

# DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E ECONOMIA: A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

## HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE BORDER BETWEEN LAW AND ECONOMICS: THE EFFICIENCY OF HEALTH PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Marco Aurélio Souza da Silva<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo aborda a importância da interdisciplinaridade entre direito e economia na concretização dos direitos constitucionais relacionados às políticas públicas de saúde no Brasil. Nas relações entre direito e economia, procura-se demonstrar as diversas possibilidades de contribuições da análise econômica para a gestão dos recursos públicos, especialmente em relação ao papel da eficiência no planejamento dos gastos estatais, na eleição das prioridades de alocação de recursos e na realização de políticas públicas de saúde. Partindo do método dedutivo, o objetivo do estudo é examinar alguns aspectos relevantes da teoria da análise econômica do direito que se relacionam com as políticas públicas de saúde. O debate é enriquecido com dados estatísticos do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União sobre a eficiência dos gastos com saúde e sua judicialização no Brasil. Conclui-se que os serviços públicos de saúde no país podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência.

**Palavras-chave:** Direito e economia. Análise econômica do direito. Políticas públicas. Saúde. Eficiência.

**Abstract:** *The article discusses the importance of the interdisciplinarity between law and economics in the concretization of constitutional rights related to health public policies in Brazil. In the relations between law and economics, it is tried to demonstrate the diverse possibilities of contributions of the economic analysis to the management of public resources, especially in relation to the role of efficiency in the planning of the state expenses, in the election of the priorities of allocation of resources and in the realization of health public policies. Based on the deductive method, the objective of the study is to examine some relevant aspects of the theory of economic analysis of law that relate to health public policies. The debate is enriched with statistical data from the World Bank and the Tribunal de Contas da União on the efficiency of health spending and its judicialization in Brazil. It is concluded that health public services in the country can be improved in quantity and quality, taking into account aspects not only of effectiveness, but also of efficiency.*

**Keywords:** *Law and economics. Economic analysis of law. Public policies. Health. Efficiency.*

---

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC); Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC); Membro associado da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Florianópolis/SC, Brasil, e-mail: [marcoaurelio\\_vet@yahoo.com.br](mailto:marcoaurelio_vet@yahoo.com.br).

## 1 INTRODUÇÃO

No ano em que completa 30 anos de existência, a Constituição Federal de 1988 ainda é objeto de intenso debate quando se fala em efetividade e eficiência dos direitos sociais nela proclamados, especialmente em um país com enormes desigualdades sociais e em meio a crises econômica e política. Parece consenso, hoje, que as soluções para essa situação ultrapassam a fronteira do direito, já que a utilização do instrumental jurídico, isoladamente, não foi capaz de levar adiante os ditames constitucionais de um Estado democrático moldado há três décadas.

Na academia, de modo geral, há um movimento em direção à interdisciplinaridade, isto é, à necessidade de o direito romper suas fronteiras e interagir com outras áreas do conhecimento e, assim, iluminar os caminhos para concretização de uma sociedade verdadeiramente democrática. Uma das relações interdisciplinares que merece destaque nesse campo é aquela existente entre direito e economia, dada a possibilidade de enorme contribuição para o planejamento dos gastos públicos, a eleição das prioridades de alocação de recursos e a realização das políticas públicas, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento.

Entre os domínios do direito e da economia tem sido cada vez discutida a análise econômica do direito. Essa abordagem compreende diversas correntes, cujo propósito é o de utilizar uma metodologia científica que parte de pressupostos econômicos para a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, tendo em vista os seus efeitos sobre o comportamento dos indivíduos. Desse modo, o foco de estudo deixa de ser a causa para ser o resultado das ações individuais.

Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivíduos, a fim de que o Estado possa melhor atingir seu papel distributivo, de forma mais efetiva e eficiente. Muito embora a eficiência, no plano constitucional, tenha sido alçada à condição de princípio jurídico, é forçoso considerar o seu nítido conteúdo econômico. Daí a necessidade de também compreender a eficiência positivada na Constituição Federal e na legislação administrativa à luz da análise econômica do direito, como instrumental importante para auxiliar na administração dos recursos públicos, no desenvolvimento social e na concretização de direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas.

Entre os direitos fundamentais agasalhados pelas políticas públicas que deve ser analisado também sob a óptica da economia está o direito à saúde, tema de grande debate em razão da judicialização, dado o confronto entre a sua concretização e a escassez de recursos orçamentários. Essa questão faz emergir o problema de que os direitos têm custos e que, por isso, os recursos na sociedade devem ser geridos com eficiência, especialmente por parte da Administração Pública.

O objetivo do presente estudo é examinar a relação entre direito e economia e abordar alguns aspectos relevantes que a visão da análise econômica exerce sobre a interpretação jurídica das políticas públicas de saúde, com vistas a enriquecer o debate sobre os gastos públicos, tendo como pano de fundo as conclusões dos relatórios elaborados pelo Banco Mundial sobre a (in)eficiência dos gastos públicos em saúde no Brasil e pelo Tribunal de Contas da União acerca da judicialização.

O artigo é inicialmente estruturado com uma abordagem sobre a interdisciplinaridade entre direito e economia, seguido de uma incursão sobre o movimento da análise econômica do direito, destacando-se a sua metodologia para a tomada de decisão. Na sequência, são desenvolvidas as principais ideias acerca do papel da eficiência na análise econômica, assim como da proteção dos direitos humanos e fundamentais nas políticas públicas de saúde. Por fim, discute-se a eficiência dos gastos com políticas públicas de saúde e sua judicialização no Brasil, a partir dos dados extraídos dos relatórios do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União.

## 2 NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E ECONOMIA: O DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

Em que pese a sua fundamental importância para a estruturação do Estado, a organização dos indivíduos e a convivência coletiva, o direito dá atualmente demonstrações de que a sua aplicação isolada não é capaz de solucionar todos os problemas de uma sociedade contemporânea, complexa e em contínuas transformações. Por isso, tem sido cada vez mais comum na academia observar o estudo do direito em um campo de interdisciplinaridade, dialogando com outras áreas do conhecimento, como ocorre, por exemplo, entre direito e psicanálise, direito e literatura, direito e criminologia, direito e filosofia ou direito e sociologia.

No campo interdisciplinar, merece ser enfatizada a relação entre direito e economia, norteadas pela aplicação dos conceitos e métodos econômicos ao estudo do direito. A análise da relação entre essas disciplinas não é recente, mas é de grande importância por diversos aspectos, notadamente pelo momento por que passa o país, com crise econômica, crise política, desorganização das contas públicas e precariedade na efetivação de direitos sociais.

Ao longo da história, houve momentos ou ondas de aproximação e de afastamento entre as áreas do direito e da economia. Schumpeter afirma que a origem comum das disciplinas remonta à ideia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval (Santo Tomás de Aquino) e pelos filósofos do direito natural do século XVII (Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel von Pufendorf e Christian Wolff).<sup>2</sup> Nesse contexto, verifica-se que o desenvolvimento científico da interação entre as disciplinas foi edificado em torno da ideia de ordem natural e de construções abstratas.

Mackaay salienta que precursores do movimento integrativo entre direito e economia também podem ser encontrados no utilitarismo do século XVIII, entre os quais David Hume, Cesare Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham. Tais pensadores, no entanto, apesar de realçarem a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais e de custos e benefícios, não apresentaram um entendimento sistemático do direito a partir do modelo de escolha racional.<sup>3</sup> Posner acrescenta que, especificamente em relação aos pensadores Smith<sup>4</sup> e Bentham<sup>5</sup>, o campo de estudo que remonta ao primeiro diz respeito à análise econômica das leis que regulam mercados explícitos ou, ainda, leis que regulam o sistema econômico no sentido convencional, enquanto que aquele originado com Bentham se refere à análise econômica das leis que regulam o comportamento não comercial (*non-market*) (acidentes, crimes, casamento, poluição, processo político etc.).<sup>6</sup>

Em um magnífico estudo, Mackaay demonstra que a denominada “primeira onda” das relações entre direito e economia está compreendida entre 1830 e 1930, coincidindo com o surgimento da escola histórica alemã, que defendia a utilização da história como instrumento analítico e de reconstrução teórica como novo paradigma. Nesse momento se destacam pensadores como Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Schmoller, Werner Sombart e Max Weber. Destacam-se, ainda, os economistas Karl Marx, Friedrich Engels, Carl Menger, Achille Loria, Augusto Grazziani e Arthur Pigou, assim como os

2 SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954, p. 111-118.

3 MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 67-69.

4 Adam Smith, a partir de sua obra clássica *The wealth of Nations* (traduzida para o português como “A Riqueza das Nações”), já defendia a liberdade de concorrência para a melhor alocação dos recursos, considerando que os preços seriam naturalmente fixados pelo mercado até um equilíbrio, livre de intervencionismo, o que veio a ser conhecido pela famosa expressão “mão invisível”.

