamente, o de observá-lo por meio de análises de custo-benefício.

¹⁹⁹ “As escolhas trágicas – na já antes aludida expressão de CALABRESI e BOBBIT – que são impostas pela escassez de recursos financeiros para tutela dos direitos, salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos. Isto porque as decisões (ou escolhas) acerca das alocações dos recursos para tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão” (GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 211).

²⁰⁰ JUNIOR, Ivo Gico. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 27.

²⁰¹ GALDINO, Flávio. *Ob. cit.*, p. 242.

Do arranjo conceitual apresentado, extrai-se a noção de custos de transação, a qual é assim definida por Rachel Sztajn, professora associada de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

Consideram-se custos de transação aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes [...]. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também devem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito²⁰².

Em apertada síntese, conforme a citada professora pondera, os custos de transação podem ser concebidos como instrumentos ou uma maneira de *precificar incertezas* que impactam, em maior ou menor grau, nas operações econômicas.

Posteriormente, ainda dentro da ótica de custos de transação, reside a percepção de externalidade, que pode ser compreendida, grosso modo, como o efeito positivo/benéfico ou negativo/lesivo (por isso, fala-se em externalidades positivas e negativas – “falhas de mercado”) resultante da atividade econômica de terceiros, ou seja, é a repercussão favorável ou prejudicial que atinge agentes que não participaram diretamente da transação mas que, em alguma medida, acabam sentindo efeitos indiretamente desta oriundos.

Acerca disso, Mackaay e Rousseau ilustram um caso usual de externalidade, conectando-o aos custos da transação:

O exemplo que se costuma dar é a poluição gerada pela atividade de uma empresa em detrimento de vizinhos. O custo da poluição não integra os custos que entram no cálculo da empresa. O bem ou o fato de produção (aqui o meio ambiente) não é apropriado perfeitamente: o poluidor o “toma” sem ser proprietário e sem pagar. Produz a um custo menor do que o custo real. A verdade dos preços não é respeitada, e os atores econômicos orientam mal suas decisões de produção e de consumo, fiando-se no preço²⁰³.

²⁰² SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 99, p. 283-302. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626/70236>>. Acesso em 05 jul. 2019.

²⁰³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **A análise econômica do direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 202.

E é nesse cenário que o economista inglês Arthur Pigou, a fim de recompor a *verdade dos preços*, apregoava, como rememoram Mackaay e Rousseau²⁰⁴, o cabimento das “regras de responsabilidade, ou, também – intervenção mais direta –, impostos ditos ‘pigouvianos’ ou, eventualmente, subvenções ou forma de regulamentação impostas ou acordadas com aqueles que criam as externalidades negativas”.

Para Ronald Coase, as externalidades constituem, “no fundo, diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso”, panorama que lhe proporcionou concluir que a “solução a que as partes chegariam para resolver tais diferenças não depende da forma pela qual os direitos são atribuídos, mas é sempre a utilização mais valorizada (a mais proveitosa) a que prevalecerá”²⁰⁵.

Assim, enquanto Pigou sugere a interferência corretiva por meio da atuação estatal (v.g., demandas judiciais, elevar a tributação da atividade econômica em questão), Coase recomenda que o problema deve ser resolvido pelos próprios agentes econômicos, situação em que a técnica de correção de preços de mercado deve privilegiar a utilização mais valorizada (ou, como o referido autor diz, “mais proveitosa”), independentemente da conformação dos direitos.

Em face desse sucinto resgate, apresenta-se viável, guardadas as devidas e perceptíveis proporções, a delineação de um paralelo entre as lições advindas da Análise Econômica do Direito e o debate proposto pelo presente trabalho.

Nesse sentido, como o Estado possui o dever prestacional²⁰⁶ e o indivíduo (ou melhor, a coletividade) detém a titularidade do direito à saúde, percebe-se, por exemplo, que o custeio de medicamentos de elevado valor, viabilizado pela correlata judicialização para pleiteá-lo, origina uma espécie de externalidade negativa decorrente do vínculo jurídico supramencionado, pois a concessão de tecnologia de saúde de grande monta e não constante nas “listas do SUS” (v.g., Portaria 2.892/2009 do Ministério da Saúde) – e, conseqüentemente, fora do planejamento orçamentário

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, University of Chicago Press, p. 95-156, 1988.

²⁰⁶ Adota-se, à luz da preciosa lição cunhada por Galdino, para os fins do presente trabalho, a terminologia de dever prestacional, pois o Estado figura no polo passivo de uma relação jurídica em que o respectivo objeto constitui-se uma prestação positiva, no sentido em que depende para sua efetivação de um fazer estatal (GALDINO, Flávio. *Ob. cit.*, p. 139-221).

– resulta em um “efeito colateral financeiramente nocivo”, cuja displicência poderá repercutir negativamente no organismo estatal como um todo.

Em síntese, no esforço de propor uma resolução ao problema por intermédio da técnica do “uso mais proveitoso”, enxerga-se a *juseconomia* como instrumental orientado a propiciar um profundo e dinâmico exame da relação de custos/riscos e benefícios, consideradas as consequências práticas envoltas na otimização de recursos e na minimização de prejuízos, com vistas a fornecer argumentos e pontos de vista contrapostos ao agente público competente, fornecendo-lhe o diagnóstico do caso concreto e o prognóstico de cenários prováveis para que tome a decisão mais lúcida, consciente e racional possível.

Sendo assim, dentro da conjuntura extraprocessual, ventilam-se quatro alternativas à desoneração do erário na questão do acesso à saúde (alheias à sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, em especial quanto ao direito social referido) à luz da Análise Econômica do Direito, a dizer, as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, o Fomento Setorial, o Licenciamento Compulsório e, por derradeiro, a desjudicialização.

2.1.1 Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP)

Primeiramente, tratar-se-á da Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP). Regulamentada pela Portaria nº 2.531, de 12/11/2014, do Ministério da Saúde, a PDP funda-se, via de regra, em uma parceria tripartite conjugada por uma instituição privada, empresa possuidora da tecnologia de saúde nacional ou multinacional²⁰⁷, uma pública (v.g., laboratório público oficial) e o Ministério da Saúde, voltada para o

²⁰⁷ Em produção teórica sobre a temática, a docente da Universidade Federal de São Paulo, Pollyana de Carvalho Varrichio, destaca que “a entidade privada, que pode ser nacional ou multinacional, que deseja acessar o mercado público nacional e que concorde com os termos propostos pela PDPs, apresentada por um laboratório público, deve comprometer-se a transferir a totalidade dos conhecimentos produtivos e tecnológicos necessários para que o medicamento, objeto da contratação, seja efetivamente produzido pelo laboratório público. Consequentemente, a relação inicial é a de um laboratório público com um ente privado nacional ou internacional, que fornece a tecnologia de produção ao primeiro, o qual passa a fornecer ao SUS. A remuneração do ente privado, então, ocorre por meio do seu relacionamento com o laboratório proponente da PDP e não com o SUS”. VARRICHIO. Pollyana de Carvalho. **As parcerias para o desenvolvimento produtivo da Saúde**. São Paulo: Repositório do IPEA, 2017. p. 179-234. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8944/1/As%20parcerias.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

desenvolvimento, transferência e absorção de tecnologia, produção, capacitação produtiva e tecnológica do País em produtos estratégicos para atendimento às demandas do SUS (cf. inc. I do art. 2º).

Os produtos estratégicos, por sua vez, são aqueles necessários ao SUS para ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde, com aquisições centralizadas ou passíveis de centralização pelo Ministério da Saúde, e cuja produção nacional e de seus insumos farmacêuticos ativos ou componentes tecnológicos críticos são relevantes para o CIES – Complexo Econômico-Industrial da Saúde, consistente no sistema produtivo de saúde que contempla as indústrias farmacêuticas, de base química e biotecnológica, e os produtos para a saúde, tais como equipamentos, materiais e serviços²⁰⁸.

Segundo anota Pollyana de Carvalho Varrichio²⁰⁹, as PDPs são entendidas como verdadeiros “mecanismos de política industrial utilizados na saúde que envolvem uma série de contrapartidas para que sejam realizadas as compras públicas de fármacos, medicamentos e equipamentos para o Sistema Único de Saúde”²¹⁰.

Com efeito, a referida parceria visa a aproveitar e conjugar os interesses/potenciais que se incrementam, numa tentativa de agrupar o alto poder de compra do SUS com a presente necessidade de otimizar os recursos despendidos na aquisição de tecnologia de saúde, pretendendo, assim, como bem enumerado em publicação do Ministério da Saúde, ampliar o acesso da população a produtos estratégicos, reduzir as dependências produtiva e tecnológica e fomentar o desenvolvimento de tais produtos em território pátrio, assim como da indústria farmacêutica e das pesquisas nas áreas pertinentes²¹¹.

Sem demora, tem-se que a efetivação de Parcerias constitui um caminho a ser percorrido, basicamente, em seis etapas: (a) submissão de proposta; (b) avaliação e decisão (FASE I); (c) absorção e transferência de tecnologia (FASE II); (d) absorção

²⁰⁸ Conceituações dispostas no art. 2º, incisos II e IV, sucessivamente, da Portaria 2.531, de 12/11/2014, do Ministério da Saúde.

²⁰⁹ VARRICHIO. Pollyana de Carvalho. *Op. cit.*, p. 179-234

²¹⁰ Continua Varrachio: “[...] diante do potencial expressivo das compras do SUS no complexo da saúde, há um mecanismo importante de compras públicas para geração de capacidades produtivas e tecnológicas na indústria local que ainda não foi devidamente explorado. Discute-se ainda o desenho das PDPs, que concebe a centralidade do processo de transferência de tecnologia aos laboratórios públicos” (*Idem*, p. 180).

²¹¹ Esses são alguns dos objetivos das PDP traçados no art. 3º do Anexo XCV da Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0005_03_10_2017.html#ANEXOXCXV>. Acesso em 23 jul. 2019.

e transferência de tecnologia com aquisição (FASE III); (e) internalização da tecnologia (FASE IV); e (f) monitoramento.

Em linhas gerais, a submissão da proposta está condicionada ao respeito às diretrizes fixadas na Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017, cujos critérios imperiosamente exigidos são: (i) importância do produto para o SUS, conforme as políticas e os programas de promoção, prevenção e recuperação da saúde; (ii) aquisição centralizada do produto pelo Ministério da Saúde ou passível de centralização; e (iii) interesse de produção nacional do produto e de seus insumos farmacêuticos ativos ou componentes tecnológicos críticos relevantes para o CIES.

Em seguida, adicionalmente àqueles, pelo menos um dos seguintes critérios deve ser observado: (i) alto valor de aquisição para o SUS; (ii) dependência expressiva de importação do produto para os programas e ações de promoção, prevenção e assistência à saúde no âmbito do SUS nos últimos 3 (três) anos; (iii) incorporação tecnológica recente no SUS; e (iv) produto negligenciado ou com potencial risco de desabastecimento.

Ultrapassado esse filtro inicial, procede-se à fase de avaliação e decisão acerca da viabilidade da proposta de projeto de PDP, ocasião em que é submetida à Comissão Técnica de Avaliação (CTA) e ao Comitê Deliberativo (CD), cujas atribuições e o sucessivo procedimento são especificamente descritos no Anexo XCV daquela Portaria. A aprovação da respectiva proposta é formalizada por intermédio de Termos de Compromisso (TC) ratificados pela instituição pública e pelo Ministério da Saúde.

Após a subscrição do TC, principia-se o segundo estágio consistente na implementação da proposta anteriormente aprovada. Aqui, o projeto propriamente dito (como também o monitoramento) começa a ganhar substância. Nessa fase, as entidades pública e privada formalizam o contrato de desenvolvimento, transferência e absorção de tecnologia do produto objeto da PDP e o apresentam ao Ministério da Saúde, sem qualquer interferência deste órgão²¹².

Por sua vez, a FASE III é aquela na qual a execução material é iniciada nos termos do art. 51 do citado anexo, isto é, com a demonstração ao Ministério da Saúde pela instituição pública do início da etapa de desenvolvimento, transferência e

²¹² Nos termos da Seção II do Anexo XCV da Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017.

absorção de tecnologia, capacitação industrial e tecnológica, em conjunto com o primeiro fornecimento do produto objeto de PDP ao Ministério da Saúde pela instituição pública.

Finalmente, a última etapa da PDP refere-se à internalização da tecnologia (FASE IV) ao sistema público, momento que se tenciona a finalização do processo de desenvolvimento, transferência e absorção da tecnologia objeto de PDP pelas instituições públicas e privadas, pois as aquisições do produto relacionado não serão mais efetivadas pelo rito em comento. Todavia, há a possibilidade de portabilidade tecnológica a outras instituições públicas ou, em caso de impossibilidade destas de suprir integralmente a demanda do MS, de abertura de licitação para complementar o quantitativo necessário ao SUS (art. 59, parágrafo único, e art. 60, sucessivamente, do Anexo).

Atinente ao monitoramento, registra-se o seu caráter dinâmico, uma vez que perpassa, de maneira contínua, todas as etapas posteriores à aprovação da proposta de PDP.²¹³

No plano teórico, a Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP) representa um grande avanço no enfrentamento da hercúlea tarefa de trazer sustentabilidade ao Sistema Único de Saúde. Apresenta-se, portanto, como uma saída, de médio a longo prazo, aos elevados custos industriais na área de tecnologias de saúde, sobretudo quando é racionalmente direcionada a áreas estratégicas, tais como determinados fármacos, patologias, tratamentos preventivos, pesquisas farmacêuticas — isso sem falar no desenvolvimento tecnológico em território nacional, na decorrente geração de empregos e no combate à “negligência” do setor produtivo quanto a certas terapias²¹⁴.

Nessa esteira, o Ministério da Saúde pondera que a PDP propicia economia nas aquisições pelo ente público, assim como fomenta a qualificação e

²¹³ Nessa senda, aduz o art. 61 do Anexo XCV da Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017, do MS: “Cada PDP será monitorada de forma contínua desde o projeto de PDP até a internalização da tecnologia para fins de verificação dos avanços esperados no processo produtivo, desenvolvimento, transferência e absorção de tecnologia”.

²¹⁴ Nesse sentido, como destacado por Capello, tem-se que “[...] algumas doenças, tais como malária, esquistossomose, dengue, doença do sono, doença de chagas, embora acometam um elevado número de indivíduos, não recebem, das pesquisas científicas, incentivos capazes de fomentar a erradicação ou o avanço nas terapêuticas já existentes”. Tal falta de atenção “[...] decorre do fato de as doenças eleitas como negligenciadas possuírem maior incidência em populações vulneráveis, de baixa renda. Nesse contexto, a demanda para medicamentos destinados exclusivamente a essas patologias tende a ser baixa, tornando-se desinteressante aos olhos das empresas privadas” (CAPELLO, Thamires Pandolfi. Doenças Negligenciadas e o Programa De Desenvolvimento Produtivo (PDP): o Desinteresse Privado e o Dever do Estado. In: **Revista de Direito e Medicina**, vol. 2, abr./jun. 2019).

desenvolvimento dos centros públicos de pesquisas que integram a cadeia de produção de fármacos, além, é claro, de incentivar (indutivamente) a competitividade do setor farmacêutico e, por conseguinte, a diminuição dos gastos produtivos²¹⁵.

