ASPECTOS POLÍTICOS E CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO DOUTRINA DE APOIO

POLITICAL AND CONSTITUTIONAL ASPECTS OF JUDICIAL ACTION IN THE RIGHT TO HEALTH: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS A DOCTRINE OF SUPPORT

Ana Julia Bonzanini Bernardi *

Amanda Rodrigues **

RESUMO

O trabalho tem como proposta identificar critérios legais e doutrinários de cunho econômico e jurídico aptos a amparar as decisões judiciais quando tratam de concessão de medicamentos e tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas. Busca-se, especificadamente, considerar a legitimidade da intervenção do Judiciário na proteção e na promoção do direito fundamental à saúde, analisando-se os aspectos políticos que legitimariam a atuação judiciária. Propõe-se o estudo do tema sob o enfoque da doutrina da Análise Econômica do Direito para, por fim, identificar no ordenamento jurídico parâmetros que levem em consideração a adequada alocação de recursos, aptos a amparar as decisões judiciais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde. Democracia. Análise Econômica do Direito. Eficiência.

ABSTRACT

The objective of this study is to identify legal and doctrinal criteria of both legal and economical values that favour judicial decisions regarding medications and healthcare that are not provided by public policy. By investigating the political aspects that legitimate a legal action, this study specifically aims to analyze the legitimacy of the intervention by the judiciary in the protection and promotion of the fundamental rights to public healthcare. This study is based on the doctrine of

* Ana Julia Bonzanini Bernardi. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPG-CP-UFRGS), Mestra em ciência política e pós-graduação em relações internacionais contemporâneas e estratégia na mesma Universidade. Bacharel em Relações Internacionais pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM-Porto Alegre). e-mail: anajuliabbernardi@hotmail.com.

** Amanda Rodrigues. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS – FMP, Pós-Graduação em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no RS – ESMAFE. e-mail: rodrigues.a@live.com.

Livro 1.indb 193 05/11/2018 16:15:20

the Economic Analysis of Law in order to identify, in the legal system, norms that consider an adequate assignment of resources to assist legal decisions.

Keywords: Social rights. Right to health. Democracy. Economic Analysis of Law. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da efetividade dos direitos fundamentais não perdeu a relevância e atualidade diante das visíveis desigualdades na concretização dessa espécie de direitos. Apesar dos consideráveis avanços na sua positivação e regulamentação, observa-se se que a realidade fática ainda está muito distante do trabalho empreendido pela dogmática jurídica. No que se refere ao direito à saúde, apesar das inúmeras decisões judiciais, concedendo os mais diversos tipos de medicamentos e tratamento em saúde, o sistema público de saúde brasileiro ainda tem problemas estruturais importantes, em uma clara violação ao direito fundamental à saúde de milhares de brasileiros. Os direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 enunciam o direito à saúde gratuita para todos brasileiros, no entanto, dadas as deficiências existentes até os dias atuais, muitos brasileiros têm buscado a implementação deste direito através da via jurisdicional. Argumentamos neste trabalho que a garantia de acesso a toda e qualquer prestação em saúde por via judicial não somente é danosa para o orçamento público, lesando a maior parte dos brasileiros, como também é restrita a uma pequena parcela da população que tem acesso ao Judiciário, por ter os recursos e conhecimento para o acesso à saúde por meio dessa via.

Apesar das causas da ineficiência do sistema público de saúde serem múltiplas e os efeitos dessa realidade refletirem de diversas formas sobre a sociedade, buscou-se estudar em que medida é possível que a intervenção judicial sobre políticas de saúde – notadamente quando concede medicamentos e tratamentos fora das previsões legais – o que inevitavelmente gera uma redestinação de recursos públicos – promova ao máximo o núcleo essencial desse direito fundamental, sem, em contrapartida, incorrer em pernicioso efeito sobre as contas públicas. A *práxis* judicial não pode passar ao largo dos efeitos econômicos advindos da concessão de prestações relativas a direitos sociais. É indispensável que se reconheça que as necessidades humanas são ilimitadas e os recursos orçamentários, ao contrário, são finitos, pelo que a efetivação de todo e qualquer direito de prestação positiva gera custo aos cofres públicos e consequências sobre os orçamentos e planejamento público.

Diante de tal premissa, faz-se necessário estudo da melhor forma de se efetivar direitos, de maneira a haver maior eficiência (em termos econômicos) para que os recursos públicos atinjam o maior número de pessoas. Assim, colocamos três principais questionamentos: 1) há, no direito brasileiro, critérios que levem em consideração aspectos econômicos – em termos de eficiência na alocação de

Livro 1.indb 194 05/11/2018 16:15:20

recursos – próprios para a atuação jurisdicional quando decide sobre a concessão de medicamentos/tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas? 2) em caso afirmativo, quais seriam esses critérios e em que medida eles poderiam ser aplicados na *práxis* jurisdicional e 3) De que forma esses critérios poderiam gerar menos desigualdade no acesso ao direito à saúde?

Em linhas gerais, objetiva-se, no presente trabalho, identificar critérios legais e doutrinários de cunho econômico e jurídico aptos a amparar as decisões judiciais, quando tratam de concessão de medicamentos e tratamentos em saúde não contemplados em políticas públicas. Busca-se, especificadamente, analisar a legitimidade da intervenção do Judiciário na proteção e promoção do direito fundamental à saúde, analisando-se os aspectos políticos que legitimariam a atuação judiciária. Propõe-se o estudo do tema sob o enfoque da doutrina da Análise Econômica do Direito para, por fim, identificar no ordenamento jurídico parâmetros que levem em consideração a adequada alocação de recursos, aptos a amparar as decisões judiciais. A metodologia utilizada tem cunho qualitativo, levantando as discussões já realizadas sobre a temática e assim propondo possíveis respostas para as três perguntas feitas anteriormente.