5 Bentham, por sua vez, formulou a filosofia utilitarista a partir do “princípio da maior felicidade”. Concebia que a natureza humana estava sob o domínio dos conceitos de dor e prazer, relacionados aos estímulos que poderiam ter os homens, sustentando que estes tomam decisões visando a maximizar sua felicidade ou o seu prazer, diminuindo ou evitando a dor.

6 POSNER, Richard A. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. *University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 281-282.

juristas Rudolf Stammler e Victor Mataja. Esse período se encerra com os autores Thorstein Veblen, Richard Ely e John Commons, vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, e com os autores Karl Llewellyn, Robert Lee Hale e Oliver Wendell Holmes Jr., vinculados ao realismo jurídico norte-americano.<sup>7</sup>

Entre as décadas de 1940 e 1960 ocorre um afastamento nas relações entre direito e economia, possivelmente ocasionado pela metodologia da pesquisa científica na modernidade, após o que tem início a denominada “segunda onda”, de reaproximação das disciplinas, que corresponde ao movimento contemporâneo de direito e economia. Nessa fase, os trabalhos pioneiros são atribuídos a Ronald Coase e Guido Calabresi, além de Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demsetz, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi. Vale registrar que em tal período (1960-1970) há uma fase ou momento histórico de transição do paradigma moderno, que está em crise, para o paradigma pós-moderno, de abertura para as ciências sociais. Já na década de 1980 o movimento do direito e economia se amplia com as produções doutrinárias de pensadores como Steven Shavell, William Landes, Richard Posner, Guido Calabresi, Mitchell Polinsky e Robert Cooter.<sup>8</sup>

Até a década de 1970, aproximadamente, predominavam nos Estados Unidos movimentos como o realismo jurídico<sup>9</sup> e o utilitarismo<sup>10</sup>. Segundo Alvarez, como contraposição a essas visões predominantes à época, surgiram três novos movimentos – *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito e as teorias denominadas *Rights-based*. A AED propunha a análise do direito sob a perspectiva econômica, combinando o estudo interdisciplinar entre direito e economia. Já o movimento CLS procurava trabalhar o direito sob a perspectiva política, com a utilização de argumentos derivados da filosofia política e social. E as chamadas teorias *Rights-based* englobavam todas as contribuições derivadas das teorias da filosofia moral e política que tinham como referenciais uma sociedade justa.<sup>11</sup>

Ao longo do século XX, inicialmente nos Estados Unidos, houve a consolidação dos vínculos entre direito e economia, impulsionado pela análise do comportamento dos indivíduos. Nesse período, a análise econômica do direito deixa de focar apenas questões de ordem monetária para também abarcar questões relacionadas à teoria do comportamento humano a partir da norma, sem conteúdo monetário. A intenção era dotar o pensamento jurídico de um instrumento que permitisse explicar o comportamento dos indivíduos frente às normas, vislumbrando as suas consequências no tocante ao cumprimento ou não das obrigações legais. Vale lembrar aqui a definição clássica de Robbins, para quem a economia significa a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.<sup>12</sup>

7 MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). Encyclopedia of Law and Economics. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 69-71.

8 MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). Encyclopedia of Law and Economics. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 71-80.

9 O realismo jurídico compreendia o direito como realidade e disciplina autônoma, constituído de conceitos e princípios extraídos das decisões judiciais. Desse modo, pregava que o direito correspondia àquilo que era estabelecido pela Corte, no seu aspecto mais pragmático, em detrimento do formalismo.

10 O utilitarismo, por meio de um de seus maiores expoentes, Jeremy Bentham, baseava-se no princípio de que o ser humano tomava decisões visando à busca da felicidade, na medida em que procurava maximizar o seu prazer e diminuir a sua dor.

11 ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Revista Direito, Estado e Sociedade, v. 9, jul./dez. 2006, p. 49-50.

12 ROBBINS, Lionel. An essay on the nature and significance of economic science. London: MacMillan & Co. Limited, 1932, p. 15.

A relação interdisciplinar entre direito e economia pode parecer, num primeiro momento, contraditória ou conflitante. Essa percepção inicial é atribuída à diferença entre os métodos utilizados por essas disciplinas.<sup>13</sup> A natureza da análise econômica, segundo Posner, é muitas vezes incompreendida, já que alguns leitores são levados a rejeitar a aplicabilidade da economia ao sujeito de direitos por acreditar que economia se refere a dinheiro e mercados e que, quando aplicada a questões políticas e sociais, estas se reduzem a objetos de comércio. Adverte que essa visão é equivocada, ressaltando que a economia trata basicamente da gestão da escassez.<sup>14</sup>

O papel da economia em sua interação com o direito é contribuir para o planejamento dos gastos públicos, escolhendo prioridades de alocação de recursos e realização de despesas sociais, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento. Levar em conta as implicações econômicas da Administração Pública<sup>15</sup> e das decisões judiciais em sede de políticas públicas serve também para compreender a crise do Estado contemporâneo, da democracia, da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da “Constituição Simbólica”<sup>16</sup>. Por isso, a necessidade de explorar a metodologia da análise econômica do direito, a fim de melhor compreender a relação entre as disciplinas.

### 3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO METODOLOGIA PARA A TOMADA DE DECISÃO

No campo da análise econômica é possível identificar uma vertente que cuida da aplicação do instrumental metodológico da teoria econômica ao estudo do direito e outra que trata do estudo da relação entre o sistema jurídico e o sistema econômico. A primeira tem recebido o nome de Análise Econômica do Direito (AED)

13 Salama sintetiza com precisão essas diferenças metodológicas. Afirma que, enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é verbal e matemática; enquanto o procedimento da análise jurídica é hermenêutico, o procedimento da análise econômica é empírico; enquanto a aspiração do direito é a justiça, a aspiração da economia é a eficiência; enquanto a crítica jurídica se dá a partir da legalidade, a crítica econômica se dá a partir do custo. Nesse contexto, pode-se salientar que o jurista busca identificar o que está obrigado, permitido ou proibido, ou ainda o que é legal e ilegal, enquanto que o economista busca identificar o que é eficiente e ineficiente, a partir da análise do comportamento dos indivíduos em um ambiente de mercado ou de trocas (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 285). A diferença entre o método jurídico tradicional e o método econômico também pode ser visualizado sob os pontos de vista retrospectivo e prospectivo, conforme leciona Mathis. No direito, tende-se a avaliar um caso concreto que já ocorreu (visão retrospectiva), enquanto que na economia tende-se a avaliar o efeito ou a consequência da medida adotada no caso concreto (visão prospectiva). É a situação, por exemplo, da análise do efeito precedente da decisão jurídica sobre o futuro comportamento de todos os destinatários da decisão ou do efeito da criação da norma sobre os seus destinatários. Outro exemplo citado por Mathis é o da responsabilidade civil, em que o jurista está preocupado com a solução entre o lesante e o lesado, especialmente sobre a indenização reclamada por este em face de um incidente. Do ponto de vista econômico, a solução é enquadrada no impacto do julgamento sobre o comportamento futuro dos possíveis lesantes e lesados, ou seja, de que a decisão afetará o comportamento das partes envolvidas (MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (ed.). Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. University of Lucerne, Switzerland, 2012, p. 6. Disponível em: <[https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6\\_Mathis\\_Consequentialism\\_in\\_Law.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2018.

14 POSNER, Richard A. The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States. v. 32. n. 1. *Tulsa Law Journal*, 1996, p. 01-02.

15 Num contexto em que existe no pensamento jurídico nacional enorme influência dos princípios jurídicos em detrimento das regras, propiciando mais incerteza do que previsibilidade na aplicação das normas e na decisão jurídica, a análise interdisciplinar entre direito e economia auxilia na avaliação das consequências da tomada de decisão do ponto de vista prático. Nesse sentido, registre-se a Lei federal n. 13.655/2018, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), entre os quais: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...]; Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. [...]; Art. 22, § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...].

16 A expressão é de Marcelo Neves, ao se referir ao simbolismo constitucional que se manifesta quando o significado social e político do texto constitucional está exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica, ou seja, quando há uma discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica do diploma constitucional (NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2011, p. 1).

e a segunda tem sido denominada Direito e Economia (*Law and Economics*). Conforme leciona Araújo, há quem entenda que a expressão “Análise Econômica do Direito” seria mais sugestiva de um ascendente teórico da ciência econômica, enquanto que a expressão “*Law and Economics*” seria mais uma paridade entre os dois domínios.<sup>17</sup> Porém, destaca que as expressões são geralmente utilizadas como sinônimas, razão pela qual aqui também não se fará distinção, considerando-se apenas a expressão “Análise Econômica do Direito”, como uma disciplina que envolve naturalmente os campos do direito e da economia.