No campo prático, entretanto, o instituto em questão é muito volátil, uma vez que está submetido à vontade política (predominante à época), a qual tem um alto potencial de mudança de rumos, seja pela substituição de ministros da pasta durante um determinado governo, seja por novas eleições.

Adicionalmente, destaca-se que a referida vontade política está imersa na própria implementação das PDP's, como também em seu prosseguimento. A título de exemplo, a Portaria nº 704, de 8 março de 2017, do Ministério da Saúde, definiu a lista de produtos estratégicos para o SUS, contudo, a data-limite era o último dia do ano anterior. Ou seja, esse atraso impactou negativamente nas fases seguintes, situação que demonstra uma evidente falta de organização, gerando incertezas (fruto da insegurança jurídica) e descrédito no setor e, como resultado disso, o afastamento de potenciais investidores.

Outro exemplo dessa zona cinzenta foi a suspensão, pelo Ministério da Saúde, da PDP entre a Empresa Brasileira Hemoderivados e Biotecnologia e a empresa privada Baxter/Baxalta, sucedida pela Shire Farmacêutica Brasil Ltda., para a produção e transferência de tecnologia do produto denominado Fator VIII Recombinante, a qual, resumidamente, ocorreu sem motivação, sem análise econômico-financeira em relação ao custo de eventual inadimplemento contratual, bem como quanto à comparação com a nova proposta (foi admitida uma nova parceria sem seleção ou avaliação da respectiva viabilidade econômica)²¹⁶.

Conclui-se, à vista disso, que as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo possuem um considerável potencial de redução dos gastos públicos do SUS (inclusive em virtude de ressignificá-los, na medida em que se utilizam da alta despesa e do alto poder de compra em proveito do próprio SUS) em tecnologia de saúde de áreas críticas e, economicamente, mais vulneráveis; por outro lado, o seu manejo também

²¹⁵ VARRICHIO. Pollyana de Carvalho. *Op. cit.*, p. 179-234.

²¹⁶ Esse caso acabou redundando em litígios judiciais e administrativos como o pedido de medida cautelar apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, a saber, Acórdão 2207/2017, decisão do Plenário, relatoria do Ministro VITAL DO RÊGO. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%252a/NUMACORDAO%253A2207%2520RELATOR%253A%2522VITAL%2520DO%2520R%25C3%258AGO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em 23 jul. 2019.

exige interesse dos atores políticos em resoluções públicas de médio a longo prazo, fatores tais que mitigam sensivelmente os pontos positivos do instituto.

2.1.2 Fomento Setorial

Outro norte a ser perseguido refere-se à atividade fomentadora que, ao lado da prestação de serviço público e do exercício de poder de polícia, constitui finalidade intrínseca e uma das razões de ser do Estado modernamente compreendido²¹⁷. Na espécie, fala-se em fomento setorial, o qual se presta, em última análise, a construir, a médio e longo prazo, um ambiente institucional favorável à inovação farmacêutica em território brasileiro.

Nesse contexto, entende-se por *fomento* a ação do Poder Público a fim de “auxiliar o desenvolvimento de uma atividade privada, que se supõe de interesse público, com meios públicos” não coativos, mas, sim, persuasivos, sem que isso implique a “criação de serviço público ou a assunção da atividade econômica pelo Estado”²¹⁸.

Isso posto, é razoável conceber que o desenvolvimento sustentável desse segmento industrial, sobretudo em pontos nevrálgicos, pode efetivamente contribuir para o incremento do acesso a tecnologias de saúde pelos brasileiros, viabilizando ao Estado propiciar mais com menos, tendo em conta que os recursos financeiros em questão não procedem daquela parcela especialmente disponibilizada na lei orçamentária (*lato sensu*) para a saúde.

Nesse diapasão, menciona-se a Lei 10.332/2001, que instituiu, dentre outros, o Programa de Fomento à Pesquisa em Saúde, determinando, em seu art. 1º, inc. II,

²¹⁷ No plano da norma constitucional propriamente dita, constata-se que “a função administrativa de fomento encontra respaldo constitucional de forma direta, a exemplo do artigo 165, § 2º, que trata das agências públicas de fomento. Possui também e de forma mais abrangente, uma previsão indireta, mas que capta de forma mais concreta a natureza e objetivo da atividade. O artigo 174 da Constituição de 1988 indica o papel de agente normativo e regulador do Estado, e as suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, fazendo menção ao último como “determinante para o poder público e indicativo para o setor privado” (PAVANI, Gustavo et al. Políticas públicas de fomento à atividade empreendedora no Brasil: empreendedorismo por necessidade e as contradições com os fins da atividade de fomento. In: **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 196, p. 111-129, dez. 2018).

²¹⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 890/2009, p. 80-14, dez. 2009.

a destinação de 17,5% do total da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) ao programa em comento.

No mesmo sentido, tem-se a empresa pública FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, cuja finalidade institucional consiste em apoiar estudos, projetos e programas de interesse para o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico no País, tendo em vista metas e prioridades setoriais estabelecidas nos planos do Governo Federal²¹⁹. Na prática, consubstancia-se em um dos entes executivos dos mencionados fundos setoriais.

Complementarmente, também desempenha papel importante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que consiste no “principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País”²²⁰.

Não é objetivo deste trabalho esmiuçar cada plano mencionado, mas apenas ilustrar o argumento de que *há recursos financeiros para implementação de fomento*²²¹ *no setor da saúde* — isso sem falar nas subvenções fiscais e outros instrumentos afins. Todavia, tanto por serem limitados quanto por atenderem a outras searas produtivas e tecnológicas, é forçoso potencializar a utilização dos recursos disponíveis, ocasião em que a Análise Econômica (inclusive a do Direito) entra em cena.

Para tanto, o primeiro aspecto digno de nota é a imperiosidade de uma ação “extramercado” coordenada, materializada por um planejamento governamental, de médio a longo prazo, que, a partir de uma estimativa orçamentária prévia e de uma análise sobre a conjuntura da economia interna e externa, direcione os recursos

²¹⁹ Nos termos do art. 3º do Decreto nº 1.808/1996, instrumento normativo que aprova o Estatuto da FINEP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1808.htm>. Acesso em 19/06/2019.

²²⁰ Para maiores detalhamentos, cf. <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/governanca-controle/Legislacao_do_Sistema_BNDES/Estatuto-do-BNDES>. Acesso em 22 jul. 2019.

²²¹ Como bem observa Haroldo Domingos Bertoni Filho, dentro da classificação econômica de fomento, é possível que se inclua “[...] também as renúncias fiscais e a concessão de empréstimos em situações privilegiadas. Isto porque, ainda que estas hipóteses possam inaugurar classificações próprias para si, economicamente traduzem-se em efetivos meios de entrega de riquezas a particulares” (BERTONI FILHO, Haroldo Domingos. As Contribuições para Intervenção no Domínio Econômico como Meio de Financiamento para o Fomento Público. In: **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, vol. 59, nov./dez. 2016).

disponíveis para o desenvolvimento sustentável de determinadas tecnologias de saúde (prevenção, tratamento, cura).

Esse movimento, porém, a depender da região do país em que executado, exigirá o sopesamento de vários fatores, dentre eles, o mapeamento das patologias, os benefícios à industrialização, à distribuição de renda e à geração de empregos (captação de mão de obra qualificada e a se qualificar), o aprimoramento de pesquisas científico-tecnológicas nacionais etc. Essa racionalização antecedente é essencial para um quadro social e economicamente sustentável²²².

Mais um ponto que merece destaque, ainda que sucintamente, é o fato de que a ação estatal pode ser falível, ou seja, é oportuno refletir sobre a probabilidade de tal intervenção estatal agravar a situação ou criar problemas de outra ordem, porquanto não se pode olvidar que a falibilidade é um risco presente e inerente a qualquer intervenção humana.

Adicionalmente, vale pontuar a necessidade de uma estruturação robusta de confluência entre a produção e a disseminação de inovações tecnológicas, ponderadas com a complexidade social e organizacional²²³ (o choque entre a tutela dos direitos sociais e a salvaguarda da livre iniciativa), o que permite o diálogo entre as dimensões social e econômica, cujas *políticas estatais de mercado* impõem “um elevado risco de privilegiar ou a dimensão econômica ou a social, não estabelecendo nexos entre ambas”²²⁴. Nessa toada,

o grande desafio para a análise econômica é a necessidade de acoplar uma visão sistêmica da área da saúde que dê conta, simultaneamente, da lógica econômica e da lógica socio sanitária, captando as tensões e as interfaces existentes entre elas. [...] a inovação em saúde envolve uma complexa teia de instituições, no sentido amplo do termo, que adquirem um formato *coevolutivo*, não linear [...]. A cada etapa corresponde um diferenciado conjunto de arranjos institucionais que envolvem setores e cadeias produtivas, empresas, organizações de Ciência e Tecnologia (C&T), agências de regulação sanitária, de implementação de políticas industriais, científicas e tecnológicas, de políticas de saúde, de propriedade intelectual, entre muitas outras²²⁵.

²²² “Há íntima relação entre planejamento e fomento. Só se vai fomentar determinada atividade ou setor se isso fizer sentido dentro de uma programação prévia. A proximidade é tamanha que, por vezes, os planos de desenvolvimento econômico e social são chamados de “Planos de Fomento”; o planejamento estatal é, assim, o antecedente necessário ao fomento” (MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. Uma teoria do fomento público... *cit.*, p. 80-140.

²²³ GADELHA, Carlos Augusto Graboys (Coord.) **A dinâmica do sistema produtivo da saúde: inovação e complexo econômico-industrial**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012. p. 14.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*, p. 15.

Mais à frente, considerando a existência de recursos para Ciência, Tecnologia e Inovação, para pesquisa e desenvolvimento, e avaliada a pertinência da intervenção estatal no segmento, chega-se ao momento de definir quais tecnologias de saúde serão focalizadas. Aqui tem morada o enfoque estratégico em certos produtos farmacêuticos, profilaxias, equipamentos médico-hospitalares, técnicas cirúrgicas etc.

Tal estratégia pode ser visualizada como uma ação orquestrada para atacar as vulnerabilidades do acesso à saúde no país, priorizando os aspectos mais “sensíveis”, v.g., medicamentos que possuam valor agregado e uma alta potencialidade de utilização por um número considerável de pessoas em semelhantes condições – tratamento de câncer e do vírus HIV, por exemplo.

Após, como alertado por Mendonça²²⁶, depara-se com dois grandes problemas que rondam o fomento público, quais sejam, “critérios de sua concessão e sua intensidade e duração”. Portanto, vislumbra-se que “o fomento pode ser inteligente instrumento de apoio ao desenvolvimento privado em direções constitucionalmente desejáveis – ou pode ser a enésima ajuda do Rei a seus amigos”.

Quanto ao binômio intensidade e duração, percebe-se que são complicações de outra natureza, dado que tendem a deturpar a substância do instituto, uma vez que a intervenção não pode consistir em “um auxílio indefinido, paternalismo estatal qualificado pela bondade dos objetivos perseguidos. As atividades fomentadas devem sê-lo [...] apenas durante o período em que seja [...] necessário à sua viabilidade econômica”²²⁷.

Com efeito, dentre as principais características do fomento público²²⁸, verifica-se que não se trata de uma doação (pública), pois, além de lhe faltar o elemento central desta (o *animus donandi*), há flagrante incompatibilidade de um viés donativo com os fins, expressos ou implícitos, do Poder Público ao empregar a referida ferramenta.

²²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos. Uma teoria do fomento público... *cit.*, p. 80-140.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Mendonça elenca seis principais caracteres, vejamos: “(a) seu exercício se dá, num primeiro momento, sem coerção; (b) não há qualquer obrigação de o particular aderir a ele; (c) não se trata de liberalidade pública; (d) é seletivo, porém não injustificadamente anti-isonômico; (e) é unilateral, isto é, não há qualquer sujeito ativo para reclamar a execução da atividade fomentada, mas, apenas, para controlar o uso da verba pública; (f) é, em princípio, transitório” (*Ibidem*).

Outrossim, José Vicente Santos de Mendonça destaca que o atuar fomentador não se resume a um “auxílio econômico geral, mas ajuda concentrada em setores ou perfis específicos. Esse recorte temático de conteúdo tem a ver com o próprio caráter afetado da ajuda”²²⁹. A noção de transitoriedade é umbilicalmente relacionada à de que o fomento se constitui em um auxílio público à atividade privada, via de regra e em virtude do próprio conceito deste, temporário. Se assim não o fosse, configurar-se-ia em mero assistencialismo ou em atuação estatal substitutiva da privada na economia de mercado.

Com base nisso, ao traçar um paralelo com alguns possíveis riscos da atividade administrativa de fomento, esboçam-se os respectivos cuidados, como também se apontam possíveis benesses.

Retomando aquelas ameaças, à luz das reflexões de Mendonça, tem-se que a excessividade pode perenizar o auxílio público (o qual passa a ser principal, e não acessório/secundário), assim como pode acarretar a neutralização da álea típica do empreendedorismo, resultando na socialização de riscos próprios da iniciativa privada.

Adicionalmente, essa demasia tende a ser lesiva ao princípio da livre iniciativa, uma vez que tem vetor potencial de tornar as condições de mercado concorrencial artificiais²³⁰. E mais, “ainda que assim não seja, pode acabar por desestimular a competitividade empresarial da região, setor ou agente econômico, ao funcionar como um seguro público de propostas fracassadas”²³¹. Deveras, o Estado não foi concebido para assegurar a lucratividade empresarial, todavia, ele não pode virar totalmente as costas para uma eventual crise financeira em determinado setor econômico (insuficiência ou inexistência), sob risco de prejudicar a coletividade.

O supracitado autor, então, propõe combater tais ameaças com a inserção prévia no plano de fomento (a mencionada ação coordenada “*extramercado*”) de gradações de repasse monetários a depender de níveis de desempenho do sujeito

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ No lúcido esclarecimento professado por José Mendonça: “Muito próximo à paralisia é o risco da introdução de distorções no mercado, à conta de algum falseamento das condições de concorrência. Não é fomento público constitucionalmente admissível aquele que desorganiza o mercado e falseia injustificadamente as condições de concorrência. Intervenção estatal que lesa o primado da livre concorrência” (*Ibidem*).

²³¹ *Ibidem*.

fomentado, periodicamente prefixados, cuja distribuição de duração e a intensidade da atividade fomentada se adequem à finalidade perseguida.