2 SINDICABILIDADE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A problemática da eficácia das normas constitucionais, no constitucionalismo contemporâneo, concentra-se (especialmente quanto aos direitos sociais) em determinar a porção mínima de sindicabilidade judicial desses direitos. De um lado, não se pode perder de vista a normatividade dada às constituições, sobretudo a Constituição brasileira de 1988, que expressamente garante, pelo menos em alguma medida, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1°, CRFB), e, de outro, a pouca densidade normativa do texto constitucional, que não traz a exata definição de como deve ser o direito efetivado pelo Estado e quais devem ser os limites dessa prestação. Esses dois aspectos, a serem considerados quando da reflexão acerca da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais de índole social, devem ser harmonizados. Isso porque, à vista dos limites fáticos e orçamentários que são próprios à efetivação dessa categoria de direitos, marcadamente prestacionais, corre-se o risco de perfilhar, segundo menciona Barroso: "uma crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta"[3].

O estudo da forma como se concebem os direitos sociais, de cunho notadamente prestacional, tem estreita relação com a evolução do constitucionalismo, que acarretou, dentre outras transformações relativamente à aplicação do direito, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional[4]. Tais transformações, por um lado, levaram a

3 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218.

4 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional o Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Livro 1.indb 195 05/11/2018 16:15:20

superação de um modelo positivista, em que os enunciados constitucionais eram continuamente esvaziados pela arbitrariedade estatal, e, de outro, trouxeram desafios relativamente aos limites de atuação jurisdicional e à efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional – notadamente, neste caso, o acesso à saúde.

O caráter normativo conferido às Constituições, nesse sentido, emergiu como instrumento para assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado na concretização das normas constitucionais. Acerca das mudanças ocasionadas por esse movimento, destacamos as palavras de Streck:

> [...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano na teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e, no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos).[5]

Com lastro nesse novo paradigma jurídico-político, há uma transformação na maneira como se concebem os direitos fundamentais. O dever, atribuído ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, de zelar pela observância dos direitos fundamentais – e, nisso se inclui os direitos sociais – significa proteger a maioria permanente (constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislativa)[6]. A consagração genérica de direitos subjetivos fundamentais sociais a prestações, nesse sentido, deve levar em conta um conteúdo principal – núcleo fundamental – e o conteúdo, autonomamente definido pelo legislador, segundo critérios políticos, através das leis regulamentadoras do direito. A atividade judicial, neste passo, não pode passar ao largo do núcleo mínimo de proteção do direito fundamental e, bem assim, das leis conformadoras do direito à saúde já existentes.

Assim, reconhecendo a natureza fundamental dos direitos sociais, sobretudo em uma sociedade tão desigual como a brasileira, em que a efetivação e implementação de direitos dessa espécie constitucional não podem ser olvidados, necessária a atuação conjunta dos três poderes públicos, resguardando-se cada qual a sua esfera de atuação.

No entanto, observa-se uma atividade alargada do Judiciário na concessão de prestações positivas em saúde, determinando medicamentos e tratamentos fora das políticas públicas eleitas pelo Poder público como prioritárias, implicando um papel ativo desse Poder. De um lado, isso se dá em razão da normatividade

5 STRECK, Lênio Luis. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, L.; STECK, L.; TRINDADE, A. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, DF, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

Livro 1.indb 196 05/11/2018 16:15:20

conferida aos direitos fundamentais, que somente é possível diante do constitucionalismo contemporâneo, que significou a superação de um modelo de arbitrariedade estatal, e de outro lado, se dá em razão da inércia dos demais poderes estatais na implementação de direitos, especialmente direitos sociais, cuja carência de implementação atinge principalmente populações em vulnerabilidade social, as quais não têm conhecimento dos seus direitos, nem mesmo aqueles que lhes são disponibilizados[7]. Destaca-se, além disso, a ausência de reformas de cunho redistributivo, que legitimam o Judiciário a agir em razão da prática política ineficiente na consagração dessa espécie de direitos.

Nesse sentido, os cortes nas políticas sociais ocorridos desde 2015, em todas esferas do Executivo, mas sobretudo no nível federal vão na contramão do que havia sido conquistado em termos de diminuição da miséria e conscientização da população dos seus direitos e deveres como cidadãos[8-9]. Ademais, o crescimento da percepção da corrupção como o principal problema do país, aumenta o descrédito nas instituições ligadas diretamente a política ao passo que vê no judiciário um ator neutro[10]. No que consta à opinião pública, enquanto, em 2013, 81% da população acreditava que os partidos políticos eram corruptos, 72% acreditava que o congresso era corrupto, 50%, o Judiciário, 76%, a polícia e 46%, os funcionários públicos[11]. No entanto, no ano de 2017, 52% da população passou a afirmar que o Presidente e seu governo eram corruptos, 57%, os representantes do congresso, e 21%, o Judiciário[12]. Nota-se, portanto, uma clara diminuição da percepção do judiciário como um ator corrupto, na sociedade.

Quanto às causas para o papel mais ativo evidenciado pela práxis jurisdicional, destaca-se o fator sociológico que causou uma legitimação popular à intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo. Dentro da evolução histórica recente do país, a confiança nos poderes constituídos foi sendo erodida, figurando o Judiciário como um grande agente promotor da cidadania.

---

7 Em pesquisa do Observatório de Políticas Sociais do RS, realizado pelo Centro de Estudos internacionais sobre Governo (CEGOV-UFRGS), ao analisar o programa de complementação de renda, RS Mais Igual, que buscava eliminar a extrema miséria do Estado, ao complementar o valor recebido pelos usuários do Programa Bolsa Família que estavam abaixo da linha da miséria, encontrou-se que, antes do acesso a estes programas, mais de 65,9% dos entrevistados afirmou não conhecer o CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), o que denota a falta de publicização, ou mesmo a dificuldade de acesso desta população marginalizada. CENTRO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS SOBRE GOVERNO. *Relatório Final do Observatório de Políticas Sociais do Estado do RS*. Porto Alegre, 2013.