Mercurio e Medema definem AED como sendo a aplicação da teoria econômica - principalmente microeconomia e conceitos básicos de economia do bem-estar - para o exame da formação, da estrutura, dos processos e do impacto econômico do direito e das instituições jurídicas.<sup>18</sup> Posner, por sua vez, conceitua a disciplina como a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico.<sup>19</sup>

Dois abordagens são consideradas quando do estudo dos objetivos da AED – positiva e normativa. A abordagem *positiva*, também denominada descritiva ou explicativa, procura descrever como o direito é, analisando os efeitos ou as consequências das normas no mundo real dos fatos, do ponto de vista econômico. Está ligada à escola de Chicago, particularmente às contribuições de Ronald Coase e Richard Posner. Já a abordagem *normativa* ou prescritiva procura explicar como o direito deve ser, como os conceitos de justiça, eficiência e maximização de riqueza se comunicam, e está mais diretamente ligada às escolas de Yale e de Harvard, em especial aos trabalhos de Guido Calabresi e Steven Shavell.<sup>20</sup>

Desse modo, considerando que os indivíduos ponderam custos e benefícios, respondem a incentivos e são maximizadores racionais de suas satisfações ao fazerem escolhas, quando procuram identificar, por meio da análise econômica, quais os efeitos das leis com o fim de alcançar determinados resultados considerados desejáveis, fala-se da abordagem *positiva* (descritiva) da teoria. Estuda a eficiência da regra jurídica assim como ela é na realidade social, sem visar a objetivos de intervenção regulatória. Trata-se apenas da previsão das consequências das normas jurídicas, projetando o comportamento dos agentes perante a lei. Nesse caso, não está em jogo a formulação de qualquer tipo de norma ou política pública.<sup>21</sup> Tomando-se, como exemplo, o fato de como as pessoas reagiriam após a entrada em vigor de uma determinada lei, poder-se-ia analisar como os motoristas reagiriam após a entrada em vigor de uma penalidade mais severa para o homicídio culposo cometido no trânsito sob o efeito de álcool.<sup>22</sup>

Já quando se pretende especificar os objetivos desejáveis, emitindo um juízo de valor para escolher quais são os melhores ou socialmente desejáveis, fala-se da abordagem *normativa* (prescritiva). Nesta, são elaboradas eventuais correções nas regras existentes que geraram resultados ineficientes. É mais

17 ARAÚJO, Fernando. Análise econômica do direito: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10, nota de rodapé n. 18.

18 MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 01.

19 POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975, p. 759.

20 POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 284-285.

21 Ainda acerca da aplicação dos conceitos de microeconomia ao direito no campo da AED positiva, Cooter distingue três versões de argumentação: reducionista, explicativa e preditiva. A argumentação reducionista (minoritária, radical) entende que o direito pode ser reduzido à economia, de modo que categorias jurídicas (direitos, deveres, negligência etc.) podem ser substituídas por categorias econômicas. A argumentação explicativa defende que a economia pode explicar a estrutura das normas jurídicas a partir da maximização das preferências individuais em um ambiente de escassez. E a argumentação preditiva diz respeito à ideia de que a economia pode auxiliar na previsão das consequências ou dos efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos indivíduos (COOTER, Robert. *Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and review of the major books*. *UCLA Law Review* 1260, v. 29, 1981, p. 1265-1266).

22 É o caso, por exemplo, de vislumbrar os efeitos da Lei n. 13.546/2017, que modificou o Código de Trânsito (Lei n. 9.503/1997), ampliando as penas mínimas e máximas para o condutor de veículo automotor que provocar, sob efeito de álcool e outras drogas, acidentes de trânsito que resultarem em homicídio culposo ou lesão corporal grave ou gravíssima. Antes, a pena de prisão para o motorista que cometesse homicídio culposo no trânsito estando sob efeito de álcool ou outras drogas psicoativas variava de 2 a 5 anos. Com a mudança, a pena aumentou para entre 5 e 8 anos de prisão.

abrangente que a anterior, tendo por escopo formular sugestões de normas com base nos efeitos econômicos analisados. O critério valorativo na escolha dos objetivos desejáveis utilizado pela escola tradicional da AED é a *eficiência*. Logo, sob o aspecto normativo, são consideradas noções de justiça juntamente com de eficiência, maximização de riqueza e de bem-estar, a guiar políticas públicas. Cita-se, como exemplo, o objetivo de desestimular o uso de veículos particulares nas cidades, em favor do transporte coletivo, de maneira que o aspecto normativo se sobressai com a busca para encontrar a melhor forma de a norma jurídica atingir o resultado pretendido (redução do congestionamento de trânsito, menos poluição, melhoria na qualidade do meio ambiente, entre outros).

À análise econômica do direito são atribuídas diversas características. Spector ressalta três, como principais: (i) proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si; (ii) constitui premissa fundamental do modelo o fato de que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais, com base numa ordem coerente de preferências transitivas; e (iii) assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas.<sup>23</sup>

A metodologia econômica adota essencialmente a racionalidade individual para demonstrar que, antes de tomarem uma decisão, os agentes avaliam os custos e os benefícios das alternativas possíveis, sejam econômicas ou sociais, a partir das informações que obtiveram. Tal avaliação é de cunho probabilístico ou consequencialista porque considera as consequências (e não as causas) que levaram à tomada da decisão. Daí a noção de que o pressuposto econômico parte da ideia de que os indivíduos são maximizadores racionais e de que a lei constitui um meio para alterar os preços associados a ações individuais alternativas.

É bem verdade que a racionalidade individual, considerada para a tomada de decisão, apresenta algumas variações, em decorrência das experiências de cada indivíduo, do contexto envolvido, assim como outros aspectos.<sup>24</sup> De qualquer sorte, o que sobreleva é a utilidade ou o bem-estar que o agente obterá com a escolha da decisão. Essa escolha é identificada com a eficiência, que sob a perspectiva econômica pode muito contribuir para o bem-estar social.

A interferência do Estado por meio da legislação ou do Poder Judiciário, estabelecendo comportamentos desejáveis e sanções para o descumprimento de suas determinações, traz consequências tanto para o campo social quanto econômico. O impacto econômico das ações dos operadores do direito, não apenas na Administração Pública, mas, especialmente dos que decidem no âmbito do Poder Judiciário, tem sido cada vez mais estudado, com vistas a tornar as decisões mais seguras, estáveis e justas. A busca pela segurança jurídica e pela justiça não é algo novo, pois remonta à própria história do direito. Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivi-

---

23 SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 243.

24 Veja-se, por exemplo, as pesquisas do ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2017, Richard H. Thaler, no sentido de que, no mundo real, os seres humanos nem sempre são tão racionais em suas escolhas, já que traços de personalidade dos indivíduos, como racionalidade limitada, preferências sociais e falta de autocontrole, afetam tanto decisões pessoais quanto do mercado como um todo (FRAGA, Érica. Estudo do comportamento na tomada de decisões rende Nobel de Economia. Mercado. Folha de S. Paulo. 09 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1925486-estudo-do-comportamento-na-tomada-de-decisoes-rende-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2018).

duos, a fim de atingir os objetivos das políticas públicas, entre os quais a distribuição, a efetividade e a eficiência. Nesse cenário, a análise econômica do direito constitui uma metodologia importante para a tomada de decisão que não deve ser desprezada, mas que também exige um pouco de conhecimento acerca da diversidade de escolas ou pensamentos contidos no movimento.<sup>25</sup>

## 4 O PAPEL DA EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No plano jurídico, observa-se que o termo “eficiência” foi acrescido pelo Poder Constituinte Derivado Reformador ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal, quando da edição da Emenda Constitucional n. 19/98, consagrando-o como princípio constitucional, a ser observado não apenas pela Administração Pública, como também pelo Poder Judiciário, na fundamentação de suas decisões. Dada a sua previsão no âmbito das disposições sobre a Administração Pública, o conceito de eficiência<sup>26</sup> foi mais difundido no direito administrativo, sobressaindo-se definições genéricas relacionadas à adequação entre meios e fins a serem alcançados pela Administração Pública, à realização dos fins segundo o menor custo e à redução de desperdícios mediante a prestação de serviços com presteza, perfeição e maior rendimento.

