

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

ANÁLISE ECONÔMICA-COMPORTAMENTAL DO DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA: UM ESTUDO INTRODUTÓRIO.

GISELLE KAROLINA GOMES FREITAS IBIAPINA¹**Resumo**

O presente trabalho tem o objetivo de falar sobre a judicialização da saúde pública no Brasil, fazendo um breve apanhado sobre o tratamento constitucional do direito à saúde, além de fazer considerações acerca da intensificação da judicialização da saúde. A pesquisa aborda, ainda, a problemática advinda da judicialização da saúde brasileira, tendo em vista que a efetivação de direitos pelo Estado requer investimentos, pois os bens fundamentais têm um custo para os cofres públicos, sendo, portanto, necessário que a Administração Pública utilize os recursos oriundos da tributação para a realização das ações e serviços atinentes à saúde. Por outro lado, a constante interferência do Poder Judiciário busca garantir o cumprimento dos princípios e direitos constitucionais, mas também pode onerar as finanças do Estado, caso as decisões judiciais sejam proferidas de modo irrestrito e, ao mesmo tempo, alheia ao fato de que a Administração Pública trabalha com verbas limitadas. Desse modo, este artigo deixa registrado que, a partir duma análise econômico-comportamental da questão que envolve a judicialização da saúde, o Estado Brasileiro pode estudar alternativas que permitam a concretização dos direitos fundamentais, quais sejam, saúde, mínimo existencial e dignidade humana, sem que haja grave comprometimento do orçamento público.

Palavras-Chave: judicialização da saúde, análise econômico-comportamental, direito à saúde, dignidade humana, mínimo existencial e reserva do possível.

Summary

The present work aims to talk about the judicialization of public health in Brazil, making a brief overview of the constitutional treatment of the right to health, in addition to making considerations about the intensification of the judicialization of health. The research also addresses the problem arising from the judicialization of Brazilian health, considering that the realization of rights by the State requires investments, since fundamental goods have a cost for the public coffers, and therefore, it is necessary for the Public Administration to use the resources from taxation to carry out actions and services related to health. On the other hand, the constant interference of the Judiciary seeks to guarantee the fulfillment of constitutional principles and rights, but it can also encumber the State's finances, if the judicial decisions are rendered in an unrestricted way and, at the same time, oblivious to the fact that the Public Administration works with limited funds. Thus, this article records that, from an economic-behavioral analysis of the issue involving the judicialization of health, the Brazilian State can study alternatives that allow the realization of fundamental rights, namely, health, existential minimum and human dignity, without serious commitment to the public budget.

Keywords: judicialization of health, economic-behavioral analysis, right to health, human dignity, existential minimum and reserve of the possible.

¹ FREITAS, Giselle Karolina Gomes. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual do Piauí. Especialista em Docência do Ensino Superior – Um Processo Evolutivo (Faculdade CET). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Professora de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional da Faculdade de Tecnologia de Teresina (CET/PI). Email: giselle.f.ibiapina@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/4928110234711759>.

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 inaugurou um novo tempo para a sociedade brasileira, estabelecendo um Estado Democrático de Direito e fortalecendo os direitos sociais, dentre os quais, busca garantir a saúde como direito de todos e dever do Estado (CRB, arts. 6º e 196).

A propósito, os entes federados têm responsabilidade comum com a saúde pública (CF, art. 23), o que gera o entendimento de que são têm a incumbência de resguardar a saúde da pessoa humana, sobretudo aos mais necessitados. E, nessa esteira o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí editou a súmula nº 02, cujo enunciado, admite que “O Estado e os Municípios respondem solidariamente pelo fornecimento para tratamento de saúde das pessoas necessitadas, na forma da lei, podendo ser acionadas em juízo em conjunto ou isoladamente”.