8 BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. *Competência Cívica em uma Democracia Desigual*: analisando o impacto dos investimentos educacionais na cultura política juvenil porto-alegrense entre 2002 e 2015. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

9 BAQUERO, Marcello. *Democracia inercial: assimetrias entre economia e cultura política na América Latina.* 2018. Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

10 De acordo com dados do latino barômetro (2016) 19,6% dos brasileiros em 2016 afirmaram que o maior problema do país era a corrupção - a maior taxa de respostas. Em pesquisa realizada nas três capitais do Sul do Brasil (Porto Alegre/RS em 2015, Florianópolis/SC e Curitiba/PR em 2016) pelo Núcleo de Pesquisas sobre América Latina (NUPESAL/UFRGS) com 2035 jovens de ensino médio, este número chega a quase 60%. LATINOBARÓMETRO: opinión pública latinoamericana. Banco de dados. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 2018; NÚCLEO DE PESQUISA SOBRE A AMÉRICA LATINA. *Democracia, mídias e capital social*: um estudo comparativo de socialização política dos jovens no Sul do Brasil. Dados coletados em Porto Alegre, 2015 e em Florianópolis e Curitiba 2016.

11 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014*: Results. 2013. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 2 maio 2018.

12 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Livro 1.indb 197 05/11/2018 16:15:20

Do ponto de vista da cultura política e efetivação da cidadania, segundo dados de 2016, cerca de 54% dos brasileiros afirmam não confiar no presidente, enquanto 55,2% afirmam não confiar nos partidos políticos, o que denota uma corrosão da confiança nas instituições democráticas, ainda maior que no passado. Há, portanto, uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma sub valorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto. Isso tudo associado a um pré-conceito de que as condições governamentais, executivas ou legislativas, não tem a coisa pública e o bem comum a tão elevada conta quanto deveriam[13]. Bello[14], fazendo uma análise crítica do conceito de cidadania contemporânea, a qual entende calcada em uma acepção estritamente jurídica (cidadania passiva como *status* de direitos), adverte acerca da um perigoso confinamento do exercício da cidadania no Direito.

> Arrefece-se a participação cidadã ativa dos cidadãos, em detrimento da institucionalidade estatal, caracterizada pela noção do fetichismo constitucional, que denota a reificação jurídica da cidadania e a ilusão que esta se realiza plenamente ao ser confi(n)ada ao Direito (especialmente a Constituição) e aos atores do Sistema Judiciário[15].

Condiciona-se, assim, a prática da cidadania ao ingresso dos cidadãos no Judiciário, o que implica nova exclusão de uma enorme parcela da população do acesso à cidadania[16]. Com efeito, o Judiciário ao assumir a posição de protagonista na concessão de prestações positivas, acaba por privilegiar aqueles que possuem acesso a sua estrutura, em detrimento dos que estão marginalizados e, até mesmo por falta de informação, não conseguem acessar a Justiça. No que se refere ao direito à saúde, os estudos de Ferraz & Vieira[17] e Vieira & Zucchi[18] demonstram que a interpretação dominante no Judiciário brasileiro, segundo o qual o direito à saúde é um direito individual à atendimento médico ilimitado, acaba a privilegiar o acesso mais fácil a pessoas com melhores condições socioeconômicas, implicando em uma inversão perversa dos objetivos primordiais do sistema público de saúde brasileiro.

De um lado, dados do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS) revelam que gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceram na ordem de 727% entre 2010 e, final de 2016, alcançando gastos no valor de R$ 3,9 bilhões[19]. Quanto à destinação desses recursos, Vieira & Zucchi[20]

13 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21-22.

14 BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013. p. 27.

15 Ibidem, p. 27.

16 Ibidem, p. 88-89.

17 FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 31 maio 2017.

18 VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos--parte>. Acesso em: 18 jun. 2018.

20 VIEIRA, op. cit.

Livro 1.indb 198 05/11/2018 16:15:20

verificaram, por exemplo, que, em São Paulo, 63% dos impetrantes de ações judiciais visando o fornecimento de medicamentos contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo residiam em áreas daquele município com menor grau de exclusão social, sendo que a maioria desses pacientes recorreu a advogados particulares para ajuizar suas ações.

E, de outro lado, o sistema público do Brasil, que tem pretensão de atender todos os brasileiros sem distinção, apresenta falhas em um dos seus principais programas – o Saúde da Família – que tem o objetivo de atuar na prevenção de doenças. Em 20 anos, no entanto, nenhum estado da federação alcançou cobertura completa. Apenas dois ultrapassaram os 90% de cobertura: Piauí e Paraíba. Sete estados têm atendimento abaixo da metade: Amazonas, Rio de Janeiro, Paraná, Roraima, Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal, com 20%. A consequência dessa e de outras falhas são hospitais lotados. Dados do Tribunal de Contas da União, ainda, indicam que 64% dos hospitais estão sempre com superlotação. Apenas 6% nunca estão cheios[21]

Por certo que o real efeito da redestinação de recursos efetuada pelo Judiciário merece estudo mais aprofundando. No entanto, os dados sugerem a ocorrência da dupla desigualdade no acesso aos recursos em saúde: uma referente ao acesso, sendo que aqueles que procuram a via judicial tem maior facilidade de acesso, e outra relativa à diferenciação quanto à política de medicamentos aos usuários, na medida em que aqueles que se valem de uma decisão judicial, tem acesso a medicamentos fora das políticas públicas, a que ordinariamente se tem acesso por meio da via administrativa. Diante dessa perspectiva, inevitavelmente, vislumbra-se um quadro de ineficiência no trato com os recursos públicos, uma vez que uma parcela significativa da rubrica de recursos com a saúde é destinada exclusivamente a um grupo menor de usuários, além do que a aquisição dos suprimentos a eles destinada se dá em pequena escala, para atender às particulares decisões judiciais, repercutindo em um maior custo para o ente estatal. Fica evidente, pois, a distorção causada pelas decisões judiciais que, a pretexto de conferir maior efetividade ao direito à saúde, aumentam – ainda que não intencionalmente – a desigualdade para o acesso ao sistema público de saúde, não só por privilegiar aqueles que têm acesso ao sistema de Justiça, concedendo medicamentos através de uma via transversa e excepcional, mas também por fornecer medicamentos que não foram eleitos pelo Poder Público como integrantes de sua política de saúde.