25 O movimento da Análise Econômica do Direito não apresenta uma uniformidade de pensamentos, porquanto agrupa diversas tendências ou escolas, entre as quais podem ser salientadas a escola Tradicional ou de Chicago, a Institucionalista, a Neo-Institucionalista, a Public Choice e a escola de New Haven. A escola de Chicago é considerada a escola originária e que tem como principal expoente o jurista Richard Posner. Identificada como ortodoxa, mais radical ou conservadora, aplica a microeconomia na criação e interpretação do direito, por meio da teoria dos preços neoclássica. A preocupação central dessa escola é de que o sistema jurídico deve ser interpretado com vistas a promover a eficiência econômica. Para essa corrente, portanto, eficiência e cálculo econômico devem ser os critérios utilizados para avaliar as decisões judiciais e as instituições jurídicas, por serem impessoais e sujeitos à comprovação, mais adequado a dirimir aqueles casos essencialmente politizados ou carregados de emoções. A escola Institucionalista tem como enfoque a importância das instituições no funcionamento da economia, ao mesmo tempo em que rechaça a ênfase no individualismo metodológico da teoria ortodoxa. Assim, procura ir além da simples aplicação da teoria microeconômica ao direito, analisando as relações existentes entre o sistema jurídico e o sistema econômico, a fim de identificar como o sistema jurídico afeta e é afetado pelo comportamento dos agentes econômicos e pelo desenvolvimento. A escola Neo-Institucionalista ou Nova Economia Institucional leva em consideração a premissa de que as instituições são fundamentais na estrutura econômica e no desenvolvimento da sociedade. Sustenta que a visão neoclássica é insuficiente para explicar a ineficiência econômica das instituições. Por sua vez, a escola de Yale ou de New Haven dedica seus estudos à análise da regulação por parte do Estado, sob a perspectiva das políticas públicas e da escolha social (social choice). Essa escola tem origem nos estudos de Guido Calabresi, ao examinar, sob a óptica da teoria econômica, a distribuição do risco como critério de imputação de responsabilidade, isto é, analisa a relação entre as regras de responsabilidade (liability rules) e a distribuição das perdas. Sustenta a necessidade de distinguir as noções de distribuição e de justiça da noção de eficiência, desafiando a ideia defendida pela escola ortodoxa ou de Chicago, no sentido de que a eficiência seja o principal ou único valor para compensar perdas por danos. Além disso, a escola de New Haven dá maior ênfase às leis e aos regulamentos, e menos às decisões judiciais, o que exige maior conhecimento das instituições oficiais e das ferramentas de avaliação das políticas públicas, bem assim do comportamento do governo como ator racional. Já a escola da Public Choice ou teoria da escolha pública realiza uma abordagem econômica da política e do direito público. Em síntese, essa escola toma as ferramentas e os métodos de abordagem que foram desenvolvidos para níveis analíticos bastante sofisticados na teoria econômica e aplica essas ferramentas e métodos ao setor político ou governamental, à política e à economia pública. Tal como acontece com a teoria econômica, a análise feita pela citada escola tenta relacionar o comportamento dos atores individuais no setor governamental, ou seja, o comportamento das pessoas em suas diversas capacidades como eleitores, como candidatos a cargos, como representantes eleitos, como líderes ou membros de partidos políticos, como burocratas - todos esses são papéis de “escolha pública” - e o conjunto de resultados que podem ser observados. Portanto, a teoria da escolha pública tenta oferecer uma compreensão, uma explicação, das interações institucionais complexas que ocorrem dentro do setor político. Não obstante a diversidade de escolas de pensamento, todas cuidam da aplicação de pressupostos econômicos ao direito, com vistas a fornecer um instrumento científico para a análise do comportamento dos indivíduos diante de recursos escassos.

26 Não constitui objeto deste trabalho enveredar pela evolução conceitual de eficiência entre os doutrinadores no Brasil, mas ampliar os horizontes das posições predominantes no direito com a visão econômica. Para um estudo minucioso acerca da evolução conceitual e jurisprudencial do princípio constitucional da eficiência, remete-se o leitor ao artigo de Rosângela Tremel. Cf. TREMEL, Rosângela. Princípio constitucional da eficiência: evolução do conceito e sua concretização na justiça trabalhista brasileira. *Unisul De Fato e De Direito*. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. v. 9, n. 16, jan./jul. 2018, p. 101-122.

to funcional.<sup>27</sup> No entanto, parece haver um raciocínio superficial e circular nos conceitos de eficiência formulados na seara administrativista, o que remete à necessidade de agregar o conhecimento interdisciplinar com a economia.

Cabe registrar que o conceito de eficiência entre os economistas também não é uniforme. Coleman aponta, como noções relevantes, a eficiência alocativa de Coase, a optimalidade de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks e, ainda, a maximização de riqueza de Posner. A eficiência alocativa de Coase pode ser resumida no sentido de que o máximo uso produtivo dos recursos não depende da atribuição inicial dos direitos. A atribuição inicial é apenas o ponto de partida a partir do qual as negociações começam, de maneira que o ponto em que as negociações cessam representa a alocação eficiente de recursos.<sup>28</sup> É dessa forma que, em *The Problem of Social Cost*<sup>29</sup>, Coase afirma que, em condições de racionalidade, conhecimento substancial e custos de transações zero, os resultados dos negócios serão eficientes. Porém, o teorema de Coase é válido apenas quando os custos de transação são suficientemente insignificantes para permitir que o mercado funcione como resultado eficiente no processo de ganho mútuo através do comércio. Onde os custos de transação são altos, criam falhas de mercado ou externalidades<sup>30</sup>, a atribuição inicial de direitos faz a diferença do ponto de vista da eficiência.<sup>31</sup>

Em relação à optimalidade de Pareto, os recursos são alocados de uma forma Pareto-ótimo se, e somente se, qualquer realocação adicional deles puder melhorar o bem-estar de uma pessoa apenas em detrimento de outra.<sup>32</sup> Portanto, o modelo teórico de Pareto concebe uma situação como eficiente quando não for possível melhorar a posição de uma das partes sem piorar a de outra.<sup>33</sup>

Por outro lado, uma redistribuição de recursos é considerada Kaldor-Hicks eficiente se, sob a redistribuição, os vencedores ganham o suficiente para que possam compensar os perdedores. A noção de eficiência de Kaldor-Hicks não exige que os vencedores realmente compensem os perdedores. A falta

27 Para Diogenes Gasparini, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atualizado por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência é uma faceta do princípio da boa administração, significando desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, oportuno e adequado aos fins a serem alcançados (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122-123). De acordo com Carvalho Filho, o princípio da eficiência é a procura de produtividade e economicidade, com a redução dos desperdícios de dinheiro público, por meio da execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-33). Para Di Pietro, o princípio da eficiência está relacionado ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições a fim de lograr os melhores resultados, bem como ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83-85). Marçal Justen Filho, por sua vez, destaca que o princípio da eficiência tem relação com a vedação do desperdício ou da má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas, de modo que é necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-206).

28 COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 225.

29 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economic*. V. 3, 1960.

30 O problema de eficiência no que concerne a Coase surge da existência de externalidades ou efeitos externos, consistentes em subprodutos de uma atividade que influenciam a produção de outros bens ou o bem-estar (ou utilidade) de outros indivíduos. Os efeitos externos podem ser benéficos (externalidades positivas) ou prejudiciais (externalidades negativas) e internalizar uma externalidade significa eliminar a ineficiência na produção ou troca que ela gera. (COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 231-232).

31 Coleman cita três abordagens para o problema de controlar externalidades quando os mercados são inadequados para a tarefa: impostos ou subsídios, regras de propriedade e regras de responsabilidade. Cada abordagem envolve algum tipo de intervenção no mercado por uma autoridade central (pública), diferindo apenas em relação aos instrumentos empregados para proteger o direito.

32 COLEMAN, Jules L. Efficiency, utility, and wealth maximization. *Faculty Scholarship series. Paper 4202*, 1980, p. 512-513.

33 Exemplo: "A" compra de "B" uma coleção de selos por \$ 950. Se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para "A" da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$ 950, e que a utilidade de \$ 950 é maior para "B" do que a coleção de selos. Assim, desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros, a venda é uma melhora no sentido de Pareto.

de exigência de compensação pode ter o efeito de produzir perdedores.<sup>34</sup> Esse modelo surgiu com a intenção de melhorar o critério de Pareto, baseando-se na premissa de que uma situação será eficiente quando, ainda que uma das partes envolvidas tenha a sua situação piorada, haja a possibilidade de compensá-la. Portanto, por esse critério o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, ainda que efetivamente não o façam.<sup>35</sup>

No tocante à ideia de eficiência em Posner, é necessário levar em conta as diversas fases (ascensão, apogeu e queda) por que passou o pensamento do autor acerca do assunto. Salama destaca com maestria a ascensão da eficiência como método analítico, o seu apogeu como critério ético e a sua queda como eficiência subordinada ao pragmatismo.