Por seu turno, o considerável grau de discricionariedade na seleção do agente — e da própria atividade ou setor — a serem fomentados pode servir à arbitrariedade ou ao patrimonialismo. Sem seletividade, tratar-se-ia de ajuda pública genérica, assistencialismo; porém, sem objetividade, dar-se-ia vasta margem à malversação de recursos públicos. À vista disso, valendo-se do ideário aristotélico do justo meio (justa medida) para construir um fomento público republicano e democrático, impende difundir os critérios elaborados por Mendonça, senão vejamos:

Eis os critérios formais da concessão: (a) transparência e procedimentalização; (b) competitividade; (c) objetividade. Quanto aos critérios materiais de concessão do fomento público, são eles (a) a não-lucratividade, (b) a eficiência do gasto público e (c) a razão pública. Os critérios da formulação do fomento aqui comentados são dois: (1) a submissão ao debate público e (2) a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende fomentar. A título de completude, não se pode deixar de comentar o maior de todos os requisitos: é a exigência de que o fomento se faça com base no princípio da legalidade²³².

Novamente, se está diante de um excelente instrumento para fornecer maior eficiência e sustentabilidade do Sistema Único de Saúde. Como visto, o fomento público, atividade precípua do Estado e à mercê da Administração Pública, pode ser racionalmente utilizado para atacar eventuais vulnerabilidades do SUS, muitas vezes causadas pelo próprio agir estatal, como o exemplo já mencionado: a concessão, descriteriosa, de medicamentos de alto custo não constantes nas listas do SUS pelo Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, o fomento deve atingir o máximo de finalidades públicas possíveis. Assim, não se deve apenas mirar em desenvolvimento econômico, geração e distribuição de renda, mas, somado a isso, racionalizá-lo como incrementador de direitos fundamentais. A pedra de toque do fomento setorial consubstancia-se na efetiva potencialidade de robustecer a implementação de direitos em áreas sensíveis.

²³² *Ibidem*.

2.1.3 Licenciamento Compulsório

Na sequência, como meio alternativo à via judicial, apresenta-se o *licenciamento compulsório*, isto é, suspensão temporária do direito de exclusividade patentária. Instrumento previsto no art. 71 da Lei 9.279/1996²³³.

Trata-se, basicamente, da possibilidade de o Poder Executivo Federal, por meio de ato normativo próprio, licenciar a patente de maneira cogente, temporária e não exclusiva, fundado em interesse público ou emergência nacional, desde que o detentor daquela ou respectivo licenciado não atendam “voluntariamente” a citada necessidade, resguardados os direitos do titular. Ademais, conforme dispõe o parágrafo único do dispositivo legal, o ato concessivo fixará o prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação — materializando o caráter temporário.

Repisa-se, por oportuno, que a medida em comento está a serviço do Poder Executivo Federal como verdadeiro meio de intervenção na economia e instrumento de implementação de Política Pública, não se podendo cogitar, portanto, da sucessiva adoção pelo Poder Judiciário.

Impende ressaltar, igualmente, que o uso desse mecanismo tem uma série de implicações sociais, políticas e econômicas, contexto no qual se desperta frutífera, mais uma vez, a Análise Econômica do Direito para tentar compreender (ou, ao menos, indicar) as diversas nuances que circundam a celeuma. O caso paradigmático do licenciamento compulsório do fármaco Efavirenz (cuja titularidade da patente pertencente ao laboratório farmacêutico Merck Sharp & Dohme), ocorrido em 2007, pode ser bem elucidativo nesse aspecto.

Por força da Lei nº 9.313/1996, mais precisamente em virtude de seu art. 1º, nasce o dever para o Sistema Único de Saúde de distribuir gratuitamente aos portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) “toda a medicação necessária a seu tratamento”²³⁴. No

²³³ Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

²³⁴ Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

mesmo ano, por forte pressão da política externa²³⁵, foi publicada a Lei de Proteção à Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996), a qual entrou em vigor em 14 de maio de 1997, nos termos de seu art. 243. Dessa reunião, aparentemente despropositada, surgiu o cenário de que todos os produtos comercializados antes de 14 de maio de 1997 se tornaram inelegíveis para patenteamento, como bem assinalado por André de Mello e Souza²³⁶.

À vista disso, através da utilização de métodos de engenharia reversa, o laboratório “Far-manguinhos” descobriu a fórmula da maior parte desses antirretrovirais não patenteados e começou a fabricá-los, usando princípios ativos importados principalmente da Índia e da China. De acordo com Mello e Souza²³⁷, “até 2011, 9 dos 19 antirretrovirais usados no programa nacional de AIDS têm sido produzidos localmente”.

Ainda assim, os gastos com fármacos antirretrovirais (AVR) continuavam onerando substancialmente os recursos públicos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de HIV. Nesse cenário, a combinação do uso de princípios ativos provenientes da Ásia, com o emprego de engenharia reversa e a competência de laboratórios públicos (tais como o Far-manguinhos”) para a confecção dos fármacos isentos de patentes, propiciou uma perspectiva favorável à utilização do licenciamento compulsório (como instrumento negocial indutivo), gerando um grande poder de negociação do governo pátrio com os laboratórios importadores, época em que foi percebida grande economia²³⁸.

Contudo, a barganha por descontos degingolou em função da ausência de investimentos na indústria farmacêutica. Para ser ter uma noção da situação caótica em que se chegou, no ano 2006, o passivo com antirretrovirais correspondia a 80% dos custos do Ministério da Saúde com medicamentos²³⁹.

²³⁵ SOUZA, André de Mello e. **Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS):** Implicações e possibilidade para a saúde pública no Brasil. Texto para discussão 1615. Distrito Federal: Livraria do IPEA, 2011. p. 9. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1615.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ “Como resultado dos descontos concedidos pelas empresas multinacionais farmacêuticas, os gastos do Ministério da Saúde com terapias antirretrovirais declinaram de US\$ 336 milhões em 1999 para US\$ 167 milhões em 2002 apesar do aumento considerável do número de pacientes tratados, de 79.245 para 119.500” (SOUZA, André de Mello e. **Acordo sobre...** *cít.*, p. 15).

²³⁹ *Idem*, p.17.

Diante disso, em 4 de maio de 2007, por meio do Decreto nº 6.108, o governo federal concedeu licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao *Efavirenz* para fins de uso público não-comercial, exclusivamente no âmbito do Programa Nacional de DST/AIDS e durante cinco anos — prorrogáveis por igual período —, pagando-se ao laboratório titular das patentes a remuneração de 1,5%. Particularmente, conforme noticiado no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, “essa medida provocou um impacto imediato de U\$\$ 31,5 milhões de economia para o país”²⁴⁰.

Não obstante, a referida medida também rendeu um grande desconforto internacional, visto que, como aponta Mello e Souza, “multinacionais farmacêuticas e os governos de diversos países, sobretudo o dos Estados Unidos, consideraram a licença compulsória do *Efavirenz* desnecessária e ameaçaram reduzir os investimentos no Brasil”²⁴¹.

Em 2001, o governo estadunidense esboçou um painel (espécie de comitê de arbitragem para analisar a lei patentária brasileira entendida por ele como “nociva”) na Organização Mundial do Comércio (OMC) contra o Brasil, o que foi, na dicção de Mello e Souza²⁴², compreendido como um ato reativo à intervenção do Estado brasileiro na “produção e precificação de medicamentos antirretrovirais altamente lucrativos patenteados por ou licenciados exclusivamente a empresas norte-americanas”.

O Brasil reagiu na própria entidade internacional e por outros meios e, no final das contas, o governo dos EUA, depois do aval da associação das indústrias farmacêuticas local, recuou e pronunciou-se pela retirada da respectiva reclamação “em troca de garantias de que seria notificado antes de quaisquer produtos patenteados por ou licenciados para empresas norte-americanas serem licenciados compulsoriamente no Brasil”.

Esse breve resgate sobre o emblemático caso do *Efavirenz* se fez necessário porque expõe variáveis a serem consideradas para a ponderação sobre o uso ou não do licenciamento compulsório.

²⁴⁰ Publicado em 7 de maio de 2012, o texto informa a renovação, por mais um quinquênio, do Licenciamento compulsório do ARV *Efavirenz*. Para o acesso à íntegra, cf: <<http://www.blog.saude.gov.br/30108-brasil-renova-licenciamento-compulsorio-do-efavirenz.html>>. Acesso em 23 jul. 2019.

²⁴¹ SOUZA, André de Mello e. **Acordo sobre...** *cit.*, p. 20.

²⁴² *Ibidem*.

Quanto aos benefícios, de início, tem-se uma vantagem negocial (ante a ameaça do emprego da licença compulsória como meio para conseguir descontos), o barateamento pela aquisição da fórmula, a possibilidade da criação de um estoque no caso de uma pandemia/epidemia, a ampliação da cobertura de pessoas atendidas, a contribuição para a sustentabilidade econômica do SUS, o maior acesso a bens e serviços de saúde e o desenvolvimento da indústria nacional (o que repercute na economia, com geração de empregos, por exemplo).

Noutro vértice, considerando o porte e o campo de influência das companhias farmacêuticas, o licenciamento compulsório pode ser um péssimo negócio, haja vista sua grande capacidade de repercutir nas relações internacionais com potências mundiais, abrindo lastro para o desencadeamento de uma série de problemas de ordem macroeconômica, tais como a retaliação em outras áreas produtivas, embargos econômicos, redução de novos investimentos externos no país e diminuição de inserção de novas tecnologias de saúde (e.g., princípios ativos mais recentes).

2.1.4 Desjudicialização

Cada processo em trâmite, no Brasil, tem um valor muito elevado. Se considerarmos que o Poder Judiciário, em todas suas esferas de competência, segundo dados do Justiça em Números 2019²⁴³, do CNJ, teve um total de despesa, em 2018 de cerca de 93,7 bilhões de reais, e que finalizou aquele ano com 78,7 milhões de processos em trâmite, conclui-se que cada processo em trâmite custa aos cofres públicos, aproximadamente, R\$ 1.190,00 (um mil, cento e noventa reais), por ano.

É por isso que se diz que a judicialização tem um custo muito alto para continuar sendo incentivada e/ou facilitada pelo sistema. Com o fim de reduzir o custo dessa transação, deve-se fazer uma releitura do direito de acesso à justiça para além do acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e célere, mas para que o conflito seja resolvido pré-processualmente, com a chancela do Poder Judiciário, tornando-se a

²⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018... *cit.*

fase pré-processual uma política judiciária em favor da desjudicialização, o que contribuirá ainda mais para a efetividade e celeridade do sistema de justiça.

No entanto, nosso sistema padece de uma crescente perda de funcionalidade. Conforme o relatório Justiça em Números 2019²⁴⁴, do CNJ, há cerca de 78,7 milhões de processos para pouco mais de 18.000 magistrados com uma taxa de congestionamento²⁴⁵ média de 71,2%, o que significa dizer que, de algum modo, nesses trinta anos decorridos desde a promulgação da CRFB, ampliou-se inegavelmente o acesso à justiça, mas há um longo caminho para que se possa alcançar um equilíbrio entre qualidade e quantidade, entre celeridade e efetividade da jurisdição. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, acumulando 80% dos processos em tramitação²⁴⁶.

Conforme as palavras de Loïc Cadiet²⁴⁷, os indivíduos em conflito têm na atualidade um dever cívico e uma seriedade social voltados ao exaurimento das vias alternativas para solução dos conflitos antes de buscar o Judiciário. Isto é, o juiz não pode ser visto como a primeira opção para os litigantes, mas, sim, como a última.

Julio Guilherme Muller²⁴⁸ faz uma ressalva quanto à quantidade de processos, que exorbita o número de juízes provocando uma situação de desequilíbrio que, na economia, é apresentada pela influência mútua entre demanda e oferta. O período que os magistrados dispõem para a consecução das atividades judiciárias é insuficiente à luz do avanço da demanda, somado, ainda, a outros fatores (orçamento, número de juízes e servidores, quantidade de horas de trabalho diárias, direitos e deveres funcionais). O resultado deste desequilíbrio é o aumento da duração dos processos.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. Cumpre informar que nem todos os processos em tramitação estão aptos a serem baixados. É o caso, por exemplo, das execuções penais, que precisam permanecer no acervo enquanto o cumprimento da pena estiver em andamento. (*Idem*, p. 95).

²⁴⁶ *Idem*, p. 62.

²⁴⁷ CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. In: **Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso**. Lima: Raguel Ediciones, 2015. p. 52

²⁴⁸ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Vincenzo Vigoriti²⁴⁹, no mesmo parâmetro, esclarece que os custos são divididos entre custos diretos e custos indiretos, entendendo-se por custo direto as despesas normais do processo, como as despesas de manutenção do próprio judiciário, instalações, equipamentos, serviços e o pagamento dos magistrados, servidores, estagiários. O autor elucida, também, a respeito do custo dinâmico, apresentado como um custo que naturalmente se assume no decorrer do processo — recolhimento de despesas, preparo, pagamento de verbas honorárias, pagamento de verbas periciais e assim por diante. O custo indireto, por sua vez, é a despesa resultante do dano, ou seja, é o dano resultante da excessiva duração do processo.

Para Eduardo Fonseca da Costa²⁵⁰, existe uma inquietação acerca do volume de processos e do dever de desempenho dos juízes para que possua alguma estabilização entre os processos que ingressam no sistema e os que são concluídos, sendo ele um dos poucos a trabalhar doutrinariamente com categorias e técnicas das áreas de conhecimento ligadas à administração, produção ou negócios.

Portanto, a desjudicialização vem sendo utilizada nesse contexto, no qual é considerada como uma forma de acesso à justiça e que pode ser resolvida fora do ambiente judicial, pelos próprios indivíduos, fato que, para Mônica Bonetti Couto e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, é definido como uma "transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais", reduzindo-se a taxa de congestionamento de processos²⁵¹.

Consoante as lições de Cadiet²⁵², a desjudicialização abarca não só interesses quantitativos, econômicos e de gestão: um menor número de litígios tem sentido de economia para o orçamento do Estado.

Assim, necessário se pensar na concepção contemporânea do direito fundamental de acesso à justiça.

Mauro Capelletti e Bryant Garth definem o acesso à justiça como o sistema pelo qual os indivíduos podem postular seus direitos e/ou solucionam seus conflitos sob os

²⁴⁹ VIGORITI, Vincenzo. La Responsabilità del Giudice in Italia. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 76-85, jul/set. 1994.

²⁵⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 354.

²⁵¹ COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. In: **Revista de Processo**, v. 271, p. 405-425, set. 2017.

²⁵² CADIET, Loïc. *Op. cit.*, p. 41.

auspícios do Estado, enfatizando que este é “o ponto central da moderna processualística”:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica²⁵³.

Grinover²⁵⁴ promove a ideia da “popularização do Judiciário”. Para ela, o acesso à justiça não pode se restringir somente ao mero ingresso aos tribunais. O acesso à justiça deve ser mais célere, pois a mora seria cúmplice da impunidade. É possível discuti-lo em três disposições básicas.

A primeira delas se distingue pela procura de assistência jurídica, atendendo necessariamente ao ingresso dos menos beneficiados ao sistema judiciário e a assistência de direitos individuais. A segunda seria qualificada para proporcionar o ingresso ao Judiciário de grupos identificados ou não com o desígnio de proporcionar assistência a direitos coletivos e difusos. Logo, a terceira posição procuraria um ponto de vista amplo, alinhado em relação a outros elementos na noção de acesso à justiça e, além de incluir os avanços decorrentes dos posicionamentos anteriores, se propõe a ir além e debater formas de acesso à justiça de maneira mais ampla. Na linha dessa terceira posição, permanecem a criação de órgãos especializados e a

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 13.

²⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1999.

institucionalização de formas alternativas ao sistema judiciário tradicional para a solução de conflitos²⁵⁵.

A desjudicialização se encaixa nessa terceira linha de acesso à justiça. A desjudicialização envolve a resolução do conflito pela via pré-processual, ou seja, antes do ajuizamento da demanda. O Poder Judiciário tem estimulado o uso de diversas ferramentas que evitam o litígio judicial, desonerando o Estado, na medida em que o custo do Poder Judiciário é arcado pelos cofres públicos. Quanto menos demandas, menor a estrutura que será necessária para o regular desenvolvimento das atividades próprias do Poder Judiciário. Claro que os resultados de uma desjudicialização serão obtidos em longo prazo. As próximas gerações é que se beneficiarão da diminuição do número de processos e da maior celeridade no julgamento das demandas.

Nessa coerência, Márcia Silvana Felten²⁵⁶ elucida que “há uma hodierna ideia de superação de formalidades da simplificada percepção de estar no judiciário, voltando a prestação ao seu mérito resolutivo, o tratamento do conflito, servindo o sistema estatal como instrumento desse desiderato no decorrer de certo período temporal”.

Pretende-se, doravante, expor alguns instrumentos da desjudicialização que tenham o condão de concretizar o direito à saúde. Objetiva-se desenvolver o raciocínio à luz da Análise Econômica do Direito.

Os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos representam a adesão à cultura da pacificação em oposição à da litigiosidade, sendo a solução pacífica sempre preferível, inclusive economicamente, o que não impede a busca vindoura pelo aparato judicial. Permanece uma atmosfera favorável para tais modelos, que também compõem instância legitimada para a solução de conflitos sociais pelo adequado meio social, cogitando maior conscientização política e conhecimento popular.

Nessa linha de raciocínio, Toaldo e Berghahn, com base no fundamento de Georges Gurvitch — o qual acredita que a evolução do direito deve ser buscada na própria sociedade, e não na lei ou na jurisprudência —, aludem à concepção de um movimento pró-desjudicialização estabelecido por meio de uma alteração de condutas

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: **O sistema de justiça e suas instituições**: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. p. 30-41.

de analogias interpessoais que envolvem os profissionais de saúde, as instituições de serviços correlatos e os cidadãos/pacientes.²⁵⁷

Com essa alteração de condutas, que fomenta uma inovação na maneira em abordar os litígios relacionados à área da saúde, aparece a precisão de priorizar a solução pacífica de controvérsias de maneira a atenuar a judicialização e dar outra perspectiva à realização do direito à saúde. Para isto, tende-se para os métodos consensuais de solução de litígios, por meio dos quais as partes do processo adotam para si o papel de protagonistas não somente da divergência, mas da adequada procura pela sua elucidação.

Ronald Coase²⁵⁸ prevê que o cultivo de uma determinada atividade pode ser concretizada pela própria coordenação designada ou de maneira descentralizada, por outros agentes econômicos. Quando descentralizada, o que incide em razão de custos altos em comparação com a dos outros, a atividade pode ser adimplida precisamente e individualmente, por terceiros, por meio de negócios jurídicos.

Pode-se dar como exemplo a conciliação, até pouco tempo uma atividade preponderantemente efetuada por magistrados. Os gastos envolvidos induziram um reparo para reconhecer sua efetivação por árbitros privados, selecionados pelas partes ou até mesmo por órgãos especializados, no caso as câmaras de conciliação privadas.

Wells²⁵⁹ ponderam que os espaços qualificados por maior liberdade das partes e menor intervenção do Estado frequentemente são mais competentes. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil antevê de forma explícita a desjudicialização da atividade de mediação e conciliação permitindo que os sujeitos escolham o mediador, o conciliador ou o órgão especializado nesta função.

Nesse diapasão, podemos observar que o Código de Processo Civil favoreceu as tentativas de solução extrajudicial com o intuito de dar maior celeridade para

²⁵⁷ TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAHN, Márcia Muhlbaier. Desjudicialização do Direito à Saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (org.). **Direito & Políticas Públicas IX**. Curitiba: Multideia, 2014. p. 67 *apud* GURVITCH, Georges. **La idea de derecho social. Noción del sistema de derecho social, historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX**. Tradução de José Luis Monereo Pérez e Antônio Márquez Prieto. Comares: Granada, 2005. p. 52.

²⁵⁸ COASE, Ronald H. The problem of social cost... *cit.*

²⁵⁹ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. p. 11-16.

resolver os conflitos, e, conseqüentemente, reduzindo a enorme quantidade de demandas judiciais.

À vista disso, a mediação na área do direito à saúde consiste em facilitar o acordo entre as partes, sendo de grande importância o auxílio para a resolução desses conflitos com a iniciativa do Poder Judiciário, de membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados da União e procuradores que, estabelecendo grupos de mediação, concretizam um trabalho a partir do litígio individual, mediando o conflito entre o paciente e o gestor da saúde com o desígnio de impedir a ação judicial, buscando uma tutela eficiente traduzida por uma solução obtida de forma ampla, plena, rápida, útil, eficaz e econômica.

Nas palavras de Spengler, “as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito”²⁶⁰.

Desse modo, a mediação sanitária vem sendo a melhor alternativa para combater esses impasses que o Poder Judiciário sofre pelo grande número de processos. Esse instrumento pode efetivamente contribuir para a realização do direito à saúde, visto que cria espaços de debate extrajudicial. Nesse contexto, Alexandre Barbosa da Silva e Gabriel Schulman²⁶¹ resguardam que, para a mediação administrativa, “deve-se ter em mente a possibilidade de espaços administrativos que avaliem especificamente os casos concretos dos pacientes e possam aferir a necessidade (ou não) de se liberar tratamentos para além dos protocolos clínicos”.

Nessa linha, o Poder Judiciário tem incentivado o uso do sistema pré-processual nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs existentes no Brasil. O CEJUSC foi criado pela Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e trata-se de uma unidade do Poder Judiciário especializada em atendimento ao público para a solução consensual de conflitos e orientação nas matérias relativas à cidadania. Atende na modalidade pré-processual, processual e de cidadania. O sistema pré-processual vem crescendo a cada ano, à medida que o Poder Judiciário estrutura adequadamente os CEJUSCs. Em 2015 eram 684, e em

²⁶⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos** – Da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

²⁶¹ SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. In: **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017.

2018, 1.088 (um mil e oitenta e oito) em todos o Brasil, conforme dados fornecidos no Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça²⁶².

No Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça, por meio da 2ª Vice-Presidência (Gestão 2019/2020), celebrou termo de cooperação para que a Defensoria Pública e o Ministério Público, quando atuarem em favor da parte que necessita de medicamento ou tratamento a ser fornecido pelo Estado ou Município, promova o chamamento do ente público pelo sistema pré-processual do CEJUSC, evitando, com isso, o ajuizamento da demanda. Primeiro, convida-se o responsável pelo medicamento ou tratamento para uma audiência no CEJUSC, a qual é conduzida por um mediador judicial devidamente capacitado com as técnicas de mediação e conciliação. Obtida a transação, o juiz coordenador do CEJUSC homologa o acordo pré-processual. Caso seja negativa, a Defensoria Pública ou Ministério Público avaliará se deve ingressar ou não com a demanda judicial. Com isso, o cidadão tem seu conflito resolvido no menor tempo possível, pelo próprio Poder Judiciário, concretizando-se um acesso à justiça célere, justo e efetivo.

Maria Célia Delduque e Eduardo Vázquez de Castro citam dois exemplos acerca da utilização da mediação na área da saúde no Brasil, que igualmente contribuem para a desjudicialização:

(...) ocorrem no Ministério Público de Minas Gerais e na Defensoria Pública do Distrito Federal. Em Brasília, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, da Defensoria Pública do DF, tem por objetivo mediar conflitos entre os pacientes usuários do SUS-DF e os gestores da rede pública de saúde da Capital. No Estado de Minas Gerais, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde percorre regiões do estado realizando reuniões de conciliação entre usuários e gestores, além de tratar de temas específicos, como saúde prisional, incorporação tecnológica e outros²⁶³.

Delduque²⁶⁴ ressalta que, em fevereiro de 2013, por meio de portaria conjunta entre a Secretaria de Saúde e a Defensoria Pública, foi criada uma Câmara (CAMEDIS) especializada em questões de saúde com a finalidade de mediar

²⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números... *cit.*, p. 220.

²⁶³ DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2019.

²⁶⁴ *Ibidem*.

divergências entre pacientes e os gestores da rede pública de saúde — um significativo avanço institucional no campo da saúde.

Com a CAMEDIS, ao invés de a Defensoria Pública ingressar judicialmente com os litígios de saúde, passou a procurar medidas extrajudiciais para esses litígios por meio da prática da mediação. Portanto, a atividade da CAMEDIS busca formalizar um pacto em favor do interessado²⁶⁵, contribuindo com a desjudicialização.

Nesse cenário, Assis²⁶⁶ afirma que a mediação sanitária é uma concepção institucional empregada pelo Ministério Público “que visa discutir os desafios (problemas-causas) coletivos de saúde, no âmbito micro ou macrorregional, a partir do seu ativismo em uma agenda que possa envolver todos os atores do Sistema, jurídicos ou não”.

E, nesse sentido, o autor cita que a idealização da mediação sanitária parte da compreensão de duas circunstâncias político-institucionais, sendo elas a necessidade da reorganização das ações e serviços de saúde, no âmbito regional, de forma solidária e não solitária, com participação democrática, visando à elaboração desse mesmo planejamento de saúde numa perspectiva integrada e regional; e o impacto negativo da judicialização da saúde no orçamento e no planejamento coletivo da saúde.

É precisamente esse o preceito usado por Carlini ao ressaltar o feito da mediação, que permite raciocinar os ensejos e contextos do outro para, pronunciados com os adequados motivos, desconstruir a demanda e estabelecer dissoluções. De acordo com a autora, a mediação “restaura a importância do diálogo na vida social e minimiza a judicialização dos conflitos como caminho mais democrático para acesso à justiça”²⁶⁷.

E a maior parte das ações judiciais propostas com este desígnio é amparada pela Defensoria Pública Estadual em favor do cidadão interessado, tendo como réus

²⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RJ cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/8640-aprovado-projeto-que-cria-a-vara-da-saude-publica>>. Acesso em 11 jul. 2019.

²⁶⁶ ASSIS, Gilmar de. Mediação sanitária. In: **Cad. IberAmer. Direito. Sanit.**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/140>> Acesso em 10 jul. 2019.

²⁶⁷ CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.

Estado federado e municípios. E o Ministério Público, quando não age como substituto processual, o faz como fiscal da ordem jurídica.

É possível concluir que existe no Brasil a possibilidade do uso de meios de desjudicialização da saúde como a conciliação e a mediação sanitária, as quais são feitas por órgãos especializados ou mediadores escolhidos pelas partes, e a negociação direta, os quais são formas alternativas que estão previstos normativamente.

Para Delduque e Castro²⁶⁸, a aderência a meios alternativos de solução de conflitos, notadamente a mediação, procura obter “uma lenta transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça”.

Robert Cooter e Thomas Ulen²⁶⁹ especificam uma série de condições que puxam para baixo os custos de transação em um negócio jurídico, sendo estes: serviço padronizado, direitos claros e simples, poucas partes envolvidas, bom relacionamento (partes amistosas e que se conhecem), bom senso, intercâmbio instantâneo, poucas contingências, baixos custos de monitoramento e penalidades brandas. Esses elementos ajudam a reduzir os custos e estimulam as partes a cooperar e a celebrar um negócio.

Assim, percebe-se que a desjudicialização favorece o desafogamento do Poder Judiciário em face do aumento da litigiosidade das relações sociais, em um contexto que permanece cada vez mais complexo.

É indispensável a reestruturação do sistema de administração e gestão da justiça a fim de torná-lo social e economicamente sustentável, fim este que pode ser alcançado com o avanço da desjudicialização e da Resolução Adequada dos Conflitos, observando-se a sua natureza e peculiaridade, nos termos do art. 1º da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça. Com isso, impede-se o acesso genérico e, em algumas situações, descabido ao Poder Judiciário, conferindo-se, assim, o mais amplo e efetivo acesso à justiça aos que dela necessitam.

²⁶⁸ DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. *Op. cit.*

²⁶⁹ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e Economia**. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. *passim*.

2.2 AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PELA LEI 13.655/2018: O VIÉS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Lei de Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655/2018) advém ao direito brasileiro para atualizar certos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942). Possui origem no Projeto de Lei nº 349/2015, cujo objetivo geral consistia em “consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos”²⁷⁰. O aumento na qualidade das decisões públicas figurou como um objetivo específico do Estado.

Embora sua aprovação tenha sido conquistada frente a poucos vetos e possua quase todos seus dispositivos iniciais em vigor, a Lei nº 13.655/2018 fomentou um intenso debate no mundo jurídico²⁷¹. Magistrados, membros do Ministério Público e suas respectivas associações, ao vislumbrarem possíveis limitações à aplicação do direito que até então desempenhavam, se uniram e pugnaram pelo veto integral do projeto. Em contrapartida, diversos docentes renomados de Direito Público²⁷² defenderam a aprovação.

Essa divergência de posicionamentos é ensejada pelo fato de que, para concretizar seus objetivos, o novo diploma normativo rompe com um dos principais pilares do neoconstitucionalismo: a centralização da cena jurídica em torno de princípios.

²⁷⁰ ANASTASIA, Antonio. **Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015**. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/projetos/PLS349-2015.pdf>>. Acesso em 20/05/2019.

²⁷¹ Nessa esteira faz-se interessante apresentar a perspectiva de Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi: “É interessante que uma lei assim tenha sido aprovada sem dissensos no Congresso Nacional. De alguma forma, as fontes materiais do Direito parecem estar se rebelando contra os descaminhos gerados no Brasil a partir das abstrações dos princípios. Assim, os aplicadores do Direito público estão sendo chamados a realidade. Mas será que eles estarão dispostos a encará-la?” (SUNDFELD, Carlos Ari; GIAZOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. In: **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 62, n. 16, p. 39-41, jun. 2018).

²⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

Como exposto anteriormente²⁷³, o neoconstitucionalismo se apresenta como uma reação, dentro dos países de matriz europeia continental, a certos postulados juspositivistas²⁷⁴. Visto muitas vezes como uma espécie de “terceira via” entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, o paradigma em questão busca transcender a legalidade estrita²⁷⁵, e, para isso, promove uma supervalorização dos princípios baseada na concepção de que estes podem ser encarados como materializações dos valores morais difundidos pela sociedade²⁷⁶.