Exsurge, daí, a contemporânea discussão acerca da abrangência do controle judicial de políticas públicas. Especialmente no que se refere ao direito à saúde, em que os provimentos individuais a diversas prestações acarretam significativos incrementos dos gastos do Estado com condenações, mostrando-se relevante o debate acerca dos limites da atuação judiciária. Discutir, pois, a extensão da atividade jurisdicional no âmbito de intervenção nas políticas públicas não pode passar

21 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Livro 1.indb 199 05/11/2018 16:15:20

ao largo dos efeitos que as decisões implicam sobre a sociedade. E, de outro lado, deve se dar de acordo com as concepções da dogmática constitucional, referentes à exigibilidade dos direitos fundamentais e, igualmente, em observâncias às prioridades e programa de governo na implementação de direitos. O tema, sem dúvida, está situado no âmbito de interdisciplinaridade entre a Ciência do Direito e a Ciência Política[22].

Há de se levar em consideração que, muito embora esteja a alocação de recursos reservada em grande parte à deliberação política, própria para a consecução de políticas públicas, o tema não está integralmente à disposição do legislador/administrador. Ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais, limitando a atividade legislativa/administrativa[23]. Assumindo esta função, o Poder Judiciário aceita as consequências políticas desse embate, na medida que sua atuação importará necessariamente na limitação da liberdade dos demais poderes, sendo certo que somente no Estado constitucional e democrático seria possível tal sorte de controle[24].

Assim, um modelo de Estado adequado à efetivação de direitos pressupõe o afastamento da concepção liberal de separação de poderes, demandando uma formulação funcional no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, "para que a tripartição não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito"[25]. Deve-se reconhecer, de um lado, que a pauta política não está integralmente à disposição do legislador, porque está limitado pelas normas constitucionais, pelo que ao Poder Judiciário caberia a fiscalização, e de outro lado, que a maneira de se efetivar direitos estaria de acordo com conveniência do Poder Público na escolha de prioridades na concretização de direitos, sendo matéria afeta ao Poder Legislativo e Executivo.

O papel interventivo nas políticas sociais exercido pelo Judiciário, nesse sentido, por repercutir significativamente nas escolhas alocativas de recursos do Poder Público, colocou posta a questão acerca desses limites de intervenção numa posição central. Diante disso, propõe-se estudar a temática a luz da análise econômica do Direito.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO DOUTRINA DE APOIO À ATUAÇÃO JUDICIAL

O método de compreensão do Direito denominado de Análise Econômica do Direito – desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos – tem como principal característica a integração entre a ciência jurídica e a ciência econômica, com escopo

22 HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

23 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

24 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

25 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 89-90.

Livro 1.indb 200 05/11/2018 16:15:20

de analisar as questões jurídicas a partir do instrumental analítico da Economia[26]. O marco inicial da Análise Econômica do Direito, tal como é conhecida atualmente, é a publicação do artigo de Ronald Coase, "*The problem of social cost"*, em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991[27]. Neste trabalho, Coase[28] desenvolveu a ideia de custo de transação (*transaction costs*), demonstrando que, ao exercer um direito (ou usar um fator de produção), sempre haverá um prejuízo sofrido em algum lugar, como consequência do exercício desse direito. Em linhas gerais, Coase defendeu uma mudança de abordagem no trato dos problemas econômicos, uma vez que, na abordagem das escolhas de alocações sociais, as soluções devem levar em conta o efeito total desses arranjos, em todas as esferas da vida e, não, como usualmente é abordado pelos economistas em termos de custo de oportunidade, de modo que, tendem usualmente a ter a crença de que qualquer medida capaz de remover determinada deficiência é, necessariamente, desejável[29].

A possibilidade de aplicação da Ciência Econômica na promoção e efetivação de direitos é pressuposto e proposta central da Análise Econômica do Direito. Através dessa metodologia de estudo, busca-se verificar em que medida determinada norma jurídica é capaz de emanar efeitos concretos na realidade jurídica, ou seja, busca analisar em que medida o instrumental jurídico é capaz de, efetivamente, produzir os efeitos desejados pela norma.

Dentro desse contexto, a ponderação acurada, de um lado, das normas e institutos jurídicos próprios para efetivação desses direitos e, de outro, dos efeitos/comportamentos resultantes dessas normas, levaria a uma melhor compreensão da maneira mais adequada de efetivar direitos. Com efeito, a Análise Econômica do Direito pode servir à ciência jurídica na medida em que, tendo como pressuposto de que as normas jurídicas influenciam e têm seus efeitos influenciados por elementos de mercado[30] – permite a compreensão dos reais efeitos produzidos pelos atos normativos e fatos juridicamente relevantes em um determinado ordenamento jurídico, especialmente as consequências menos óbvias[31].

Além disso, tem como pressuposto a Análise Econômica do Direito que a alocação de recursos se dá devido a uma lógica de eficiência e maximização dos efeitos, que, baseados, de acordo com a intervenção do Direito, pode vir a ser

26 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>. Acesso em: 31 maio 2017.

27 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

28 COASE, Ronald. The problem os social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. p. 44. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 31 maio 2017.

29 Ibidem, p. 43.

30 Mercado aqui entendido como "*contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio de cooperação, sendo a conduta dos agentes resultado da livre interação entre eles*", conceito que não se restringe às trocas comerciais ou relações que envolvam valores pecuniários. GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 23, grifo nosso.

31 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 253. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>. Acesso em: 30 maio 2017.

Livro 1.indb 201 05/11/2018 16:15:20

melhor alocada e utilizada[32]. Gico Jr.[33] destaca que a dogmática constitucional, apesar das preocupações em se realizar justificativas teóricas e abstratas para flexibilizar a lei, relegou em segundo plano a compreensão das consequências e implicações das leis e decisões judiciais. Especialmente no que tange ao debate acerca da concessão individual de medicamentos e tratamento em saúde fora das políticas públicas de saúde, a análise das consequências práticas do debate na realidade jurídica e social é imprescindível para uma conclusão acertada acerca da temática e consequentemente é central na identificação de critérios para as futuras decisões judiciais nessa seara.

Sztajn[34],em síntese, explana que os críticos argumentam que, enquanto o Direito se ocupa de valores éticos e morais, a Economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabilizaria a tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas. Inobstante, defende a autora que é cada vez mais equivocado "afirmar que a economia busca eficiências enquanto o Direito se prende à promoção da questão ser/dever ser, como o objetivo de dizer que as posições são irreconciliáveis"[35].