A eficiência como método analítico (fase de ascensão) corresponde à fase que vai desde meados dos anos 1960 até fins da década de 1970. A ideia de eficiência se identifica com a eficiência econômica, ou seja, com a maximização da riqueza medida em padrões monetários. O contexto é de que as pessoas se utilizam de um cálculo racional tanto nos “mercados explícitos” quanto nos “mercados implícitos”. Assim, conforme exemplifica Salama, se o preço dos tomates aumenta, o consumidor tenderá a comprar menos tomates ou os substituirá por outro tipo de alimento. O mesmo raciocínio analítico valeria para a prática de crimes, o ajuizamento de ações, a realização de acordos etc. A utilização da racionalidade como premissa instrumental não significa necessariamente que haja um cálculo consciente de custos e benefícios, mas apenas um comportamento previsível.<sup>36</sup>

A eficiência como critério ético (fase de apogeu) surge a partir de meados da década de 1970, quando Posner formula uma síntese normativa entre justiça e eficiência. A obra emblemática é *The Economics of Justice*<sup>37</sup>, de 1981. Para Salama, essa fase pode ser vista como uma releitura das teorias contratualistas clássicas (Hobbes, Locke e Rousseau), em que Posner aplica suas teorias morais (*moral theory*) a questões jurídicas. Posner utiliza a expressão “teoria moral”, em vez de “teoria de justiça”, definindo que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justos deve ser a maximização de riqueza da sociedade. Desse modo, as regras jurídicas e as interpretações do direito que promovam a maximização de riqueza são consideradas justas. Posner não distingue as expressões “maximização de riqueza” e “eficiência” e situa sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano.<sup>38</sup>

34 COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 237-242.

35 Bruno Salama ilustra o sentido do critério de Kaldor-Hicks com um exemplo ocorrido na cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores” (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311).

36 SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288-293.

37 Obra traduzida para o português: POSNER, Richard A. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

38 Do utilitarismo, Posner mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça, bem como a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Por outro lado, rechaça o critério de felicidade, elemento fundamental do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da deontologia kantiana, Posner mantém parte dos conceitos de autonomia e consenso, porém, rechaça o “fanatismo” kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 293-313).

A eficiência subordinada ao pragmatismo (fase de queda) é resultado das inúmeras críticas que sofrera em relação à ideia da maximização de riqueza como fundamentação ética do direito.<sup>39</sup> Na década de 1990, com a publicação da obra *The Problems of Jurisprudence*<sup>40</sup>, Posner revê sua posição e abandona a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito, passando a sustentar o pragmatismo jurídico. Trata-se, segundo Salama, da formulação e aplicação do direito sem fundações filosóficas, sopesando-se as possíveis consequências das diversas interpretações que o texto permite. Essa fase marca o retorno à tradição jurídica americana por excelência – o pragmatismo.<sup>41</sup>

Seguramente, a principal crítica à análise econômica do direito tem sido a utilização do critério de eficiência na teoria do direito. No entanto, é preciso estar atento às diversas concepções e escolas a que se vincula a noção de eficiência, para que se possa compreender melhor que esse critério pode ser bastante útil como instrumental para auxiliar na elaboração de normas e formulação de decisões judiciais ou administrativas mais eficientes e justas, assim como nas situações envolvendo gastos públicos, a exemplo das políticas públicas de saúde, conforme se verá mais adiante.

## 5 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Retrocedendo-se 70 anos no tempo, em 10 de dezembro de 1948, um documento proclamado na Assembleia Geral das Nações Unidas marcava a história dos direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Apesar de ter servido de inspiração para diversas constituições e estados democráticos, a declaração ainda não só não atingiu sua plena concretização no plano mundial, como dá demonstrações de retrocesso em diversas partes do globo. Esse é o caso do Brasil, que passa por um momento de crises política e econômica (e, talvez, ainda crise moral) com graves violações dos direitos humanos e fundamentais.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e das atrocidades vivenciadas naquele momento histórico, houve uma luta pela proteção dos direitos humanos, construída a partir da dignidade da pessoa humana, que inspirou a humanidade a postular um padrão mínimo necessário para a sobrevivência dos povos e das nações. Portanto, no cenário internacional, como afirma Piovesan, a dignidade humana passou a constituir o valor maior que inspirou a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, acenando à universalidade e à indivisibilidade dos direitos humanos, representando “o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”.<sup>42</sup>

No tocante à sua trajetória rumo ao direito, Barroso afirma que a dignidade se beneficiou da cultura jurídica pós-positivista, identificada com a reaproximação entre o direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais. Sustenta que se trata de um valor fundamental convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema, servindo tanto como justifica-

39 Dentre as críticas, podem ser destacadas as de: COLEMAN, Jules. *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice"*. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, 1982, p. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. *Is Wealth a Value?* *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 191-226; KRONMAN, Anthony T. *Wealth Maximization as a Normative Principle*. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 227-242; e MICHELMAN, Frank I. *A Comment on Some Uses and Abuses of Economics in Law*. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 307-315.

40 Obra traduzida para o português: POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

41 SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I)*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313-319.

42 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

ção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Há que se registrar que direitos humanos e direitos fundamentais apresentam uma marcada distinção. Por uma questão terminológica, adota-se aqui o entendimento de Sarlet, para quem os “direitos fundamentais” são considerados aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente, enquanto os denominados “direitos humanos” constituem posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.<sup>44</sup>

Prestes a completar 30 anos e inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 é considerada o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, por demarcar a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, situando-se, na expressão de Piovesan, como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.<sup>45</sup> Daí se conceber que na Constituição estão institucionalizados os direitos humanos, na forma de direitos fundamentais, sociais e econômicos, a serem prestados e garantidos por meio de políticas públicas.

Como instrumentos colocados à disposição do Estado para a concretização de direitos humanos fundamentais abrigados na Constituição, as políticas públicas têm sido objeto de intenso debate na sociedade, dada a insuficiente capacidade governamental de converter recursos públicos em satisfação das necessidades básicas individuais e sociais. Entre os direitos fundamentais abrigados pelas políticas públicas - e que interessa ao presente trabalho - está o direito à saúde, positivado no art. 6º da Constituição Federal e concebido como direito de todos e dever do Estado no seu art. 196. Trata-se de comando que obriga os entes federados a proteger a saúde de forma sistemática, nos termos do art. 198, em torno do conhecido Sistema Único de Saúde (SUS), constituído de uma rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços de saúde, com direção única em cada esfera de governo e estrutura descentralizada para atendimento integral.<sup>46</sup>

---

43 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=83932>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

45 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*, Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

46 A proteção à saúde encerra alguns princípios norteadores, como o da universalidade, que prevê o acesso a todos, o da equidade, que estabelece o acesso em condições iguais, o da integralidade, que exige atendimento e acompanhamento, clínico e de gastos, ao longo do tratamento, e o da descentralização entre a União, os Estados e os Municípios.

A norma infraconstitucional que contém as diretrizes a serem seguidas pela União, pelos Estados e Municípios é a Lei federal n. 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde.<sup>47</sup> Cabe destacar que é bastante extenso o espectro normativo infraconstitucional e legal (decretos, portarias, resoluções)<sup>48</sup> que trata da política pública de saúde no país. São regulamentações fragmentadas, que sofrem constantes alterações e, às vezes, de difícil compreensão, podendo prejudicar a interação governamental, ou institucional, e com o jurisdicionado. Deve-se ter em conta, ainda, que o papel da Administração Pública em formular e executar políticas públicas de saúde vai além da mera conformidade com os dispositivos constitucionais e legais, na medida em que suas ações estão em uma realidade que envolve questões de natureza política, orçamentária, científica, tecnológica, ética e econômica, apenas para citar algumas.

Não obstante a Constituição tenha dado ao Poder Executivo o papel de concretização do direito à saúde por meio de “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”, observa-se que a extensa e complexa malha de assistência positivada não veio acompanhada da infraestrutura necessária para a prestação dos serviços públicos, notadamente em um cenário de desigualdade social, crises econômica e política, situação que repercute, até hoje, na baixa concretização do direito social em comento. Com isso, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais demandado para obrigar os entes federados a satisfazerem o direito à saúde, situação conhecida como “judicialização da saúde”.<sup>49</sup> Nesse cenário, geralmente há um confronto entre a necessidade de cumprimento do direito fundamental, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do ente federado, de outro<sup>50</sup>, expondo o custo dos direitos sociais<sup>51</sup> e os dispêndios de recursos públicos de forma ineficiente.<sup>52</sup> Na

47 O Decreto n. 7.508/2011 também dispõe sobre a matéria, assegurando que o acesso universal e equitativo às ações e aos serviços de saúde deve observância ao planejamento integrado, à avaliação da gravidade do risco individual e coletivo, ao critério cronológico, às particularidades das pessoas que gozam de proteção especial e à orientação dos fluxos das ações e dos serviços de saúde (arts. 11 e 13), entre outros.

48 Além da Constituição Federal de 1988 (arts. 6º e 196 e ss), da Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), da Lei n. 8.142/90 (Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde), da Lei n. 12.401/2011 (Altera a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS), do Decreto n. 7.508/2011 (Regulamenta a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa) e do Decreto n. 7.646/2011 (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 SUS), existe a Portaria n. 3.916/98 (Aprova a Política Nacional de Medicamentos), a Resolução CNS n. 338/2004 (Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica), a Portaria GM/MS n. 399/2006 (Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do referido Pacto), a Portaria GM/MS n. 204/2007 (Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento – componentes Básico, Estratégico e Especializado –, com o respectivo monitoramento e controle), a Resolução da Comissão Intergestores Tripartite n. 1/2012 (Diretrizes Nacionais da Renome no âmbito do SUS), a Portaria GM/MS n. 1.554/2013 (Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS), a Portaria GM/MS n. 1.555/2013 (Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS) e a Portaria GM/MS n. 1/2015 (Rename 2014), sem contar as normas expedidas pelas Secretarias Estaduais, Secretarias Municipais e outras relacionadas com políticas públicas localizadas.