Contudo, tal protagonismo promove uma grande incerteza jurídica. Sundfeld e Giacomuzzi argumentam que, a partir do momento em que o direito se centra em fontes de baixa densidade normativa (como é o caso de certos princípios, sejam eles implícitos ou explícitos), seus destinatários apresentam grande insegurança e surpresa diante dos resultados de suas demandas²⁷⁷. Marçal Justen Filho ainda expõe:

A proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica. A generalidade e abstração do princípio e a multiplicidade de princípios (muitos deles contraditórios entre si) gera incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias. Numa dimensão puramente principiológica, é impossível extrair uma solução determinada para disciplinar a vida social²⁷⁸.

Ademais, tanto o Estado como o Direito não são mais considerados entes transcendentais.²⁷⁹ Depreende-se, portanto, que o direito deve ser capaz de funcionar

²⁷³ Cf. *supra* acerca da influência do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo na racionalidade jurídica do ativismo judicial.

²⁷⁴ Como assevera Ivo Gico Jr: “uma das reações tardias ao juspositivismo foi o neoconstitucionalismo, que se propõe a denunciar a incapacidade de o raciocínio lógico-formal de lidar com questões valorativamente controvertidas, para as quais não há uma única resposta e retoma a posição a qual não seria possível uma referência a direito sem uma conotação valorativa”. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a Análise Econômica do Direito**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 6.

²⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo...** *cit.*, p. 232.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018... *cit.*, p. 39-41.

²⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. esp., p.13-41, nov. 2018. *passim*.

²⁷⁹ “O Direito, agora, não é mais revelado a partir de um ideal único e imanente de Razão: ele é tido, antes, como uma construção social, histórica e culturalmente localizada; como uma ferramenta que serve para fazer coisas no mundo. E, para que consiga – em tese – dar atendimento às suas novas funções, o Direito pós-moderno se vê compelido a seguir o dinamismo das próprias relações que pretende regular, cada vez mais marcadas pela complexidade. (...) o Estado e o Direito passam a ser submetidos à crítica persistente em relação aos seus propósitos, aos seus meios e, sobretudo nas

como ferramenta. Deve ser adequado, conveniente e conexo com a realidade. Busca-se sua eficiência nos mais variados campos, dentre eles o econômico. Diante disso, não é mais suficiente centrar o ordenamento em torno de princípios²⁸⁰. Desta feita, se em outras épocas verificava-se uma valorização da proporcionalidade e ponderação, hoje o pragmatismo e o consequencialismo ganham destaque²⁸¹, como percebe-se mediante análise dos principais pontos da reforma da LINDB.

O art. 20 da Lei para a Segurança e Inovação Pública foi o primeiro inserido pela reforma e estabelece que não se decidirá unicamente com base em valores jurídicos abstratos *sem que as consequências práticas da decisão sejam observadas* — seja na esfera controladora, judicial ou administrativa. Seu parágrafo único ainda impõe que a motivação da decisão deve demonstrar a necessidade e adequação do que foi imposto, inclusive diante de possíveis alternativas.

Antes da reforma da LINDB não era raro observar julgadores se valendo da força dos princípios para obrigar o Estado, por exemplo, a fornecer prestações estatais para assegurar os direitos. Entretanto, as condições materiais necessárias para a execução dessas ordens eram ignoradas. Havia, inclusive, defensores da noção de que “as condições materiais são juridicamente irrelevantes (...), o operador do direito não deve se preocupar com elas”²⁸².

Em muitas situações, os princípios figuravam como um meio para aprovar uma decisão pessoal do responsável pelo julgamento. Não obstante, como expõe Marçal

décadas passadas (pós-reformas liberalizantes), à sua *eficiência* em termos econômicos. As normas jurídicas já não se justificam pela pura e simples circunstância de serem “jurídicas”. É preciso que se vá além: as normas dependem do beneplácito cotidiano de critérios de racionalidade que lhes são externos” (SILVA, Luiz Augusto da; DESIDÉRIO, Luiz Gustavo Mussolini. Uma guinada pós-moderna no Direito Público brasileiro? Notas sobre a Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 63, n. 16, p.183-202, set. 2018).

²⁸⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 31-34. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> . Acesso em 11/07/2019.

²⁸¹ Cabe aqui apresentar as reflexões de Giacomuzzi e Sundfeld, quais sejam: “A Lei nº 13.665/2018, nova fonte formal do Direito brasileiro, busca justamente trazer quem “decide” ao mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios. É uma lei que busca no real a segurança necessária a todos os que se envolvem com o Direito público” (SUNDFELD, Carlos Ari; GIAZOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018... *cit.*, p. 39-41).

²⁸² JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. esp, p. 63-92, nov. 2018. *passim*.

Justen Filho, “pode-se afirmar que toda decisão a um caso concreto resulta de um processo de aplicação de valores abstratos. O problema reside na ausência de exposição clara e evidente do processo de concretização dos valores realizado pela autoridade competente”²⁸³. Buscando modificar esse quadro e se alinhar com as tendências apresentadas, o art. 20 insere no direito brasileiro uma espécie de racionalidade pragmática e consequencialista²⁸⁴.

Frise-se que o novo dispositivo está em consonância com o Código de Processo Civil. Analisando o § 1º de seu art. 489 depreende-se que decisões com emprego inexplicado de conceitos jurídicos indeterminados, ou com ausência de enfrentamento aos argumentos expostos ao longo do processo, não serão consideradas fundamentadas.

Os julgadores, diante do novo artigo, se afastam do uso de soluções vagas, assim como se distanciam do ato de mascarar decisões superficiais com os chamados “valores jurídicos abstratos”. Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que houve a positivação do chamado *princípio da motivação concreta*, o que enseja um reforço na responsabilidade decisória da autoridade. A autora ainda afirma que:

Assim sendo, a decisão, que envolve política pública, sairá do campo da idealização e entrará na órbita da concretização, pois não poderá prolatar decisão fundada em valores jurídicos abstratos ou em princípios, sem considerar o impacto das consequências práticas dela oriundo. Se houver uma solução legislativa, o gestor público, controlador ou juiz, não poderá deixar de aplicá-la, dando preferência a um princípio, a uma cláusula geral, a um valor jurídico abstrato, por conter conteúdo amplo ou indeterminação semântica²⁸⁵.

Importa dizer que não se trata de uma proibição ao uso de princípios; o art. 20 apenas determina que as consequências práticas da aplicação do valor jurídico sejam expostas e consideradas, bem como os motivos que levaram o julgador a tal decisão. No tocante à necessidade de exposição das alternativas, Marçal Justen Filho preceitua que a determinação de avaliação das diversas alternativas à luz do exame da proporcionalidade é o aspecto fundamental do parágrafo único do art. 20²⁸⁶.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, *passim*.

²⁸⁴ SILVA, Luiz Augusto da; DESIDÉRIO, Luiz Gustavo Mussolini. Uma guinada pós-moderna... *cit.*, p. 183-202.

²⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. In: **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018. *passim*.

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, *passim*.

Se o art. 20 apresenta aspectos relacionados com a motivação e consequências da decisão, o art. 22 expõe parâmetros para a interpretação do ordenamento jurídico. Fica estabelecido que, ao interpretar normas de gestão pública, o julgador deverá considerar os obstáculos e dificuldades atinentes ao gestor, bem como as exigências das políticas públicas relacionadas com seu cargo — sem que exista prejuízo aos direitos dos administrados. Há três parágrafos subsequentes.

O primeiro determina que, em decisões que versem sobre regularidade de conduta, validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente²⁸⁷ serão consideradas.

Já o segundo estabelece que, ao aplicar sanções, o julgador considerará a natureza e gravidade da infração cometida, assim como os danos advindos dela para a administração pública. As circunstâncias agravantes, atenuantes e os antecedentes do agente também serão analisados.

Por fim, o último parágrafo define que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”²⁸⁸.

Diante da ausência de referência específica a quem esses dispositivos se destinam, afirma-se que sua aplicabilidade consiste nas mesmas três esferas já apresentadas nos dispositivos anteriores, quais sejam: administrativa, controladora e judicial.

Maria Helena Diniz sustenta que certos juristas encaram o art. 22 da LINDB como capaz de promover avanços ao aprimoramento na qualidade das decisões, tendo em vista que apresenta diretrizes para:

- 1) a interpretação e aplicação do direito público, (...) e, aumentando sua responsabilidade e trazendo para o direito público a ideia de equidade, uma vez que o operador deverá considerar: a) limites constitucionais, sem olvidar do critério da especialidade e do hierárquico em caso de antinomia normativa; b) obstáculos e dificuldades reais do gestor; c) exigências para uma eficiente

²⁸⁷ Cabe uma especificação acerca de quais são os indivíduos que devem ter suas condutas contextualizadas. Ao utilizar o termo “agente”, o legislador faz referência ao conjunto formado por gestores públicos e administrados, os quais são citados especificamente ao longo do dispositivo.

²⁸⁸ BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em 20/07/2019.

política pública a seu cargo; d) finalidades sociais, ou seja, as circunstâncias práticas, que houverem condicionado a ação do agente, atendendo ao objetivo público, aos interesses do povo e do erário e às peculiaridades do caso concreto; 2) a aplicação de sanções que deverá ter por critério: a) a natureza e a gravidade da infração cometida; b) os prejuízos dela resultantes para a administração pública; c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; d) os antecedentes do agente; e) a dosimetria das demais sanções de igual natureza e atinentes ao mesmo fato²⁸⁹.

Segundo Eduardo Jordão, um dos principais objetivos do art. 22 consiste em despertar a empatia dos julgadores, fazendo com que estes considerem as especificidades do gestor público. Aplicados de forma correta, o *caput* e o parágrafo primeiro desse dispositivo, por exemplo, podem acarretar em aplicações e interpretações mais realistas e contextualizadas, ao mesmo tempo em que não obstam o controle e eventuais anulações de ações administrativas contrárias ao direito²⁹⁰.

É importante ressaltar o adjetivo “reais” no *caput* do art. 22²⁹¹. Os obstáculos e dificuldades que deverão ser considerados pelo julgador são, portanto, apenas aqueles capazes de impactar factualmente na realidade do agente público.

A maioria dos doutrinadores exemplifica com dificuldades e obstáculos de ordem material, temporal, orçamentária e pessoal. Contudo, há um outro tipo de entrave, entendido como “dificuldade jurídica”. Trata-se de uma dificuldade em interpretar a legislação, que guarda especial relação com o *caput* e o parágrafo primeiro do dispositivo²⁹².

No cotidiano, a aplicação da lei muitas vezes é precedida por uma longa reflexão acerca de qual interpretação deve ser adotada. Administrar, portanto, seria interpretar normas públicas para aplicá-las em casos concretos²⁹³ — é neste ponto que reside a supracitada dificuldade jurídica.

²⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, *passim*.

²⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Op. cit.*, *passim*.

²⁹¹ 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.

²⁹² JORDÃO, Eduardo. *Op. cit.*, *passim*.

²⁹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta da Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas. In: **Revista da Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, v. esp, p. 1-23, jun. 2018.

Essa lógica de consideração de aspectos concretos, marca de toda a Lei nº 13.655/2018, também aparece nos parágrafos segundo e terceiro do art. 22, inseridos mediante emenda da Relatora Simone Tebet²⁹⁴.

Ao se referirem especificamente à aplicação de sanções (tendo em mente as críticas doutrinárias de que a dosimetria do direito administrativo sancionador recebia pouca atenção), os parágrafos em questão instituem a exigência de explicitação de critérios nas dosimetrias de sanções administrativas. Assim, além de objetivar contextualizar as decisões, os parágrafos também buscam combater o *bis in idem*, já que exigem que a decisão anterior seja considerada pela decisão posterior, em casos de duplicidade²⁹⁵.

Seguindo na esteira da racionalidade pragmática, agora fala-se exclusivamente sobre interpretações e novas orientações.

O art. 23 da nova LINDB impõe que, quando ocorrerem inovações em interpretações ou orientações que desencadeiem um novo dever ou novo condicionamento do direito, deve ser previsto, quando indispensável, um regime de transição. O objetivo do enunciado é fazer com que os novos condicionamentos de direito ou deveres sejam cumpridos de modo eficiente, proporcional e equânime, além de não acarretar prejuízos aos interesses gerais.

Maria Helena Diniz assevera que se busca proteger as relações jurídicas já construídas e a boa-fé que figura entre o poder público e os administrados. O artigo objetiva o afastamento de soluções básicas de modo a promover segurança jurídica e possibilidade de identificação de alternativas aos administrados²⁹⁶.

Os objetos de incidência do art. 23 são as decisões da esfera controladora, judicial ou administrativa, como, por exemplo, decisões colegiadas, orientações normativas, súmulas judiciais, entre outras. Há, contudo, duas especificidades: necessidade de produção de efeitos jurídicos diretos ou indiretos e estabelecimento de nova interpretação ou orientação acerca de uma norma com conteúdo indeterminado, fazendo com que exista novo dever ou novo condicionamento de direito.

²⁹⁴ FEDERAL, Senado; TEBET, Simone. **Parecer (SF) nº 22, de 2017**. 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5205948&disposition=inline>>. Acesso em 29/03/2019.

²⁹⁵ JORDÃO, Eduardo. *Op. cit.*, *passim*.

²⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, *passim*.

Ao interpretar uma norma de conteúdo indeterminado e fazer com que dela advenha nova obrigação ou condicionamento, o julgador produz uma “nova interpretação ou orientação”. Depreende-se, portanto, que a nova decisão se orientará em sentido diferente das anteriores. Será proposta uma interpretação que não existia, de modo a fixar um novo entendimento.

Ressalta-se que, para que uma inovação interpretativa ocorra em decisões, é imprescindível que a norma analisada comporte uma nova interpretação, ou seja, é preciso que seu conteúdo seja indeterminado. A conceituação de “norma de conteúdo indeterminado” foi muito discutida após o advento da Lei nº 13.655/2018, mas, como afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, “não é um conceito de difícil compreensão (...). São de conteúdo indeterminado todas aquelas que, para o processo de extração de um conteúdo normativo da sua prescrição, demandam o preenchimento de conteúdo subjetivo por parte do intérprete”²⁹⁷.

Os novos deveres ou condicionamentos de direito impostos podem ser encarados como concretizações de valores indeterminados, e, para que sua execução seja possível, regimes de transição devem ser fixados, como uma espécie de modulação de efeitos. Em nome da segurança jurídica, os regimes de transição buscam evitar mudanças drásticas. Objetivam fazer com que o destinatário da nova interpretação possua tempo para garantir sua adaptação ao conteúdo da decisão e posterior efetivação das inovações.

O art. 23 ainda apresenta algumas particularidades dos regimes de transição. Eles deverão ser previstos nas decisões quando forem indispensáveis para a concretização do novo dever ou condicionamento de direito.²⁹⁸ O regime deve assegurar que os efeitos da decisão inovadora incidam de modo “proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”²⁹⁹.

Caso o disposto pelo art. 23 não seja cumprido, ou seja, caso as decisões inovadoras não tragam consigo o regime de transição, estas serão consideradas

²⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB... *cit.*, p. 93-112.

²⁹⁸ Faz-se pertinente expor os argumentos de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Isso excluirá tão somente aquelas decisões interpretativas que não trazem qualquer efeito sobre a esfera de direitos dos submetidos à autoridade emissora da decisão” (*Ibidem*).