Timm[36], por sua vez, destaca que a principal crítica apontada pelos juristas frente à Economia, é que ela rejeitaria a noção de justiça, que seria concepção central do Direito. Todavia, o autor argumenta que a ineficiência no trato com os recursos econômicos provoca, em última análise, desperdícios na sociedade, o que não seria desejável em termos de justiça, uma vez que seria mais proveitoso – e mais justo – se tais recursos fossem gastos com a maximização da sua utilização social.

Dresch[37] – examinando a aplicação da ciência econômica ao direito privado – conclui que a relação da Economia com o Direito deve ser de complementariedade, afastando-se portanto, de uma lógica polarizada das concepções formalistas e funcionalistas do Direito. Destaca o autor que é necessário pensar a análise econômica não como uma concepção suficiente para dar conta da toda racionalidade dos institutos jurídicos, mas como uma análise complementar na compreensão deles. As análises econômicas em termos de eficiência, pois, explana o autor, não podem "reclamar exclusividade na fundamentação racional dos institutos do direito privado, mas sim uma importante complementariedade".[38] Nas palavras de

32 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 253. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>. Acesso em: 30 maio 2017.

33 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 15.

34 SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). *Direito & Economia*: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77-78.

35 Ibidem, p. 78.

36 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

37 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço*: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 19.

38 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201.

Livro 1.indb 202 05/11/2018 16:15:20

Forgioni: "a relação entre o método jurídico e o método juseconômico deve ser de complementariedade e não de substituição ou oposição".[39]

De fato, o uso da metodologia da Análise Econômica do Direito é ferramenta agregável à prestação jurisdicional quando decide acerca da concessão de medicamentos fora das políticas públicas, sendo doutrina de apoio para uma avaliação de eficiência ao lado de valores constitucionais referentes ao direito à saúde. Diante disso, passa-se a examinar alguns pressupostos econômicos próprios para uma análise econômica do Direito.

Como pressupostos econômicos ligados à Análise Econômica do Direito, Mackaay e Rousseau[40] apontam três, quais sejam: a escassez, a escolha racional e a incerteza. Ivo Gico Jr.[41] acrescenta, ainda, como pressupostos ao método econômico o conceito de custo de oportunidade.

Segundo explana Araújo[42], a escassez não é propriamente um postulado da ciência econômica, não é algo que tenha forçosamente de ser pressuposto para que todo o edifício analítico da ciência econômica possa fazer sentido, mas é a razão (a medida) por que são ditadas as escolhas de que trata a Economia. Nesse sentido, Gico Jr. explana:

> [...] os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – fossem elas quais fossem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto próprio*. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?).[43]

Com efeito, o ponto central de estudo da ciência econômica é justamente a escassez, que se mostra como ponto em comum ao Direito, na medida em que, em última análise, o Direito promove escolhas diante das necessidades latentes da sociedade. Neste aspecto, importante se ter em mente, a noção de escassez dos recursos em face das ilimitadas necessidades humanas. E, conforme sublinham Mackaay & Rousseau[44], "tomando consciência da escassez de uma coisa, perdemos de alguma forma nossa ingenuidade em relação a ela".

Araújo[45] destaca que o problema da justiça, bem como da economia, essencialmente repousa sobre o problema de acesso aos recursos – dada a sua escassez – já que se assim não fossem, o debate seria irrelevante:

39 FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. p. 256. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>. Acesso em: 30 maio 2017.

40 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26-41.

41 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 20-23.

42 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19.

43 GICO JR., op. cit., p. 22.

44 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

45 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

Livro 1.indb 203 05/11/2018 16:15:20

> [...] é por força da escassez que o problema da justiça no acesso a recursos (de alimentação, de saúde, de habitação, de segurança, de resolução de litígios) é tão sério, tão crucial, tão existencialmente relevante, muitas vezes tão urgente. Se não fosse a escassez, todo o debate sobre justiça seria porventura irrelevante, lúdico, inautêntico: já Aristóteles comentava que era implausível a ideia de que os deuses do Olimpo se dedicassem a debates sobre justiça, que precisassem da justiça ou que submetessem à ela suas relações[46]

Decorrente do reconhecimento da escassez, tem-se o conceito de custo de oportunidade, ou "*trade off*", que seria pressuposto a qualquer escolha, compreendido como "a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida"[47]. Seria a perda subjacente a qualquer escolha, ou seja, o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem, consubstanciado na perda de uma oportunidade em detrimento da escolhida.

Com base nos conceitos de escassez e do custo de oportunidade atrelado a ela, surge o postulado econômico da escolha racional, citado por diversos autores, sendo o principal fundamento da Análise Econômica do Direito. Ribeiro & Campos[48] definem que escolha racional consiste na ideia de que as condutas humanas são baseadas em uma ponderação racional entre os benefícios e prejuízos ligados a determinada ação ou omissão. Acerca do conceito de escolha racional, ensina o Professor Araújo:

> [...] uma escolha é racional na medida em que se centra numa comparação subjetiva, mas desapaixonada, de custos e benefícios implicados nas várias alternativas abertas à opção – podendo designar-se por *utilidade ponderada* o resultado dessa comparação (a ponderação, a pesagem, de ganhos e perdas). O que há de peculiar na ideia de uma racionalidade económica é não apenas o facto de não envolver normalmente qualquer tipo de apreciação valorativa sobre os objetivos de uma conduta (quando muito, como vimos, uma aferição da hierarquização dos fins), mas também o facto de reportar-se ao conceito mais amplo de custo que é possível imaginar-se: o conceito de custo de oportunidade – sinteticamente, a mais valiosa das oportunidades que são preteridas quando se faz uma escolha –, conceito que abarca aquilo que deixa de ser possível fazer-se e obter-se para que possa alcançar-se aquilo por que se optou.[49]

Diante de tal modelo, a pessoa inventaria os resultados desejados (*valores*), identificaria as ações que podem ser tomadas na sua busca pelos ditos resultados

46 Ibidem, p. 20.

47 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 22.

48 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 316. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>. Acesso em: 31 maio 2017.

49 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 41.