Desse modo, compreende-se que o regramento constitucional de proteção à saúde impactou as relações entre o Estado e a sociedade, bem como mudou a dinâmica de relações entre os três poderes:

(...) Tal disposição constitucional não só alterou as relações entre o Estado e a Sociedade no âmbito do sistema de proteção social do país, como também mudou a dinâmica de relações entre os poderes públicos, conferindo novo status ao poder judiciário como potencial esfera garantidora do acesso e da utilização de tais serviços aos cidadãos. Desde então, a estratégia de recorrer à via jurídica para exigir a garantia do direito tem sido uma prática crescente em todos os estados brasileiros, tornando o fenômeno da judicialização da saúde um dos principais temas da agenda nacional da saúde (2). Empregada, inicialmente, na primeira metade dos anos 1990, por portadores de HIV para exigir que a União garantisse o fornecimento de medicamentos antirretrovirais, seu uso se diversificou nas décadas seguintes, tornando-se uma porta de entrada específica e paralela às vias gerenciais do Sistema Único de Saúde (SUS), para o acesso a um amplo conjunto de bens e serviços no campo da saúde (de Carvalho ALB, Diniz MAS, Batista BN de M, Barbosa D de S, Rocha E, Santos OAN, do Nascimento RV, 2020, p.119).

Visto que a saúde é um direito fundamental indissociável do direito à vida e da dignidade humana, a visibilidade nacional do direito à saúde ganha força diante do cenário estabelecido pela Constituição Cidadã de 1988.

Demais disso, a hipossuficiência das ações e investimentos na saúde pública brasileira e a crescente cultura da judicialização vem contribuindo com o aumento da demanda social em busca do acesso à saúde, não se podendo esquecer que a postura cada vez mais proativa do Poder Judiciário tem relevante papel na concretização de tratamentos não assegurados pelo Sistema Único de Saúde, mas também é responsável pelo crescimento do número de ações judiciais que buscam assegurar o direito à saúde:

(...) Desde que a Constituição Federal de 1988 passou-se a reconhecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, o entendimento social desse direito se reorganizou também juridicamente. Desde então quando as demandas não são atendidas via SUS, passa a ser requerida do Judiciário uma resposta à necessidade de saúde. (de Carvalho ALB, Diniz AMS, Batista BN de M, Barbosa D de S, Rocha E, Santos OAN, do Nascimento RV, 2020, p.127).

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Malgrado o valor do direito fundamental à saúde, não se pode desconsiderar o impacto econômico que as decisões judiciais que concedem tratamentos não suportados pelo SUS podem ocasionar aos cofres públicos. Até porque, geralmente, o Poder Judiciário, ao julgar demandas dessa natureza, não tem a real dimensão das consequências econômicas que vêm sobre o orçamento público.

Pensando nessa problemática, o presente trabalho tem o objetivo de tratar sobre a judicialização da saúde, bem como dizer da sua relação com a análise econômica-comportamental do direito, mostrando que as decisões judiciais, ao reconhecerem o direito à saúde da parte processual, acarretam custos para a sociedade, pois os bens da vida, reconhecidos pelo direito, são custeados por recursos públicos.

Ao mesmo tempo, iremos expor o entendimento de que a reserva do possível e os impactos econômicos das decisões judiciais proferidas em litígios sobre o direito à saúde não podem sufocar o compromisso estatal para com a garantia do citado bem da vida.

Apesar de não termos a intenção de aprofundarmos, neste estudo, muito do que envolve a questão econômica da judicialização da saúde, sabemos da importância de um estudo introdutório do tema, na perspectiva da análise econômica-comportamental do direito.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988, é um marco para a sociedade brasileira, pois reconhece, dentre outros direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde como um direito de todos, atraindo para o Estado a obrigação de desenvolver políticas públicas eficazes, assim como ações e serviços voltados para a garantia do referido direito fundamental.

Para entender esse contexto, Asensi (2010, p. 34) esclarece que a saúde no Brasil não era universalizada. Na vigência das duas primeiras Constituições do Brasil, o jurista explica que o direito à saúde era tratado como um favor que o Poder público concedia para uma pequena camada social. Não tinha, portanto, o viés da universalidade, era direito acessível a poucos.