49 A judicialização se refere à massificação de demandas e de conflitos perante o Judiciário.

50 Essa situação remete ao debate corrente entre a satisfação do mínimo existencial e a reserva do possível. O “mínimo existencial” diz respeito ao fato de se assegurar as condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto a expressão “reserva do possível” se relaciona à ideia de que a efetividade dos direitos sociais está na dependência das capacidades financeiras do Estado (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29).

51 Holmes e Sunstein levantaram a discussão sobre o custo dos direitos arguindo que a eficácia dos direitos depende dos impostos. Os autores sustentam a tese de que o direito custa dinheiro (rights cost money), na medida em que não pode ser protegido ou obrigado sem suporte econômico ou financiamento público (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 13 e 35).

52 Em 24/11/2017, por exemplo, o STF noticiou em sua página eletrônica a manutenção de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinava à Fundação Municipal de Saúde de Niterói (RJ) que fornecesse o remédio “canaquinumabe” a uma portadora da Deficiência de Mevalonato Quinase. Naquela oportunidade, o Município de Niterói alegou que o medicamento não era autorizado pela ANVISA para o tratamento da doença que a paciente possuía e que custava R\$ 612 mil por ano, o correspondente a 4,1% da rubrica orçamentária destinada à aquisição de medicamentos para a população como um todo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mantida decisão que determina fornecimento de remédio a paciente com doença rara. Notícias STF, 24 de novembro de 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752)>. Acesso em: 15 fev. 2018).

aproximação entre direito e economia, percebe-se com mais clareza que os direitos têm custos, que os recursos são escassos, que as ações geram reações ou consequências, que as normas também produzem externalidades, que o êxito na judicialização incentiva novas demandas, assim como políticas públicas de saúde mal geridas provocam distorções no sistema. Para uma ideia mais concreta acerca dos custos desses direitos e a necessidade de eficiência, aborda-se a seguir o impacto dos gastos das políticas de saúde e sua judicialização.

## 6 O IMPACTO DOS GASTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E DE SUA JUDICIALIZAÇÃO: O RETRATO DA INEFICIÊNCIA NOS DADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO BANCO MUNDIAL

Os gastos públicos em saúde envolvendo a concessão de medicamentos são atualmente preocupantes, na medida em que crescem de forma vertiginosa. Um exemplo pode ser visto no caso da concessão de medicamentos pelo governo federal por determinação judicial. Em 2010, o gasto foi de R\$ 122 milhões; em 2011, de R\$ 230 milhões; em 2012, de R\$ 367 milhões; em 2013, de R\$ 549 milhões; em 2014, de R\$ 839 milhões; em 2015, de R\$ 1,1 bilhão e, em 2016, de R\$ 1,6 bilhão. Um crescimento em 2016, comparado com 2010, de mais de 1.233%.<sup>53</sup> As despesas com determinações judiciais de atendimento à saúde envolvendo a União, os Estados e os Municípios foi de, aproximadamente, R\$ 7 bilhões, somente no ano de 2017.<sup>54</sup> Tal situação remete, inevitavelmente, à conclusão de ineficiência da prestação da saúde pública no país.

A gravidade do problema pode ser verificada mais detalhadamente nas conclusões da auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no período de 26/10/2015 a 29/01/2016, que teve por objetivo identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde em âmbito nacional<sup>55</sup>, a fim de buscar meios de mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde.<sup>56</sup>

Os dados coletados de 9 Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais evidenciaram uma tendência de crescimento dos processos relacionados à saúde pública entre 2013 e 2014, com uma maior concentração na Justiça Estadual. Nos processos analisados, a maior parte tratava do fornecimento de medicamentos e de tratamento médico-hospitalar, assim como se observou a predominância da litigância individual, mediante atuação da advocacia privada e da defensoria pública.

Em relação ao Ministério da Saúde, verificou-se que o número de ações judiciais federais era crescente e sua proporção por habitante era maior em Estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste. A média nacional de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde por 100 mil habitantes dobrou de 3, em 2010, para 6, em 2014. Outra constatação foi de que os Estados com maior índice de ações federais por habitante possuíam Municípios com maior Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), indicando uma ausência de relação causal entre judicialização da saúde e subdesenvolvimento em saúde.

53 COLLUCCI, Cláudia. SP cede à União "detector" de fraude em ações por medicamentos. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1903086-sp-cede-a-uniao-detector-de-fraude-em-acoes-por-medicamentos.shtml>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

55 A partir da disponibilidade de suas unidades regionais, o TCU selecionou Estados e Municípios para a avaliação, tendo como critério a capital de cada Estado e um outro Município, situado fora da região metropolitana da capital, com uma das seguintes características: histórico de alta judicialização da saúde e/ou maior população. Dentre os Municípios, foram pesquisados: Belo Horizonte/MG, Divinópolis/MG, Florianópolis/SC, Joinville/SC, Cuiabá/MT, Sinop/MT, Natal/RN, Mossoró/RN, Rio de Janeiro/RJ, Araruama/RJ, São Paulo/SP, São José do Rio Preto/SP, Porto Alegre/RS, Santa Maria/RS, Curitiba/PR, Londrina/PR e Santana/AP.

56 A fiscalização objeto da auditoria culminou com a Decisão n. 1787/2017, proferida em 16/08/2017 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1787/2017 - Plenário. Rel.: Min. Bruno Dantas. Data julg.: 16.08.2017).

Os auditores do TCU verificaram que os valores gastos pelo Ministério da Saúde no cumprimento das decisões judiciais nessa área aumentaram mais de 14 vezes nos últimos 8 anos. Em 2015 foram gastos mais de R\$ 1 bilhão, sendo que, em 2008, esses valores eram de aproximadamente R\$ 70 milhões. Ainda assim, os auditores consideraram que tais valores estavam subestimados, pois se referiam ao cumprimento de decisões judiciais quando era necessária a aquisição de medicamentos e insumos, já que havia outros tipos de gastos, como, por exemplo, depósitos em contas judiciais, pagamento direto a beneficiários e fretes, além da retirada de um medicamento de um programa já existente, no caso de a demanda judicial tratar de uma terapêutica pertencente ao SUS.

A maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde se referia a itens não incorporados ao SUS. Durante o período de 2010 a 2015, o Ministério da Saúde despendeu mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente. Desse valor, a maioria (54% ou R\$ 1,9 bilhão) foi gasto com a compra de apenas 3 medicamentos: Elapraxe® (idursulfase), Naglazyme® (galsulfase) e Soliris® (eculizumabe)<sup>57</sup>. Em 2014, quando o Soliris® e o Naglazyme® representavam 55% do total gasto pelo Ministério com o cumprimento de ordens judiciais, o custo médio anual por paciente atendido com esses medicamentos era de mais de R\$ 1 milhão. Foi destacado também que, até o momento da auditoria, o Soliris® não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Quanto aos gastos das Secretarias Estaduais de Saúde com a judicialização, os dados indicaram que, juntas, elas despendiam muito mais recursos do que o Ministério da Saúde. Somente as Secretarias de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo gastaram, nos anos de 2013 e 2014, mais de R\$ 734 milhões e R\$ 772 milhões, respectivamente. Já o Ministério da Saúde gastou, no mesmo período, cerca de R\$ 435 milhões e R\$ 698 milhões, respectivamente.

No tocante ao tipo de gasto com a judicialização da saúde, os dados dos anos de 2013 e 2014 das Secretarias Estaduais de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo indicaram que os medicamentos representavam mais de 80% do valor despendido com a judicialização. Em Santa Catarina e São Paulo, os medicamentos que não pertenciam às relações do SUS representavam mais de 50% do total gasto com medicamentos judicializados em 2013. Esse índice foi superior a 65% em 2014. Ainda a respeito desse tipo de gasto, foi observado que dos 19 medicamentos responsáveis pelos maiores gastos (em termos percentuais) nesses Estados para o referido período, 10 eram medicamentos não incorporados ao SUS, sendo que 3 deles já haviam tido a sua análise de incorporação ao SUS indeferida pela CONITEC.

No Estado de São Paulo, os medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica e os oncológicos tiveram importante participação nos gastos com judicialização (35,94% e 24,09%, nos anos de 2013 e 2014, respectivamente). No Distrito Federal, segundo os dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), relativos aos processos de primeira instância autuados em 2013 e 2014, 32% deles diziam respeito a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI). A Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) reportou, durante a fiscalização, que 55% das ações judiciais referentes ao período de 2010 a 2014 diziam respeito a UTI.