²⁹⁹ BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em 28/10/2018.

nulas, tendo em vista o desatendimento à exigência legal. A redação original do projeto de lei contava com a hipótese de soluções obtidas através de negociações entre o decisor e os alcançados pela inovação. Contudo, o dispositivo foi vetado³⁰⁰.

Os três dispositivos apresentados, cada um a seu modo, demonstram como a segurança jurídica e a racionalidade pragmática são promovidas pela reforma da LINDB. De acordo com Maria Helena Diniz, a promoção de segurança jurídica é atingida na medida em que a nova legislação impõe um maior esforço intelectual ao julgador³⁰¹.

Relacionando as mudanças trazidas pela Lei 13.655/2018 com a judicialização da saúde, expõe-se que o Conselho Nacional de Justiça, desde 2010, tenta promover uma aproximação entre os julgadores e o direito sanitário, assim como decisões mais racionais e conexas com a realidade. Para tentar atingir tal objetivo, ou ao menos iniciar essa aproximação, o CNJ realizou duas pertinentes medidas: a Recomendação nº 31 e a Resolução nº 107, ambas de 2010.

A Recomendação nº 31 elenca uma série de orientações aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais. Observa-se uma clara tentativa de conferir mais tecnicidade e coesão às decisões, bem como mais contato entre o magistrado e o direito sanitário, como se depreende dos dispositivos a seguir:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto a apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde (...); b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos com denominação genérica ou princípio ativo (...) b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei³⁰².

³⁰⁰ ANASTASIA, Antonio. **Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015**. 2015. Disponível em: <<http://anastasia.com.br/projetos/PLS349-2015.pdf>>. Acesso em 20/05/2015.

³⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit., passim*.

³⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31, de 30 de mar. de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf. Acesso em 20 abr. 2019.

A Resolução nº 107³⁰³, por outro lado, institui um Fórum Nacional para o monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde. Torna-se incumbência desse Fórum monitorar ações e propor medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos e otimização da rotina processual, entre outras. Relatórios de atividades deverão, semestralmente, ser apresentados ao Conselho Nacional.

Percebe-se que a reforma da LINDB, por meio da promoção da racionalidade pragmática, afastamento de decisões abstratas e necessidade de consideração das consequências das decisões, *consolida vários aspectos abordados nas supracitadas edições*. Além disso, a Lei nº 13.655/2018 também é responsável por combater outros aspectos relacionados com o crescimento da judicialização da saúde, como a idealização do direito e a idealização dos fatos³⁰⁴.

Quando se examina o direito, percebe-se que ele é indeterminado e que tal aspecto é inevitável, tendo em vista as características do processo legislativo e a complexidade do mundo moderno. Entretanto, os operadores do direito não são plenamente cientes desta indeterminação, o que ocasiona a ilusão de que o ordenamento jurídico possui a solução específica para qualquer problema prático ou social. Os princípios e regras constitucionais, bem como as leis e normas infralegais, seriam, aos olhos destes operadores, um conjunto completo³⁰⁵.

Além de fantasiar sobre a completude do ordenamento, também se idealizam condições propícias para que a administração pública seja capaz de realizar diversas metas. No que diz respeito à relação entre essas idealizações e a judicialização da saúde, Eduardo Jordão elucida:

Idealizam-se as condições materiais, factuais e objetivas para que a administração pública realize os ambiciosos projetos do direito público nacional. E isso é evidente tanto no momento de consagração e enunciação destes objetivos (...), como no momento de cobrança dos agentes públicos responsáveis por implementá-los. Um bom exemplo é o da judicialização da saúde, em que brados do “direito à saúde” tem, para muitos operadores do direito, mais relevância do que as condições materiais para implementá-lo. Chega-se mesmo a defender que estas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve se preocupar com elas. Os resultados são liminares para concessão de tratamentos caros, que impactam

³⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831> . Acesso em 20 abr. 2019.

³⁰⁴ JORDÃO, Eduardo. *Op. cit.*, *passim*.

³⁰⁵ *Ibidem*.

o orçamento governamental de maneira significativa - e prejudicam o próprio oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos³⁰⁶.

Tanto as Recomendações do CNJ quanto a reforma da LINDB tentam combater essa idealização a partir da aproximação entre julgadores e realidade, o que ocorre, muitas vezes, devido a outras ciências. A promoção de comunicação com outros ramos do saber se torna valiosa diante das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018.

Ao determinar que o julgador realize uma análise das consequências jurídicas e práticas de sua decisão, tem-se determinada a realização de uma espécie de previsão, uma análise consequencialista. Contudo, o direito carece de instrumentos adequados e desenhados especificamente para a realização desta tarefa. Ainda lhe falta um arcabouço teórico que seja capaz de prever as consequências das decisões e comparar a eficiência destas em face das alternativas.

É dentro desse contexto que a Análise Econômica do Direito se insere e mostra sua relevância como instrumento, pois, como enuncia Cristiano de Carvalho, “a AED, ao aplicar tais ferramentas analíticas [custos de oportunidade, custos de transação etc.] ao fenômeno jurídico, possibilita mensurar e mesmo prever (ainda que com limites ...) as futuras consequências da aplicação deste novo diploma legal”³⁰⁷.

A Análise Econômica do Direito, ou juseconomia, é dotada de perspectiva consequencialista³⁰⁸. Suas avaliações buscam identificar se o uso dos recursos escassos é facilitado ou dificultado em face de determinado objeto, e, quando uma norma é analisada sob esse enfoque, a avaliação tenta mensurar consequências que atingirão toda a sociedade³⁰⁹, exatamente no sentido pretendido pela reforma da LINDB. Percebe-se, portanto, a introdução de uma metodologia capaz de contribuir com a compreensão de fenômenos sociais e tomada racional de decisões. Nesse mesmo sentido:

E é exatamente nesse aspecto que a AED oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências

³⁰⁶ *Ibidem*.

³⁰⁷ CARVALHO, Cristiano. A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 11 jun. 2019.

³⁰⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 666.

³⁰⁹ PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à instituição e ao senso comum (...). Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinaridade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não ergódico³¹⁰.

Muito embora a Lei para a Segurança e Inovação Pública apresente contornos que se relacionam com postulados da Análise Econômica do Direito, frisa-se que ela não implementa uma metodologia obrigatória sobre a perspectiva econômica. A AED figura como um instrumento de grande importância para aumentar a eficiência das ponderações realizadas. Trata-se de um incentivo para que soluções mais eficientes e transformadoras sejam elaboradas³¹¹.

No tocante à judicialização da saúde, percebe-se que a Lei nº 13.655/2018 afasta a possibilidade de concessões infundadas e desconexas com o orçamento e dificuldades do gestor público. A juseconomia, de outra sorte, possibilita uma melhor análise sobre as consequências advindas da concessão de determinado tipo de medicamento, por exemplo, além de fornecer instrumentos valiosos para a implementação de incentivos e análises comportamentais.

2.3 NECESSIDADE DE REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED): O CONSEQUENCIALISMO COMO MÉTODO DE DECISÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, para reafirmar o entendimento de que quaisquer dos entes federados pode ser demandado em

³¹⁰ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil...** *cit.*, p. 11.

³¹¹ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro converge ou não com a AED a partir da entrada em vigor da Lei 13.655/2018? Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-converge-ou-nao-com-a-aed-a-partir-da-entrada-em-vigor-da-lei-13-655-2018>>. Acesso em 11 jul. 2019.

processos judiciais por responder solidariamente no que tange ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

Neste contexto, se instaurou um cenário em que Municípios são condenados a arcar com medicamentos de altíssimo custo, cujo custeio extrapola aquilo que são capazes de atender; em que estados incorporam fármacos sem amparo técnico do CONITEC com o fim de facilitar o processo de aquisição, ante a concessão indiscriminada pelo judiciário; e em que a União, diante das numerosas condenações e não dispondo de orçamento, coordena o fornecimento dos medicamentos independentemente de controle do uso e com estrutura privilegiada em relação ao SUS.

Ocorre que, em verdade, pela Lei nº 8.080/1990, cada ente federativo possui uma especialização, seguindo o custeio de medicamento a lógica da garantia da integralidade do tratamento da doença e da complexidade. Inclusive, compete especificamente ao Município o tratamento básico, de tal sorte que aquilo que extrapolar esta seara, em regra, deverá ser repartido entre os demais entes, ou custeado exclusivamente pela União.

Foi neste sentido que se manifestou o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, ao julgar o pedido cautelar de suspensão de tutela provisória nº 127, do Município de Jundiaí:

Embora, portanto, a responsabilidade seja una, no sentido de que todos têm o dever inafastável de garantir saúde a seus cidadãos, a divisão de responsabilidades no SUS segue uma gradação ascendente: centrípeta na ampliação das responsabilidades técnicas e de financiamento; e centrífuga na atribuição de execução das ações e serviços de saúde. Importa ressaltar que foi exatamente dando concretização a esses comandos constitucionais, que o legislador editou a Lei nº 8080/90, densificando, especialmente em seus arts. 16 a 19, a divisão de atribuições entre os entes políticos em matéria de saúde, a qual foi ainda mais evidenciada após a edição da Lei nº 12.401/11. E se a lógica constitucional foi observada pelo legislador, também não pode ser afastada no bojo das demandas judiciais, sob pena de fatal desordem administrativa, com prejuízo não apenas ao paciente da demanda, mas ainda a todos os usuários do SUS³¹².

A propósito, apesar de se compartilhar do entendimento de que este tipo de demanda deva ser proposta contra o ente devido, “pessoa política com competência administrativa para o fornecimento, dispensação daquele medicamento, tratamento

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Medida Cautelar nº 127/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico 21.05.2019**.

ou material, ressalvada a responsabilidade subsidiária da União”³¹³, o Enunciado 60 da II Jornada de Direito da Saúde/CNJ apresenta uma saída para o celeuma.³¹⁴

Aliás, na Medida Cautelar de Suspensão de Tutela Provisória nº 127/SP, o Ministro Dias Toffoli sustentou a indispensabilidade do equilíbrio entre os pilares do direito à saúde, enquanto direito de todos, e do orçamento público que o financiará, ponderando que ambos necessitam um do outro para se perfectibilizar³¹⁵, demonstrando preocupação com o direito fundamental à saúde e o custeio das despesas geradas por conta dessas decisões judiciais.

Além do mais, a judicialização de um medicamento de alto custo em face de um pequeno município, aceita pela jurisprudência do STF, pode arruinar as finanças deste, trazendo prejuízo à coletividade em benefício de um único indivíduo. Isso representa, à luz da AED, um contrassenso. Pode ser juridicamente possível, mas é mais consentânea com a realidade uma interpretação da Constituição que atenda ao indivíduo que necessita do alegado direito material e que, ao mesmo tempo, não prejudique a todos os cidadãos de um pequeno município.

Aqui se encaixa a teoria dos custos da transação, já abordada em item precedente. O que é melhor, manter a atual interpretação, que pode causar grande prejuízo à coletividade já que em benefício de poucos, ou mudar uma interpretação constitucional a fim de atender ao indivíduo, sem prejudicar a coletividade, e de forma a organizar o sistema judicial? Nenhum ente federativo deve responder por uma competência que é de outro ente, mais preparado técnica e financeiramente para determinado tipo de demanda.

Verifica-se que a clássica ideia de justiça, de universalização do direito à saúde, permeada por critérios subjetivos, precisa ser tratada de maneira racional, a partir de critérios de controle objetivos, de racionalidade econômica como controle da atividade pública, viabilizando a efetivação dos princípios fundamentais estruturantes do Estado de Direito³¹⁶.

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, de relatoria do Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico 13.03.2015**.

³¹⁴ A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Medida Cautelar nº 127/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico 21.05.2019**.

³¹⁶ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 95-144, 2013.

A racionalidade se apresentaria como instrumento apto a evitar equívocos desnecessários. Tendo em vista que as políticas públicas visam à persecução de fins concretos, como é o caso do direito à saúde, aspirando o jurista a analisar a pertinência entre os meios jurídicos e os fins propostos pela lei, o saber jurídico clássico, que se socorre da mera interpretação e instituições de justiça, revela-se exíguo³¹⁷— especialmente no Brasil pós-Constituição de 1988, em que o Poder Judiciário passou a ocupar o cerne do *standard* das políticas públicas, ocupando papel determinante que vai para muito além das clássicas funções estatais abordadas pela teoria do Estado³¹⁸.

É o que Oscar Vilhena chama de “supremocracia”³¹⁹, que se dá em razão de um legislativo em mora que necessita editar inúmeras leis para concretização do extenso rol de direitos reconhecidos na Constituição Federal, somado a um executivo sem reserva para a concretização de todos estes direitos³²⁰.

Sendo assim, nota-se que, diante da escassez dos recursos estatais e, vinculados que estão os gastos às disposições orçamentárias, o ideário humanista, de emancipação por meio do judiciário, não se presta, por si só, para a efetivação das políticas públicas e muito menos deve ser albergado pelo judiciário indiscriminadamente, até porque, para que o Sistema Único de Saúde seja sustentável, com atendimento integral e universal, é essencial o equilíbrio entre os pilares do art. 196 e 198, § 1º, ambos da CRFB³²¹.

É por isso que a inserção na práxis forense do consequencialismo e da racionalidade econômica apresenta-se como solução efetiva para realizar os objetivos e valores do ordenamento jurídico, dado que atenderá com eficiência os fins sociais aos quais o Estado contemporâneo se direciona, além de acarretar o menor ônus possível quanto aos direitos da coletividade.

Nesta linha, observa-se que o papel do magistrado sofreu verdadeira revolução, que perpassa pela tradicional aplicação dos princípios acrescida de um juízo de proporcionalidade, este último consubstanciado na avaliação das futuras

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

³²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; NETO, João Carneiro Duarte. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 99-112, 2018.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Medida Cautelar nº 127/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico 21.05.2019**.

consequências oriundas da aplicação de determinada norma enquanto fator justificador de sua aplicação ou validade no caso concreto, o chamado consequencialismo³²².

De igual modo, Ricardo Lobo Torres salienta que, na sociedade do risco, nem sempre a norma dará ensejo ao resultado benéfico que se pretendia obter quando de sua criação, podendo ocasionar prejuízos para a sociedade³²³. Por este motivo, incumbirá ao magistrado a complementação e integração do ordenamento por meio da avaliação do custo-benefício.

Daí se retira a importância decisiva de um certo tipo de raciocínio consequencialista na justificação das decisões judiciais que irá permitir um olhar ampliativo para a sociedade como um todo, uma análise macrojurídica do direito à saúde que maximizará sua eficácia.

A propósito, como advertido por Bruno Salama e Mariana Pargendler, quer aprovem ou não, os julgadores estão compelidos a realmente refletir a respeito da harmonização entre meios jurídicos e fins normativos, um “Poder Judiciário, ousamos dizer, ávido por estudos que articulem a interpretação do texto da lei com suas prováveis repercussões práticas”³²⁴.