Livro 1.indb 204 05/11/2018 16:15:20

desejados (*opções*), determinaria em que medida cada ação contribui para o resultado e a que custo (*valorização*) e, por fim, adotaria aquela opção que contribui mais (*escolha*). O modelo de escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano, atribuindo-lhe uma linha de conduta previsível, tendo como ponto de partida a suposição de que os humanos escolherão, sempre, entre as ações disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação[50]. A ideia se exprimiria, segundo os autores, na frase "People respond to incentives (os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações)", no sentido de que, ao reagir à mudança de circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça-lhe o melhor.[51]

Nesse sentido, Ivo Gico Jr.[52] afirma que, diante da necessidade de se realizar as escolhas, os agentes econômicos ponderam suas decisões de forma a maximizar seus ganhos. A grande implicação desse postulado para a juseconomia, segundo o autor, seria que a de que, havendo uma alteração na estrutura dos incentivos que levaram os agentes a agirem de determinada forma, isso os levaria a agir de modo diverso, a realizar outra escolha.

Apesar das diversas críticas ao modelo de escolha racional, especialmente porque verifica-se que, no caso concreto, – e principalmente diante de problemas complexos – as pessoas agem com "racionalidade limitada"[53], permanece, ainda assim, o modelo como aproximação válida para descrever o comportamento de grupo de pessoas postas em situações parecidas[54].

Por fim, no pressuposto ao estudo da análise econômica do direito está a incerteza ou ignorância relativa a circunstâncias que afetam nossa vida. Isso significa dizer que levar em conta a incerteza, resultante de inovações na sociedade, de riscos identificáveis ou não, caracteriza toda a atividade humana, que absorve em maior ou menor grau, sempre, o risco de suas decisões.[55].

Transpondo as consequências para uma análise jus-econômica, percebe-se claramente que a práxis jurisdicional – ao conceder prestações individuais em saúde – incentiva os agentes econômicos a baterem às suas portas, na medida em que o resultado advindo dessa conduta é – com uma boa chance de êxito – mais rápida e mais benéfica aos usuários, uma vez que conseguem acessar medicamento/tratamentos fora das políticas públicas, com um menor dispêndio tempo. Aqueles que buscam as vias ordinárias cabíveis, por outro lado, ainda sofrem com os problemas estruturais do SUS, tais como, falta de médicos, demora para atendimento

50 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-31.

51 Ibidem, p. 31.

52 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 22.

53 Mackkay & Rousseau apontam a mitigação do conceito de escolha racional, diante das críticas no sentido de que o modelo é irrealista como descrição das decisões humanas, uma vez que não considera o tratamento da informação, que, muitas vezes, é complexa. O ser humano faz esquemas simplificadores para delimitar as informações e tomar suas decisões, pelo que não haveria exata correspondência entre o modelo de escolha racional e o comportamento observado entre humanos. Com isso, fala-se em uma racionalidade limitada. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-37.

54 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38.

55 Ibidem, p. 39-40.

Livro 1.indb 205 05/11/2018 16:15:21

básico em postos, centros de saúde ou hospitais e demora para conseguir uma consulta com especialistas[56].

4 PARÂMETROS PARA ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS FORA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

À vista dos postulados da Análise Econômica do Direito, buscou-se identificar critérios para melhor tutelar o direito fundamental à saúde, especialmente, quando demandado o Judiciário a decidir acerca de medicamentos/tratamentos fora das políticas públicas. Investigou-se parâmetros que levassem em consideração aspectos econômicos próprios para atuação jurisdicional, os quais entende-se seriam mais consentâneos à promoção de eficiência no trato dos recursos públicos, a impedir desigualdade no acesso aos recursos em saúde.

A lei define como "assistência terapêutica integral à saúde" (art. 19-M e 19-P da Lei 8.080/90, incluídos pela Lei 12.401/11[57]) a dispensação de medicamentos e produtos para a saúde de acordo com protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas e oferta de procedimentos terapêuticos constantes nas tabelas elaboradas pelos gestores federal, estadual e municipal de saúde.[58] A exegese das normas permite concluir que os cidadãos teriam direito – não a toda e qualquer prestação medicamentosa – mas aquelas prestações constantes nas políticas públicas previamente determinadas pelo Poder Público. Nesta perspectiva, aquilo que não está nas listagens oficiais, em regra, não seria devido aos cidadãos, por não contemplar a assistência terapêutica fornecida pelo SUS.

À vista disso, buscou-se dentro da lei que normatiza o sistema público de saúde brasileiro (Lei 8.080/90) critérios que, ligados aos conceitos de eficiência, pudessem nortear a atividade jurisdicional, quando decide acerca da dispensação

56 ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 1-9, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 1 maio 2017.

57 BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

58 Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011). (Ibidem).

Livro 1.indb 206 05/11/2018 16:15:21

de medicamentos fora das listagens oficiais, uma vez que teria que julgar, em uma última análise, eventual omissão do poder público na proteção do núcleo mínimo do direito à saúde. Assim sendo, chegou-se nos artigos 19-Q e seguintes da Lei 8.080/90 (também com redação dada pela Lei 12.401/11), que definem o procedimento para incorporação de novas tecnologias, a ser realizado pelo Ministério da Saúde, com assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC. A referida norma dispõe:

> Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)[59]

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC é órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde em caráter permanente, cujas competências, destacam-se a de emitir relatório sobre a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde e sobre a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, e a de propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME[60]. Tem o órgão técnico, ao lado do Ministério da Saúde, a missão de definir o que deve ou não ser fornecido pelo Poder Público, definindo necessidades e prioridades.

Diante da informação, buscaram-se os critérios utilizados pelo órgão para a incorporação de tecnologia na própria Lei 8.080/90, bem como os atos normativos regulamentadores, além de doutrina acerca da criação do órgão. Aith[61] explana que as discussões acerca da amplitude da integralidade no SUS motivou a aprovação da Lei 12.401/2011, que então criou o órgão referido com o objetivo de assegurar a transparência e a possibilidade de participação da sociedade civil nesses processos, bem como definir prazos para análise e decisão dos processos de incorporação de novas tecnologias ao SUS[62].

A norma, que também dispõe sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de

59 Ibidem.

60 AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014. p. 17. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>. Acesso em: 5 jul. 2017.