Nesse contexto de judicialização apontada pelo Tribunal de Contas da União também cabe acrescentar as ocorrências de fraudes, as quais ajudam a impulsionar os gastos com saúde. Citem-se, como exemplos, a fraude identificada pela polícia na operação "Garra Rufa", em que se descobriu que o Estado de São Paulo foi compelido judicialmente a fornecer medicamentos para pacientes que não eram portadores da doença ou para aqueles em que o grau da doença não justificava o uso da medicação, bem como outra fraude em que a maioria dos pacientes desconhecia que era parte na ação judicial contra o Estado e muitos nem sequer possuíam a doença.<sup>58</sup>

57 O Elapraxe é utilizado no tratamento da mucopolissacaridose tipo 2, enquanto o Naglazyme é usado para a mucopolissacaridose tipo 6 e o Soliris para o tratamento da síndrome hemolítico-urêmica.

58 PINHO, Angela. Governo vê uso de brasileiro como cobaia por laboratório estrangeiro. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 11 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909010-governo-ve-uso-de-brasileiro-como-cobaia-por-laboratorio-estrangeiro.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Constata-se que os gastos públicos ineficientes não se limitam à judicialização da saúde, mas também à própria execução das políticas públicas. O exemplo está no relatório do Banco Mundial<sup>59</sup>, publicado em novembro de 2017 e que contém uma análise minuciosa sobre os gastos públicos no Brasil, em áreas como previdência social, folha de pagamento dos servidores públicos, aquisições públicas, assistência social, educação, saúde, mercado de trabalho e políticas de desenvolvimento do setor privado.<sup>60</sup> A conclusão é de que os governos (federal, estaduais e municipais) gastam recursos de maneira ineficiente e, muitas vezes, injusta, ao beneficiarem os mais ricos, em detrimento dos mais pobres.

No tocante às políticas públicas de saúde, o diagnóstico revela que cerca de 0,3% do PIB poderia ser economizado adotando-se maior eficiência a nível local, assim como mais 0,3% com o fim dos créditos tributários do IRPF para despesas privadas com saúde. Ao comparar os níveis de eficiência dos municípios, o estudo identificou a possibilidade de ganhos em torno de 37% no atendimento primário (economia potencial de R\$ 9 bilhões) e de 71% nos serviços secundários e terciários (economia potencial de R\$ 12 bilhões), o que poderia gerar uma economia potencial de 0,3% do PIB.

Em relação ao PIB, o Brasil gasta em saúde tanto quanto a média entre os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>61</sup> e mais do que os seus parceiros, sendo que a maior parte desses gastos ocorre fora do setor público. No Brasil, o gasto total com saúde é de 9,2% do PIB, comparável com a média dos países membros da OCDE (8,9%) e maior do que a média dos seus parceiros estruturais<sup>62</sup> e regionais<sup>63</sup> (5,8% e 7,4%, respectivamente).

Em termos *per capita*, o Brasil gasta menos do que a média entre os países da OCDE, porém, mais do que os seus parceiros regionais e estruturais. A despesa total *per capita* com saúde no Brasil (US\$ 1,334) é 35% da média entre os países da OCDE (US\$ 3,817), 153% dos seus parceiros estruturais (US\$ 873), 127% dos regionais (US\$ 1,054) e 141% maior do que a média entre os países do BRICS<sup>64</sup> (US\$ 949). O relatório também ressalta que o setor público gasta recursos significativos por meio de despesas tributárias, especialmente para subsidiar seguros privados de saúde (0,5% do PIB).

Quanto ao atendimento primário, identificou-se que a maior parte dos municípios apresenta alta produtividade (relativamente eficiente no uso de recursos) e baixo desempenho, ao passo que, nos atendimentos secundário e terciário, a maioria revela baixa produtividade e baixo desempenho.<sup>65</sup> Essa situação de atendimento primário é verificada principalmente nos municípios das regiões relativamente pobres (Norte e Nordeste), que sofrem mais restrições de recursos. Em relação aos atendimentos mais complexos, o desempenho da maioria dos municípios é igualmente baixo. Em termos regionais, os municípios das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, que têm um gasto *per capita* mais alto com saúde primária, são os menos eficientes, ao passo que os municípios do Norte e Nordeste, que gastam menos, são mais eficientes. A eficiência está relacionada à escala, considerando o tamanho do município, o número de leitos e o tamanho dos hospitais.

59 BANCO MUNDIAL. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

60 Valetambém registrar que o relatório do Banco Mundial não ficou imune a críticas, como, por exemplo, por ter feito uma leitura essencialmente econométrica, desconsiderando a legislação e o funcionamento do ensino superior e da educação básica no Brasil, o indicador utilizado para medir a eficiência das universidades públicas, entre outras. (BRASIL. Relatório do Banco Mundial distorce dados e ignora a realidade do país, alertam especialistas. País. Jornal do Brasil. 02 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/12/02/relatorio-do-banco-mundial-distorce-dados-e-ignora-a-realidade-do-pais-alertam-especialistas/>>. Acesso em: 27 mar. 2018).

61 Os países membros da OCDE são: Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Suíça, Holanda, França, Canadá, Bélgica, Dinamarca, Áustria, Japão, Nova Zelândia, Grécia, Portugal, Espanha, Noruega, Islândia, Itália, Eslovênia, Austrália, Finlândia, Reino Unido, Irlanda, Rep. da Eslováquia, Israel, Hungria, Coreia, Rep. Checa, Polônia, Lituânia, Estônia, Letônia e Luxemburgo.

62 Os parceiros estruturais são: África do Sul, Fed. Russa, China, Turquia, Índia e Indonésia.

63 Os parceiros regionais são: Costa Rica, Chile, Colômbia e México.

64 Os países do BRICS são: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

65 O desempenho constitui uma medida comparativa de produtos e resultados entre vários municípios, sem considerar restrições de recursos, enquanto que a produtividade é calculada pela relação entre o desempenho e os gastos.

Em relação ao tamanho do município, os dados mostram que a eficiência média é mais baixa entre os municípios com menos de 5.000 habitantes. No atendimento secundário e terciário, a tendência de maior eficiência nos municípios maiores é mais clara que no atendimento primário. Quanto ao atendimento hospitalar, as pontuações médias de eficiência dos municípios com mais de 100.000 habitantes são quase quatro vezes superiores à média encontrada em municípios com menos de 5.000 habitantes.

A economia potencial nos gastos com saúde está relacionada à escala ineficiente de prestação de serviços, sobretudo nos hospitais. Segundo os pesquisadores do Banco Mundial, o sistema brasileiro de saúde possui um grande número de pequenos hospitais, construídos para prestar serviços em regiões menos urbanizadas. A maioria dos hospitais brasileiros opera em pequena escala e 61% possui menos de 50 leitos, sendo que o tamanho ideal estimado é de 150 a 200 leitos para obter economias de escala. Além disso, as taxas de ocupação dos leitos também são consideradas muito baixas, sendo, em média, 45% nos hospitais do SUS e apenas 37% nas unidades de terapia intensiva. Comparativamente, observa-se que esses números estão abaixo das médias da OCDE (71%) e da taxa de ocupação desejável (entre 75% e 85%). Os dados revelam, ainda, a falta de integração do sistema como um fator da ineficiência, pois, quanto mais eficiente for o atendimento primário de um município, mais eficiente será seu atendimento hospitalar (secundário e terciário), tendo em vista que um atendimento primário robusto contribui para racionalizar a demanda e melhorar os resultados em todo o sistema.

Como se percebe, a partir de quaisquer dados, tanto do Tribunal de Contas da União quanto do Banco Mundial, é possível visualizar a situação preocupante e drástica por que passam as políticas públicas de saúde no Brasil, agravadas pela judicialização. De um lado, as pesquisas revelam que os serviços públicos de saúde podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência, de modo que a maior atenção à eficiência implica poder oferecer mais serviços de saúde com os mesmos recursos. Por outro, as pesquisas também demonstram que a judicialização da saúde, especialmente na área de concessão de medicamentos, é geradora de ineficiência no âmbito da Administração Pública (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), porquanto as determinações judiciais desalocam recursos previamente destinados à coletividade para satisfazer interesses individuais, desorganizando as contas públicas e a própria política pública de saúde.

É sabido que a questão da judicialização do direito fundamental à saúde é bastante complexa e de difícil solução a curto prazo. Por ser um fenômeno crescente e que desorganiza a política pública de saúde planejada pelo Poder Executivo, urge enfrentar o desafio da impossibilidade de uma limitação orçamentária atender a todas as demandas judiciais que pleiteiam esse direito fundamental. Em que pese a legitimidade do indivíduo isoladamente buscar, via Judiciário, a satisfação do seu direito à saúde, os efeitos negativos sobre as políticas públicas nessa área, previamente planejadas pela Administração, implicam a desalocação de recursos para atendimento da coletividade. Daí a necessidade de não se desprezar os aspectos de eficiência (nas suas variadas acepções), que por possuir conteúdo nitidamente econômico exige uma análise interdisciplinar do fenômeno.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou ao longo do estudo, o problema relacionado à ineficiência dos gastos com políticas públicas no Brasil, especialmente em relação à saúde e sua judicialização, não deve ignorar o olhar interdisciplinar entre direito e economia, sobretudo os aportes teóricos da análise econômica do direito. Partindo da ideia de que os direitos realmente têm custos e que os recursos públicos são escassos, a aplicação eficiente desses valores repercute na concretização dos direitos humanos e fundamentais, conforme demonstrado nos dados do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União.