Nesta esteira, sob o ângulo do dito consequencialismo, para que se tenha uma decisão justificada, é fundamental que seja ela congruente com o sistema jurídico, não contradizendo as regras jurídicas, bem como às consequências decorrentes da suscetibilidade de universalização da decisão que poderá ser utilizada em casos análogos. Com efeito, justificada normativa e narrativamente, a decisão passa a fazer sentido em sua universalidade, perante as normas, princípios e valores, estando em conformidade com uma racionalidade prática³²⁵.

Há de se observar que o prognóstico dos gastos da União, Estados e Municípios obtido por meio de auditoria realizada pelo TCU no ano de 2017, outrora referenciado, já apontava para a necessidade de adoção do método consequencialista. Este se apresenta como o mais plausível dentre os diversos

³²² PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.*, p. 34.

³²³ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 541-574, 2011.

³²⁴ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.*, p. 128.

³²⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em 09 set. 2019.

métodos e correntes nos casos ligados ao direito à saúde que têm sido discutidos pelo judiciário, na medida em que se preocupa a concretizar o direito à saúde em sua perspectiva macro.

Não há justificativa para que não se adote a interpretação mais plausível, a que obtenha melhores resultados na efetivação dos objetivos constitucionais³²⁶. Até mesmo, porque seria capaz de, eficazmente, resolver a tensão entre o direito fundamental à saúde garantido no âmbito da micro e macrojustiça instaurada com a crise do sistema público de saúde.

Aliás, conforme salienta Ricardo Lobo Torres³²⁷, o consequencialismo possui base no próprio sistema jurídico do Estado Ponderador que põe ao aplicador do direito o contínuo desafio de realizar ponderação de quais valores e princípios irão primar em cada situação.

No contexto da justiça brasileira, os assuntos que mais têm se repetido são pleitos individuais por medicamentos e procedimentos clínico-hospitalares, os quais representam o que Élidea Graziane Pinto chama de *década estéril de microjustiça na saúde no STF*³²⁸.

A propósito, no âmbito da Corte Suprema, ao longo de aproximadamente uma década se estendeu a discussão de três temas, que juntos afetavam cerca de 42 mil processos, quais sejam o dever de o estado fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições de comprá-lo, o dever de o Estado fornecer medicamentos não registrados na Anvisa e a responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, como já destacado anteriormente.

Nota-se que nenhum dos entendimentos firmados pelo STF nesses casos paradigmáticos incluiu o método consequencialista de análise do custo-benefício ou das consequências práticas da decisão. Os tribunais superiores, para longe de materializar o direito à saúde no macrossistema, apenas trazem critérios para fins de racionalizar o método decisório no caso concreto, como se os casos ligados ao direito

³²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. p. 29-52.

³²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo... *cit.* p. 550.

³²⁸ PINTO, Élidea Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf> >. Acesso em 28 jan. 2020.

não envolvessem maiores e outras consequências, postura essa que vai de encontro ao art. 20 da LINDB.

No caso do RE 566.471/RN, por exemplo, o Estado do Rio Grande do Norte se utilizou do raciocínio consequencialista para embasar seu requerimento:

A decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete as políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal afastou todas as alegações optando por privilegiar a microjustiça, sob o fundamento de que o direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental — logo, imponderável frente a outros argumentos de ordem orçamentária. Ademais, embasou-se em ampla jurisprudência referente aos casos de medicamentos em geral, que seguem igual compreensão de que, quando presentes os requisitos da imprescindibilidade do medicamento e incapacidade financeira do paciente, o Estado terá o dever de fornecê-lo.

Thomas Kuhn identificava a revolução científica com o momento em que há rompimento de uma estrutura metodológica que não mais se presta a explicar os novos fenômenos ou responder antigas problemáticas, cedendo espaço gradativamente a um novo paradigma³²⁹.

Foi o que ocorreu com o jusnaturalismo, juspositivismo e, atualmente, pensa-se, o que ocorre com o pós-positivismo/neoconstitucionalismo por força da análise econômica do direito, a qual vem dando importante contribuição do ponto de vista epistemológico, auxiliando na obtenção de diagnósticos e prognósticos, bem como explicações acerca do fundamento de existência da norma jurídica, conforme exposto no item anterior.

Nessa acepção, José Laurindo de Souza Netto sublinha a imposição da compreensão da decisão enquanto alusiva ao futuro, devendo a fundamentação sempre se conformar com as necessidades humanas e sociais, uma postura para frente, além da análise retroativa³³⁰.

³²⁹ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Ed. São Paulo, Perspectiv, 1970.

³³⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo de. A centralidade da jurisdição... *cit.*, p. 8-28.

No REsp 1.657.156/RJ, o Estado do Rio de Janeiro sustentou que o acórdão recorrido não considerou os dispositivos da Lei nº 8.080/90 e violou, dentre outros, os princípios da universalidade e isonomia no acesso à saúde, bem como deixou de levar em conta o cenário de limitações de recursos, o qual impõe a eleição de prioridades e a realização de escolhas.

O STJ, partindo da ideia de que o judiciário deve atuar para efetivar os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, bem como embasado novamente em ampla jurisprudência, apenas traçou os requisitos autorizadores do deferimento do pedido de fornecimento de medicamento não incorporado em atos normativos do SUS, também sem adentrar na análise do custo-benefício da decisão.

O problema se encontra justamente no fato de que, ainda que os novos tempos fomentem a adoção do método consequencialista, a acepção dos tribunais superiores, na maioria dos casos, segue linha contrária a este entendimento, prestigiando o direito à saúde para além do SUS com base em valores jurídicos abstratos sem considerar os efeitos práticos de suas decisões, a despeito da imposição de alguns critérios.

Deste modo, a jurisprudência dos tribunais superiores, ao passo que uniformizadora, deve ser revista no futuro, passando os tribunais a se socorrerem também do método consequencialista, isto é, do método consequencialista fraco adotado na LINDB, o qual defende o reconhecimento das consequências “enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, que devem (...) ser inseridas e contempladas (...) com peso no máximo igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas”³³¹.

Contribuindo para este posicionamento, Alexandre Santos de Aragão destaca a mudança do ícone legitimador³³², passando o Estado a se legitimar mediante uma “análise concreta de sua ação, de acordo com os resultados que ela é capaz de atingir e a sua capacidade de melhor gerir os meios de que dispõe, em vista de obter a maior eficiência”.

Nesta esteira, a coincidência legalidade-eficiência não é mais determinada *a priori* em razão de mera legalidade abstrata, mas, sim, *a posteriori*, por meio da análise do efetivo atingimento do interesse daqueles aos quais a lei direciona a tutela.

³³¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico... *cit.*

³³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista... *cit.*

Destarte, a administração sempre deverá atender ao binômio legalidade-resultado, não sendo mais elemento legitimador a mera legalidade³³³.

Em decorrência, considerando que o neoconstitucionalismo se preocupa com valores, deixando de lado as consequências — mormente de ordem financeira ou orçamentária — da decisão, revela-se a oportunidade da adoção do método consequencialista, à luz da AED, para a racionalização da função judicante. Como afirma Humberto Ávila:

o modo de aplicação da regra não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e de argumentos. E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto. (...) Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultados de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem sugerir situação inicialmente não previstas³³⁴.

Especialmente em momento de crise e diante de um Estado que não consegue tudo assegurar, a figura do juiz preocupado em contrabalancear segurança do direito e flexibilidade, condicionando a adequação de uma decisão ao mundo jurídico com o sopesamento das consequências e suas alternativas, mostra-se imprescindível³³⁵. É para o que chama atenção Ivo Gico Jr³³⁶.

Destarte, em razão de o exercício do juízo de validade de uma norma estar diretamente relacionado às suas consequências sobre a sociedade, a AED, conjuntamente com o consequencialismo como método acurado para auxiliar o intérprete na tomada de decisões racionais mais acertadas, permite que se avalie com maior precisão as “prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico ou institucional em que será implementada”³³⁷.

³³³ *Idem*.

³³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op. cit.*, p. 46.

³³⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. A centralidade da jurisdição... *cit.*

³³⁶ Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que estes recursos poderiam ter (e.g., construir escolas). Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular “tudo na vida tem um preço”, basta olhar para o lado (**Direito e economia no Brasil...** *cit.*, p. 202.).

³³⁷ *Idem*, p. 203.

Neste tocante, Ivo Gico Jr.³³⁸ elenca que os juseconomistas sempre adotam conduta racional maximizadora, ponderando o custo-benefício das alternativas na tomada de decisão — é daí que vem a contribuição da AED para uma fundamentação das decisões pelo STF e tribunais mais alinhada ao consequencialismo. Sob este prisma, dada a irracionalidade e fundamentação abstrata que desconsideram os impactos redistributivos, a interpretação adotada pelos tribunais superiores revela-se inadequada.

Não se pode equiparar o tratamento de uma sociedade com distribuição de renda díspar e recursos escassos para atender a necessidades ilimitadas com o dado às sociedades mais igualitárias na distribuição da renda. Sequer há justificativa moral ou ética para se perfazer política pública individualmente, de modo ineficiente e dispendioso, colocando em risco o próprio direito coletivo à saúde.

Por este motivo, ao proporcionar ao magistrado a análise do custo-benefício, a interdisciplinaridade é recomendável com a finalidade de respaldar a tomada de decisões de modo racional. À vista disto, Ivo Gico Jr., ao tratar da AED, sublinha:

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto - toda regra que gera desperdícios (é ineficiente), é injusta, e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e do que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável.³³⁹

Além disso, é dever do Estado atender com eficiência aos fins sociais a que se destina, isto é, com o melhor exercício das missões de interesse coletivo incumbidas ao Estado, aí incluídas a maior realização prática das finalidades e menor ônus para o erário e seus cidadãos, razão pela qual os princípios da eficiência, economicidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público deverão sempre orientar a atividade da Administração Pública e do próprio Poder Judiciário.

Por sinal, o princípio da proporcionalidade trata da realização dos objetivos constitucionais do modo mais eficiente e menos oneroso possível. Somado a ele, o princípio da legalidade impossibilita que sejam aplicadas normas que impliquem em

³³⁸ *Ibidem.*

³³⁹ *Ibidem.*

maus resultados, bem como o da eficiência valida as normas a partir de sua aptidão para atender aos objetivos da política pública³⁴⁰.

À vista disto, ao onerar demasiadamente o Estado para consolidar o direito fundamental à saúde, finalidade esta que seria igualmente atingida de modo mais eficiente e menos oneroso por meio da adoção do método consequencialista, a tese adotada pelas cortes superiores vai na contramão dos princípios do direito administrativo e da própria LINDB.

Para mais, além de todos os sacrifícios impingidos envolvendo os direitos da coletividade e sustentabilidade do sistema, o método que ao longo das décadas vem sendo repetidamente adotado pelos tribunais superiores sequer é apto para atingir o fim para o qual se direciona, visto que, ao privilegiar o direito à saúde de um indivíduo em particular, acaba deixando de lado a garantia do direito à saúde de toda a coletividade ante a escassez dos recursos necessários para perfectibilizar todas as políticas públicas, razão pela qual não deveria ser aplicado.

A análise econômica do direito (ferramenta) e a adoção do consequencialismo (método) permitirão a realização dos objetivos jurídicos elencados na Constituição sem maiores efeitos colaterais ou externalidades negativas. Trata-se da maneira mais eficiente e racional de se obter resultados oportunos à materialização dos fins que incumbem ao Estado atingir, conferindo a todos o acesso igualitário e universal às políticas públicas de saúde, sem ofender a isonomia entre os indivíduos.

³⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista... *cit.*

3 CONCLUSÃO

Axiologicamente considerada, a saúde é um dos direitos mais importantes que uma pessoa e/ou coletividade pode titularizar. Um Estado que garante esse direito a seus cidadãos resguarda a dignidade destes e reconhece, assim, o valor intrínseco que cada ser humano tem, garantindo parcela fundamental de sua dignidade (CRFB/1988, art. 1º, inc. III).

Por diversos fatores o Estado brasileiro não conseguiu cumprir, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, uma de suas promessas mais sensíveis: garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde.

Essa frustração significativa quanto ao cumprimento espontâneo, por parte da Administração Pública, do dever de atendimento à saúde que lhe é imposto pelo art. 196 da CRFB/1988 faz com que muitos jurisdicionados se valham do Poder Judiciário para acessar as prestações à saúde de que necessitam. Por sua vez, essa busca incessante pela tutela jurisdicional do Estado assumiu proporção gigantesca, como bem revelado pelos dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER).

Não obstante se reconheça que a procura pelo Judiciário somente existe pela incapacidade de atendimento à saúde pelos demais poderes constituídos, procurou-se demonstrar, na Parte 1 deste trabalho, que aquele Poder contribui, sim, para o agravamento do (preocupante) cenário hodierno, no qual, basicamente, quase toda prestação de saúde requerida pela via judicial é concedida, independentemente de seu custo, possibilidade, capacidade do Estado, previsão orçamentária e, muitas vezes, sem autorização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Identificou-se, ao todo, cinco causas que se relacionam com o Poder Judiciário e com a atuação de seus membros e que, com efeito, dentro do contexto de excessiva judicialização do tema da saúde, apenas contribuem para a piora do sistema de atendimento gratuito (Sistema Único de Saúde — Lei nº 8.080/1990), as quais foram agrupadas neste trabalho por fomentar a negligência dos juízes frente a legislação infraconstitucional e infralegal do direito à saúde. Todos esses “problemas”, ao menos sob a perspectiva teórica, comportam, igualmente, algumas soluções.

O apego à fundamentalidade material dos direitos à vida e à saúde como razão única para a concessão de medicamentos e demais prestações à saúde é a primeira causa da crise e de seu cotidiano agravamento. A dimensão axiológica de um direito, por mais cara que seja à sociedade, não pode se sobrepor à legislação infraconstitucional e infralegal apenas porque se está tratando de um direito social, sem levar em consideração todo o sistema no qual está inserido tal direito. Ao contrário, a legislação deve se adequar a esse direito social previsto constitucionalmente, na forma de política pública a ser implementada pelos Poderes competentes.

Não existem direitos de índole absoluta no ordenamento jurídico. Quando se afasta, no caso concreto, a aplicação das normas que regulam a satisfação do direito à saúde porque possuem menor valor do que um direito fundamental, atribui-se caráter absoluto a esse direito, no sentido de que, em toda e qualquer hipótese, e a qualquer custo, tal direito deverá ser concedido ao jurisdicionado, o que não é dogmática e racionalmente aceitável. É preciso compreender, portanto, que inexistem direitos absolutos.

O subjetivismo, solipsismo ou individualismo dos juízes, presente na grande maioria das decisões, isto é, o fato de magistrados filtrarem o Direito por seus próprios juízos morais, sentidos de justiça, do que é bom e correto figura como a segunda das causas. Juízes não são e nem devem procurar ser super-heróis.