61 Ibidem, p. 17.

62 Importante destacar os princípios que definem a atuação do CONITEC, os quais devem ser observados em qualquer procedimento de incorporação de novas tecnologias no SUS. O Decreto 7.646/11 que regulamenta a Lei 12.401/11 define como diretrizes de atuação do CONITEC: a) universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível; b) a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS; c) incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde; d) a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade. BRASIL. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

Livro 1.indb 207 05/11/2018 16:15:21

Saúde – SUS, por sua vez, define os critérios para suas deliberações, seja para incorporação ou exclusão de tecnologias, são elas:

> Art. 18. O relatório de que trata o art. 17 levará em consideração:
> I - as *evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança* do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
> II - a *avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas*, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível; e
> III - o *impacto da incorporação da tecnologia no SUS*.[63]

Conforme se denota, para além da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do tratamento, critérios que, em maior ou menor medida, já são adotados pelo Judiciário[64], o órgão do Ministério da Saúde leva em conta para a incorporação de tecnologias em saúde a *avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, bem como seu impacto no SUS*. Trata-se de uma avaliação econômica da incorporação de novos medicamentos e tratamentos em saúde, os quais se sugere como necessária quando da deliberação feita e que, conforme conclusões das seções anteriores, não pode ser subtraída quando da análise individual de prestações em saúde. Com efeito, para além da eficácia comprovada do medicamento, há que se verificar se pode ser ele fornecido em base universal, segundo avaliações de custo e benefícios inerentes àquela pretensão.

Dentro dessa perspectiva, sugere-se, pois, a utilização dos mesmos parâmetros utilizados pela CONITEC, quando aprecia a incorporação de novas tecnologias pelo SUS, já que esse seria um critério universalizável, bastando – ao menos em tese – sua submissão ao Ministério da Saúde para que os demais usuários tivessem acesso ao medicamento. De outro lado, os parâmetros utilizados levam em conta a escassez de recursos e a necessidade de realização de escolhas alocativas de recursos financeiros.

Embora o Judiciário não seja o órgão técnico especializado, o uso das mesmas diretrizes e critérios para a avaliação redundaria em decisões mais universalizáveis e mais adequadas à política estatal eleita. Nesse sentido, uma vez sido chamado o Judiciário a deliberar sobre a alocação individual de recursos, considerando-se a noção de escassez e diante da necessidade se realizar escolhas trágicas,

63 BRASIL. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. grifo nosso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

64 Nesse sentido, sublinha-se os votos já proferidos no RE 566.471/RN e RE 657.718/MG, onde como requisito para a concessão de medicamentos fora das listas oficiais, os Ministros que já manifestaram seu voto colocaram como exigência a prova da eficácia do medicamento pleiteado com base na chamada medicina baseada em evidências e de que o Estado – regra geral – não pode ser compelido a fornecer medicamento não registrado na Anvisa, que atua precisamente na avaliação e certificação da segurança e eficácia dos medicamentos produzidos e/ou comercializados no Brasil. SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Livro 1.indb 208 05/11/2018 16:15:21

desejável que este atue em termos de maximização na distribuição de recursos e, se possível, dentro da conformação legislativa, sob pena de sacrifícios de bens jurídicos eleitos democraticamente como mais relevantes. Dentro desse contexto, a utilização dos critérios legais utilizados pela CONITEC para a incorporação de tecnologias em saúde – por levar em conta a necessidade de economicidade na alocação de recursos – mostra-se adequado como norte nas decisões judiciais na alocação individual de recursos em saúde.

Cabe, neste aspecto, reafirmar a necessidade de utilização de parâmetros da ciência econômica para balizar as decisões judiciais, mas não exclusivamente esses, sob pena de incorrer o Judiciário em utilitarismo puro, o que não é possível – nem mesmo desejável – em um Estado Democrático de Direito que coloca a dignidade da pessoa humana como axioma central.

A experiência internacional aponta para benefícios em estudos econômicos prévios para determinar a inserção de um novo medicamento na lista de produtos distribuídos gratuitamente à população. Na Austrália, por exemplo, os estudos econômicos realizados demonstraram que, em longo prazo, o resultado foi positivo, porque houve decréscimo ou estabilização dos preços dos medicamentos adquiridos pelo governo para serem distribuídos gratuitamente à população. No âmbito privado, ainda, existem instituições internacionais dedicadas a estudos sobre economia da saúde, como a ISPOR – Sociedade Internacional de Farmacoeconomia e Pesquisa de Desfechos, que tem uma unidade no Brasil[65].

Não há que se perder de vista, contudo, conforme já exposto, a necessidade de análise a casos individuais, os quais possivelmente não poderão ser ponderados pelos critérios propostos e que merecerão, por certo, tratamento excepcional, visando à tutela do mínimo existencial. Com efeito, casos individuais podem muitas vezes não estar abarcado pelas previsões genéricas e abstratas, a demandar intervenção casuística, o que, todavia, deve sempre se dar de forma excepcional. Daí o Judiciário poderia atuar, levando em consideração um caso de microjustiça[66].

5 CONCLUSÃO

Apesar do avanço da dogmática constitucional na concretização dos direitos fundamentais e o alargamento da práxis jurisdicional na determinação de prestações positivas diretamente do texto constitucional, no que se refere a direito à saúde, o efeito sentido sobre a concretização desse direito ainda é aquém daqueles almejados pela sociedade. Diante do estudo empreendido, verificou-se que a sindicabilidade da atuação estatal no que se refere ao direito à saúde não pode ser subtraída do Poder Judiciário, sob pena de diminuir o importante avanço da dogmática constitucional na superação do positivismo normativo, que justificara, no passado, uma atuação autoritária por parte do Estado.

[65] CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, L. A. F (Org.). *Planos de saúde*: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 31.

[66] PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão "trágica". In: ASENSI, F.; PINHEIRO, R. (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 194-195.