A abordagem histórica da análise econômica do direito auxilia a desmitificar a opinião de que esse movimento se preocupa apenas com questões de ordem monetária, juros, inflação, preços, tributação ou mercados, ou que procura reduzir tudo a objeto de comércio. Ficou evidenciado que o principal enfoque cuida do estudo do comportamento humano num ambiente de escassez de recursos, procu-

rando demonstrar como os indivíduos tomam decisões e respondem a incentivos fornecidos pela norma jurídica. Não obstante a diversidade de escolas ou correntes, trata-se de um pensamento jurídico que permite explicar o comportamento dos indivíduos frente às normas, vislumbrando as suas consequências no tocante ao cumprimento ou não das obrigações legais, sendo plenamente aplicável a questões políticas e sociais.

Verificou-se também que a relação interdisciplinar entre direito e economia não se revela contraditória ou conflitante, como pode parecer a partir da mera constatação da diferença entre os seus métodos. Pelo contrário, o papel da economia na interdisciplinaridade com o direito é contribuir para o planejamento dos gastos públicos, escolhendo prioridades de alocação de recursos e realização de despesas sociais, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento. Levar em conta as implicações econômicas da Administração Pública e das decisões judiciais em sede de políticas públicas serve também para compreender a crise do Estado contemporâneo, da democracia e da efetivação dos direitos humanos e fundamentais sociais.

Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivíduos, a fim de atingir os objetivos das políticas públicas, entre os quais a distribuição, a efetividade e a eficiência. Nesse cenário, a análise econômica constitui uma metodologia importante para a tomada de decisão que não deve ser desprezada. Assim, se a judicialização for concebida como uma atividade econômica e se torna uma atividade lucrativa para quem demanda, espera-se que maiores recursos sejam investidos na atividade por quem quer lucrar com ela (incentivos). Se a chance de êxito aumenta, mais pessoas são levadas a promover a judicialização. A alta probabilidade de sucesso dessas demandas perante o Judiciário também gera demanda e relativa facilidade de acesso à Justiça.

Em que pese também não haver uniformidade na definição do termo eficiência, tanto entre juristas quanto entre economistas, os principais conceitos dados por Coase, Pareto, Kaldor-Hicks e Posner auxiliam bastante na sua aplicação, superando a superficialidade com que costuma ser tratada no direito administrativo. Desse modo, torna-se importante o caráter interdisciplinar para a compreensão do princípio da eficiência positivado na Constituição Federal e na legislação administrativa, assim como a sua leitura à luz da análise econômica do direito, para que a utilização dos recursos públicos seja devidamente convertida em desenvolvimento social e concretização de direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito à saúde.

A análise aprofundada sobre os gastos públicos no Brasil feita pelo Banco Mundial confirma, em grande medida, a aplicação dos pressupostos da análise econômica, quando a partir das noções de desempenho e produtividade conclui que os governos (federal, estaduais e municipais) gastam mais do que podem e de forma ineficiente, além de não cumprirem integralmente seus objetivos, realizando inclusive gastos públicos injustos, ao beneficiarem os mais ricos, em detrimento dos mais pobres. É o caso, por exemplo, de que em relação às políticas públicas de saúde cerca de 0,3% do PIB poderia ser economizado através de melhorias de eficiência a nível local, mantendo o mesmo padrão de serviços de saúde.

O impacto da atuação eficiente nas políticas públicas de saúde é tão grande que os números do relatório do Banco Mundial remetem a uma séria reflexão acerca do que a boa aplicação dos recursos poderia gerar para a sociedade. Ao comparar os níveis de eficiência dos municípios, por exemplo, o estudo identificou a possibilidade de ganhos em torno de 37% no atendimento primário (economia potencial de R\$ 9 bilhões) e de 71% nos serviços secundários e terciários (economia potencial de R\$ 12 bilhões), o que poderia gerar uma economia potencial de 0,3% do PIB.

Entre as causas da ineficiência está a fragmentação do sistema público de saúde, especialmente do alto número de pequenos hospitais, impedindo economias de escala na prestação de serviços. A economia potencial nos gastos com saúde, segundo o relatório, está relacionada a uma escala ineficiente de prestação de serviços, sobretudo nos hospitais. O demasiado número de pequenos hospitais reflete a necessidade de equilibrar o acesso a serviços hospitalares com o tamanho ideal dos hospitais e a escala de serviços. Verificou-se que a maioria dos hospitais brasileiros opera em pequena escala e 61% possui

menos de 50 leitos, sendo que o tamanho ideal estimado é de 150 a 200 leitos para obter economias de escala. Além disso, as taxas de ocupação dos leitos também são consideradas muito baixas.

Já na esteira das conclusões da auditoria realizada pelo TCU, observou-se que há necessidade de que os gestores adotem medidas para coleta, processamento e análise de dados referentes às ações judiciais de saúde, assim como para detecção de fraudes, de forma permanente. Além disso, é imprescindível elaborar um diagnóstico preciso sobre o impacto da judicialização no orçamento e na gestão pública da saúde, a partir do cruzamento de dados, do monitoramento de pacientes beneficiários das decisões judiciais e dos medicamentos e insumos pleiteados. Também é necessário que as unidades gestoras adotem a prática de divulgação transparente e periódica de informações e dados estatísticos sobre a judicialização da saúde para os órgãos envolvidos, as universidades, os pesquisadores, as organizações sociais e o público interessado, notadamente porque os recursos são públicos, além de incentivar a participação de todos na solução do problema.

Diante desse quadro, conclui-se que os serviços públicos de saúde podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência. Os desafios são enormes em um país continental como Brasil, não mais se podendo tolerar políticas públicas ineficientes, especialmente porque os anos vindouros desafiarão o sistema com o envelhecimento da população e as doenças crônicas decorrentes do aumento da expectativa de vida. Daí a importância da identificação da fronteira e do necessário diálogo interdisciplinar entre direito e economia na busca pela efetividade e eficiência das políticas públicas de saúde no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, jul/dez 2006.

ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo**: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=83932>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Relatório do Banco Mundial distorce dados e ignora a realidade do país, alertam especialistas. **Jornal do Brasil**. 02 de dez. 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/12/02/relatorio-do-banco-mundial-distorce-dados-e-ignora-a-realidade-do-pais-alertam-especialistas/>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mantida decisão que determina fornecimento de remédio a paciente com doença rara. **Notícias STF**. 24 de nov. 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1787/2017** – Plenário. Rel.: Min. Bruno Dantas. Data julg.: 16 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic**. V. 3, 1960.

COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980.

\_\_\_\_\_. Efficiency, utility, and wealth maximization. **Faculty Scholarship series**. Paper 4202, 1980.

COLLUCCI, Cláudia. SP cede à União “detector” de fraude em ações por medicamentos. Cotidiano. **Folha de S. Paulo**. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1903086-sp-cede-a-uniao-detector-de-fraude-em-aco-es-por-medicamentos.shtml>> Acesso em: 17 jan. 2018.

COOTER, Robert. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and review of the major books. **UCLA Law Review** 1260, v. 29, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRAGA, Érica. Estudo do comportamento na tomada de decisões rende Nobel de Economia. Mercado. **Folha de S. Paulo**. 09 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1925486-estudo-do-comportamento-na-tomada-de-decisoes-rende-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (ed.). Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. University of Lucerne, **Switzerland**, 2012, p. 6. Disponível em: <[https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6\\_Mathis\\_Consequentialism\\_in\\_Law.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2011.

PINHO, Angela. Governo vê uso de brasileiro como cobaia por laboratório estrangeiro. Cotidiano. **Folha de S. Paulo**. 11 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909010-governo-ve-uso-de-brasileiro-como-cobaia-por-laboratorio-estrangeiro.shtml>> Acesso em: 17 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

POSNER, Richard A. **Some Uses and Abuses of Economics in Law**. University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, 1979.

\_\_\_\_\_. The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States. **Tulsa Law Journal**. V. 32. N. 1, 1996.

---

\_\_\_\_\_. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, V. 53, n. 4, 1975.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan & Co. Limited, 1932.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia*. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*.

*Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954.

SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado. *Doxa*, n. 26, 2003.

TREMEL, Rosangela. Princípio constitucional da eficiência: evolução do conceito e sua concretização na justiça trabalhista brasileira. *Unisul De Fato e De Direito - Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. v. 9, n. 16, jan./jul. 2018.