Ao mesmo tempo em que não se está a defender que o magistrado aja como “mera boca da lei”, também não é possível conceber a função jurisdicional como mero instrumento para imposição de ideologias, de preconceitos, da moral própria de cada juiz. Como há tempos ensina Lenio Luiz Streck, quando o cidadão vai ao judiciário ele não quer ouvir a resposta que o juiz tem a lhe dar, mas, sim, a resposta que o *Direito* tem a lhe dar.

É por isso que a adoção do método *dworkiano* de decisão por princípio (decisão que observa e se preocupa com a integridade e coerência do Direito) funciona satisfatoriamente como reação ao solipsismo e ao ativismo judicial que lhe é imediatamente decorrente.

O entendimento equivocado sobre o que é e, também, acerca do conteúdo do chamado direito implícito ao mínimo existencial aparece como um terceiro problema. Por mais sensível que o caso concreto seja, a pretensão jurídica jusfundamental

deduzida em juízo pelo cidadão pode, sim, não estar inserida no conteúdo desse direito implícito.

Se a definição do direito ao mínimo existencial for realizada em cada caso, praticamente toda e qualquer prestação à saúde assim será entendida, já que todas elas contribuem para a melhoria da saúde da pessoa. Assim, levar em consideração o caso concreto não define coisa alguma, é necessária a adoção de um critério aprioristicamente concebido sobre o conteúdo do direito ao mínimo existencial que, por isso mesmo, elenque as prestações que lhe são comuns (saúde básica, educação básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça), independentemente das circunstâncias do caso concreto.

De modo semelhante, identificou-se uma incompreensão teórica acerca da amplitude da cláusula da reserva do possível que aparece como uma quarta causa da crise e de seu agravamento. A incorporação dessa *jurisprudência* alemã como doutrina no Brasil, historicamente, atrelou-a à escassez de recursos; assim, quando este tema se torna presente num debate judicial, os juízes rapidamente o afastam com base na ideia equivocada de que os direitos sociais não se confundem com o direito ao mínimo existencial, e, por isso, argumentos defensivos de índole orçamentário-financeira não devem ser levados em consideração.

Ocorre que a observância da cláusula da reserva do possível, de acordo com a amplitude de possibilidades que oferece ao intérprete (reservas do faticamente, juridicamente, razoavelmente e financeiramente possível), é, sim, um argumento válido e que deve ser considerado pelos juízes na prática forense. Cotidianamente se vê decisões obrigando Estados e Municípios a custear medicamentos de altíssimo custo, por exemplo, para patologias que não são cobertas pelo mínimo existencial aprioristicamente concebido.

Por fim, o último problema consiste na violação cotidiana ao princípio constitucional da isonomia e no desprestígio de sua força normativa. Uma decisão judicial que concede um tratamento de alto custo no exterior a uma pessoa não é, diante da escassez de recursos, uma decisão universalizável, motivo pelo qual ofende a diretriz da universalidade do atendimento à saúde por meio de políticas públicas.

Somente o resgate da força normativa do princípio da isonomia, o qual impõe ao Poder Judiciário atuação em prol da universalização do acesso à saúde, e não no

sentido de privilegiar apenas os indivíduos com acesso à justiça, é que propiciará a diminuição dos riscos sistêmicos que o próprio Poder Judiciário tem gerado.

Uma abordagem meramente teórica, entretanto, demonstrando os equívocos da jurisdição e formas de corrigi-los, poderia se revelar insuficiente para a dimensão do problema, que é atual e reclama operacionalização e racionalidade. Assim, sob as lentes da Análise Econômica do Direito, a Parte 2 do trabalho buscou apresentar alguns conceitos dessa rica disciplina que pudessem contribuir para a superação ou minoração dessa excessiva judicialização de causas relacionadas ao direito à saúde, com a respectiva concessão dos mais variados tratamentos e medicamentos às pessoas, como se existisse um dever jurídico nesse sentido ao Estado (premissa falsa afastada pela Parte 1).

Nesse contexto, a análise dos custos da transação, englobando o estudo sobre as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (PDP), Fomento Setorial e Licenciamento Compulsório, demonstra como é possível reduzir os gastos públicos na área da saúde sem deixar de atender à saúde básica dos jurisdicionados, assumindo a vontade política, no ponto, especial relevo para a concretização dos direitos.

Ainda, evidenciou-se que a desjudicialização da saúde pode ser alcançada, também, por meio da adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos como a mediação sanitária. O estímulo ao uso de meios pré-processuais de resolução de conflitos na dispensação de medicamentos e tratamentos pela rede pública de saúde, pelo Poder Judiciário, através dos CEJUSCs, é uma ferramenta de suma importância para alcançarmos o objetivo de reduzir a judicialização dessa matéria e, por consequência, reduzir a intromissão do Poder Judiciário no campo orçamentário. Além disso, com a homologação de um acordo pré-processual, garante-se o mais efetivo e eficiente acesso à justiça. Com menos judicialização, há melhoria do sistema como um todo, pois será possível a resolução mais rápida de casos mais complexos que não foram resolvidos de maneira pacífica.

Por sua vez, a necessidade de adoção do método consequencialista pelos tribunais superiores, identificada neste trabalho e que reclama a revisão da jurisprudência brasileira, se torna ainda mais inafastável diante da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, a qual consagrou expressamente o consequencialismo no direito brasileiro como método de decisão.

É dizer: somente uma nova cultura jurídica pautada na necessidade de que os magistrados levem em consideração as consequências práticas potencialmente advindas de suas decisões judiciais (adoção do método consequencialista via Análise Econômica do Direito), terá o condão de fomentar a superação dos problemas existentes no trato judicial da saúde.

E isso porque a AED é verdadeira ferramenta que permite ao operador do direito uma efetiva avaliação sobre a relação custo-benefício, repousando, nesse ponto, sua principal utilidade para a melhor compreensão do fenômeno jurídico.

4 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA O GLOBO. Dívida pública chega a 77,7% do PIB em novembro, próxima à estabilidade. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/divida-publica-chega-a-777-do-pib-em-novembro-proximo-a-estabilidade/>>. Acesso em 28 jan. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: **Regulação e agências reguladoras**: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015.

ASSIS, Gilmar de. Medição sanitária. In: **Cad. IberAmer. Direito. Sanit.**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/140>> Acesso em 10 jul. 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Paraná.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti (Orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em 20 jul. 2019.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 18 jul. 2019.

BERTONI FILHO, Haroldo Domingos. As Contribuições para Intervenção no Domínio Econômico como Meio de Financiamento para o Fomento Público. In: **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, vol. 59, nov./dez. 2016

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.365.920/SC, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria. **Diário da Justiça Eletrônico 17.02.2017**.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 154.385/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 28.03.2017. **Diário da Justiça Eletrônico 05.04.2017.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 279.889/SL/PR. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros. **Diário da Justiça Eletrônico 11.06.2001.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.366.857/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário da Justiça Eletrônico 31.03.2017.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 25.861/MG, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhindo. **Diário da Justiça Eletrônico 26.04.2004.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 148.178/PR, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz. **Diário da Justiça Eletrônico 05.12.2013.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 328.843/SP, de relatoria do Ministro Félix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico 09.11.2015.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.041.197/MS, de relatoria do Ministro Humberto Martins. **Diário da Justiça Eletrônico 16.09.2009.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.650.790/PE, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. **Diário da Justiça Eletrônico 20.04.2017.**

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves. **Diário da Justiça Eletrônico 25.04.2018.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 564.978, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça Eletrônico 06.12.2005.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 570.455, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 15.02.2006.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PR, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 14.04.2008.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 14.09.2011.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Medida Cautelar nº 127/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico 21.05.2019.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, de relatoria do Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico 13.03.2015.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 234.521/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 12.05.2000.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico 19.05.2016.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1.246/SC, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 13.02.1997.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 31.03.2000.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 12.09.2000.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico 19.12.2018.**

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 931.754, de relatoria do Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico 16.02.2006.**

CADIET, Loïc. La desjudicialización: informe introductorio. In: **Convenciones Procesales**: Estudios sobre negocio jurídico y proceso. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPELLO, Thamires Pandolfi. Doenças Negligenciadas e o Programa De Desenvolvimento Produtivo (PDP): o Desinteresse Privado e o Dever do Estado. In: **Revista de Direito e Medicina**, vol. 2, abr./jun. 2019

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em 28 jan. 2020.

CARVALHO, Cristiano. A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em 11 jun. 2019.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, University of Chicago Press, p. 95-156, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e Economia**. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 28 ago. 2019.

_____. Justiça em Números. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. Justiça em Números. Brasília, 2019. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em 20 abr. 2019.

_____. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf>. Acesso em 20 abr. 2019.

_____. Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em 20 abr. 2019.

_____. RJ cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/88640-aprovado-projeto-que-cria-a-vara-da-saude-publica>>. Acesso em 11 jul. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. In: Revista de Processo, v. 271, p. 405-425, set. 2017.

CRUZ, Fernanda. Judicialização na saúde cresce 130% no país, mostra estudo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/judicializacao-na-saude-cresce-130-no-pais-mostra-estudo>>. Acesso em 05 abr. 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. In: **Revista Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>. Acesso em 11 jul. 2019.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>. Acesso em 03 abr. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. In: **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial. In: **Revista Thesis Juris**, vol. 3, pp. 321-322, jul./dez. 2014.

FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: **O sistema de justiça e suas instituições**: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Entre a usurpação e a abdicação? O direito à saúde no judiciário no Brasil e da África do Sul. In: **Constituição e política na democracia**: aproximação entre direito e ciência política. Daniel Wei Liang Wang (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Dados. In: **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FUX, Luiz. Debaixo da toga de juiz também bate um coração. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 28 mar. 2011. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2011/03/894627-debaixo-da-toga-de-juiz-tambem-bate-um-coracao-diz-fux.shtml>>. Entrevista concedida a Vera Magalhães e Márcio Falcão. Acesso em 08 abr. 2019.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois (Coord.) **A dinâmica do sistema produtivo da saúde: inovação e complexo econômico-industrial**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 143, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, XLVI, nº 2, Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. Disponível em: < file:///C:/Users/06208469929/Downloads/la-tesis-del-caso-especial-y-el-positivismo-juridico.pdf >. Acesso em 20 jul. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1999.

GUIMARÃES, Juarez. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. Juarez Guimarães et al. (Orgs.). São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

GURVITCH, Georges. **La idea de derecho social**: moción del sistema de derecho social, historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX. Tradução de José Luis Monereo Pérez e Antônio Márquez Prieto. Comares: Granada, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I e II.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In: **Science**, vol. 162, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://eesc.columbia.edu/courses/v1003/lectures/population/Tragedy%20of%20the%20Commons.pdf>> . Acesso em 30 jun. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Coast of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

HOUSE, J.; KESSELER, R. C.; REGULA, H. A. Age, socioeconomic status and health. **Milbank Quarterly**, 3: 383-411, 1990.

JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela (Orgs.). **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. esp, p. 63-92, nov. 2018.

JUNIOR, Ivo Gico. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. esp., p.13-41, nov. 2018.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffman. 3. ed. São Paulo: Elsevier, 2015.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Ed. São Paulo, Perspectiv, 1970.

LAVIERI, Fernando. Quanto vale a vida. Disponível em: <<https://istoe.com.br/quanto-vale-a-vida/>>. Acesso em 05 abr. 2019.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti (Orgs). **Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **A análise econômica do direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

_____. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 890/2009, p. 80-140, dez. 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1988, t. II.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. In: **Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação**. Lenio Luiz Streck (Coord.). [s. l.]: Editora JusPODIVM, 2017.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

OMMATI, José Emilio Medauar. Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro. In: **Coleção Teoria Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, vol. 02.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta da Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle público e as pesquisas acadêmicas. In: **Revista da Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, v. esp, p. 1-23, jun. 2018.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 95-144, 2013.

PARISOTTO, Fernanda Sartor Meinero. A subjetividade das decisões judiciais à luz dos princípios da segurança jurídica e do livre convencimento do juiz. In: **Revista do Curso da Faculdade da Serra Gaúcha**, v. 01, n 13, jan-jun/2013.

PAVANI, Gustavo et al. Políticas públicas de fomento à atividade empreendedora no Brasil: empreendedorismo por necessidade e as contradições com os fins da atividade de fomento. In: **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 196, p. 111-129, dez. 2018.

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

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível**: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014.

PINTO, Élide Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf> >. Acesso em 28 jan. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação e Poder judicial** – sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**: situação atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas mãos de Alice**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: **Interesse Público**, ano 3. n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 28 mar. 2019.

SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais. In: **A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 138-139, jan./mar. 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em 09 set. 2019.

SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. In: **Revista Bioética**, v. 25, n. 2, 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. O direito à saúde é um direito absoluto? Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-direito-a-saude-e-um-direito-absoluto-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em 15 abr. 2019.

_____; NETO, João Gabriel Gebran. **Direito à saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Luiz Augusto da; DESIDÉRIO, Luiz Gustavo Mussolini. Uma guinada pós-moderna no Direito Público brasileiro? Notas sobre a Lei nº 13.655/2018 (Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro). In: **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 63, n. 16, p.183-202, set. 2018

SILVA, R. P. A Teoria dos Direitos Fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: **Anuário de Derecho Constitucional Latino-americano**, Montevideu, vol. 13, n. 02, 2007.

SOUZA, André de Mello e. **Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS):** Implicações e possibilidade para a saúde pública no Brasil. Texto para discussão 1615. Distrito Federal: Livraria do IPEA, 2011. p. 9. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1615.pdf>. Acesso em 23 jul. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETTO, Jose Laurindo de. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A busca da cientificidade perdida. In: **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 13, p. 8-28, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos** – Da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. **Conjur**, disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procuradorjustica-rio-grande-sul>>. Acesso em 03 abr. 2019.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>>. Acesso em 30 jun. 2019.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, vol. 01, n. 2, jul./dez. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIAZOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.655/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. In: **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 62, n. 16, p. 39-41, jun. 2018

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 99, p. 283-302. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626/70236>>. Acesso em 05 jul. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a Análise Econômica do Direito. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

_____. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais** – orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 541-574, 2011.

_____. **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VARRICHIO, Pollyana de Carvalho. **As parcerias para o desenvolvimento produtivo da Saúde**. São Paulo: Repositório do IPEA, 2017. p. 179-234. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8944/1/As%20parcerias.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? In: **Cadernos de Direito**, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. La Responsabilità del Giudice in Italia. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 76-85, jul/set. 1994.

WEINGARTNER NETO, J.; VIZZOTTO, V. D. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti (Orgs). **Direitos fundamentais** – orçamento e “reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WHITEHEAD, Margaret. **The concepts and principles of equity and health**. Copenhagen: World Health Organization, 1991. Disponível em: <<https://www.semanticscholar.org/paper/The-concepts-and-principles-of-equity-and-health.-Whitehead/9931dce158c6367f1a319d358b06e43b2ea68118>>. Acesso em 27 ago. 2019.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro converge ou não com a AED a partir da entrada em vigor da Lei 13.655/2018? Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-converge-ou-nao-com-a-aed-a-partir-da-entrada-em-vigor-da-lei-13-655-2018>>. Acesso em 11 jul. 2019.