Livro 1.indb 209 05/11/2018 16:15:21

Inobstante, por outro lado, vislumbrou-se que o papel interventivo e promocional do Poder Judiciário, em políticas estatais, repercute significativamente nas escolhas alocativas de recursos do Poder Público, pelo que necessário estudo acerca dos limites dessa atuação jurisdicional, especialmente no que se refere ao direito à saúde. Analisando-se a questão através de uma perspectiva de Direito e Economia, observa-se que a aplicação deve ser de complementariedade entre as duas ciências, a fim de que a abordagem não se dê unicamente sobre a lógica de busca de fins econômicos, sendo a análise econômica do Direito instrumento consentâneo à compreensão das consequências menos óbvias da atuação jurisdicional. À vista dessas constatações e conceitos de escassez, escolha racional, custos de oportunidade (*trade off)* fornecidos pela AED, sugeriu-se, como critérios jurídico-econômicos para atuação jurisdicional, o uso daqueles mesmos critérios utilizados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, que é órgão – ao lado do Ministério da Saúde - responsável para a incorporação de novas tecnologias no sistema público de saúde brasileiro, uma vez que, dentre aqueles critérios, analisa-se parâmetros de economicidade. O artigo 18 do Decreto 7.646/11[67] coloca como parâmetros para as deliberações do órgão: a) eficácia, acurácia, efetividade e segurança do tratamento; b) avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas; e c) o impacto da incorporação da tecnologia no SUS.

A interlocução entre Direito e Economia ora estudada no presente trabalho permitiu concluir, no que tange ao direito fundamental à saúde, a necessidade se compatibilizar a inegável porção mínima de proteção da norma – a autorizar a sindicabilidade judicial de todo e qualquer direito – ao lado dos conceitos propostos pela análise econômica do Direito, dada a inarredável escassez de recursos próprios para a efetivação do direito à saúde de forma universal e igualitária, tal como propugna o artigo 196 da Constituição Federal.

Dessa forma, diante do exposto e da necessidade de compatibilizar a interpretação dada pela jurisprudência, com as noções introduzidas pela doutrina da análise econômica do Direito é que sugere o presente trabalho, como possível solução (e não única) para as decisões trágicas realizadas pelas cortes judiciais, quando decidem sobre concessão individual de medicamentos, a utilização dos critérios seguidos pela CONITEC, quando decide sobre a incorporação de novas tecnologias no SUS. O Poder Judiciário, dentro desse contexto, atualmente considerado um dos grandes protagonistas na promoção de cidadania, ao promover a alocação individual de recursos, deve ter de conhecer as consequências de suas práxis e ter consciência dos limites de sua atuação, própria para a concessão de respostas constitucionalmente adequadas. Assim, ao Legislativo e ao Executivo caberia uma papel ativo na implementação e na concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, com maior participação da sociedade

67 BRASIL. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

Livro 1.indb 210 05/11/2018 16:15:21

– de forma a gerar uma cultura política realmente participativa[68], compelindo a população a participar da discussão sobre a inclusão de novos medicamentos e tratamentos em saúde para o âmbito político, ao invés do jurídico. Ao fim e ao cabo, consideramos que o arcabouço legal está bem constituído e pode ser efetivado. O que, de fato, dificulta a disponibilização e a efetividade das políticas públicas em saúde é falta de vontade política de implementá-las e utilizá-las como instrumento de efetivação dos direitos.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando et al. Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 10-39, mar./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82804/85759>. Acesso em: 5 jul. 2017.

ALMEIDA, Nemésio Dario. A saúde no Brasil, impasses e desafios enfrentados pelo Sistema Único de Saúde: SUS. *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 5, n. 1, p. 1-9, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 1 maio 2017.

ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press, 1963.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BAQUERO, Marcello. *Democracia inercial: assimetrias entre economia e cultura política na América Latina*. 2018. Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

68 A conceitualização universal de cultura política proposta por Almond e Verba, no seu estudo seminal, "[...] refere-se ao conjunto de atitudes, crenças e sentimentos que dão ordem e significado a um processo político, pondo em evidência as regras e pressupostos nos quais baseia-se o comportamento de seus atores". Nesse sentido uma cultura política mais participativa seria positiva para efetivação da democracia uma vez que possibilita uma maior accountability horizontal dos processos políticos. ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press, 1963. p. 14-15.

Livro 1.indb 211 05/11/2018 16:15:21

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional o Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BELLO, Enzo. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.

BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. *Competência Cívica em uma Democracia Desigual*: analisando o impacto dos investimentos educacionais na cultura política juvenil porto-alegrense entre 2002 e 2015. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/480185-SAUDE-PUBLICA-NO-BRASIL-AINDA-SOFRE-COM-RECURSOS-INSUFICIENTES.html>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. *Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

_____. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública no Brasil. In: CARNEIRO, L. A. F (Org.). *Planos de saúde*: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico*: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, DF, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

Livro 1.indb 212 05/11/2018 16:15:21

COASE, Ronald. The problem os social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724810?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 31 maio 2017.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193-202.

_____. *Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço*: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000100007&script=sci_abstract&tlng=ES>. Acesso em: 31 maio 2017.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, jul./set. 2005. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/sources/11164>. Acesso em: 30 maio 2017.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LATINOBARÓMETRO: opinión pública latinoamericana. 2016. Banco de dados. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>. Acesso em: 7 setembros 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sthéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NÚCLEO DE PESQUISA SOBRE A AMÉRICA LATINA. Dados da pesquisa *Democracia, mídias e capital social*: um estudo comparativo de socialização política dos jovens no Sul do Brasil. Porto Alegre, 2015 Florianópolis e Curtiba, 2016.

Livro 1.indb 213 05/11/2018 16:15:21

PAULA, Daniel Giotti de. Direito à saúde e finanças públicas: uma questão "trágica". In: ASENSI, F.; PINHEIRO, R. (Org.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/266/260>. Acesso em: 31 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). *Conjur*, 27 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em: 18 jun. 2018.

STRECK, Lênio Luis. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, L.; STECK, L.; TRINDADE, A. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (Org.). *Direito & Economia*: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2014*: Results. 2013. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 2 maio 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 19 mar. 2018.

UNIVERSIDADE DO RIO GRANDE DO SUL. Centro de Estudos Internacionais sobre Governo. *Relatório Final do Observatório de Políticas Sociais do Estado do RS*. Porto Alegre, 2013.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções Causadas pelas Ações Judiciais à Política de Medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

Livro 1.indb 214 05/11/2018 16:15:21