Já na Era Vargas, na década de 30 em diante, ao período de redemocratização (na década de 80), Asensi expõe que a saúde continuava restrita a um grupo de pessoas, mas que, agora, passa ser um serviço adstrito aos trabalhadores com algum vínculo trabalhista ou oriundo dos custos dos planos privados de saúde:

(...) no Brasil, houve um crescente movimento de mercantilização da saúde, de modo que seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do indivíduo de pagar pelos planos privados, ou à sua própria condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como um serviço ou um benefício trabalhista. A saúde, conforme salienta Madel Luz, “passou então a ser vista como um bem de consumo. Especificamente, um bem de consumo médico” (LUZ, 1991, p. 82). Porém, ainda havia uma atuação estatal no âmbito da saúde, principalmente porque os trabalhadores regulares, ou seja, aqueles que possuíam carteira de trabalho assinada e contribuía com a previdência social, possuíam o direito à assistência médico curativa pública. Por essa razão, o acesso aos serviços de saúde era possibilitado por duas formas: a) ser um trabalhador em sentido estrito, ou seja, possuidor de carteira de trabalho assinada e contribuinte da previdência social;

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

b) ser capaz de suportar os custos dos planos privados de saúde que surgiram a partir da década de 70. Deste modo, principalmente entre as décadas de 40 e 70, o acesso à assistência médico curativa estava condicionado à existência de vínculo empregatício. A partir de 70, mesmo com a emergência de alguns planos privados, parte significativa da população brasileira ainda não possuía poder aquisitivo para suportar as despesas desses planos. Trata-se, portanto, de uma concepção de saúde restrita a um grupo de pessoas, cujo critério é o vínculo empregatício. Aqui, a saúde é vista como um serviço decorrente de um direito trabalhista ou como um serviço privado. (Asensi 2010, p. 34)

Em contraposição aos modelos constitucionais anteriores, a saúde, na ótica da Constituição Federal de 88, é direito ampliado para todos, o qual exige uma prestação positiva da Administração Pública; caracterizando, portanto, como *um direito fundamental e dever do Estado, o que denota uma dupla-dimensão (direito-dever) em sua natureza.* (ASENSI, 2010, p.35).

Sobre isso, Lima (2020, p.12-13) argumenta que:

Apesar de todas as outras Constituições tratarem sobre o direito à saúde, somente com a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a saúde passou a ser vista como direito fundamental do cidadão (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 259), indo ao encontro do preceituado no âmbito do direito internacional, que considera a saúde não mais somente como ausência de doença, mas como o completo bem-estar físico, mental e social do homem. A proteção concedida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) abrangeu, assim, a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, devendo o Estado promover não só o tratamento da doença, mas uma melhora na qualidade de vida e bem-estar do cidadão. (...) A saúde passou, assim, a integrar o mínimo existencial do indivíduo e desde então, o direito à saúde passou a ser objeto de diversas discussões jurídicas.

Com o objetivo de regulamentar o direito constitucional à saúde, o Estado aprovou a Lei nº 8.080 – Lei Orgânica da Saúde, instituindo o Sistema Único de Saúde e afirmando o dever do Estado em promover a assistência devida à saúde, de modo universal e igualitário, *organizado com as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade* (LIMA, 2020, p.18-19):

O SUS é um sistema de saúde público que engloba a atenção básica, média e de alta complexidade, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica, sendo regido pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade.

Mesmo com a criação do Sistema Único de saúde, a administração pública, diante de entraves políticos e problemas de ordem socioeconômica, não atende, na totalidade, às diretrizes constitucionais e legais de garantia da saúde aos indivíduos. No Brasil, estimou-se que, no ano 2000, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que correspondia a aproximadamente 41% da população brasileira. Isso sem falar da despesa considerável que as famílias brasileiras têm com a compra de medicamentos, em especial, as mais pobres (VENTURA, SIMAS, PEPES E SCHRAMM, 2010, p.79). E essa dificuldade em acessar direito de tamanha relevância é mais um fator que tem impulsionado o cidadão a buscar a prestação jurisdicional:

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Há uma lacuna entre o que expressa a Carta Magna e as demandas reais no cotidiano dos indivíduos, famílias e comunidades, sobretudo no tocante as necessidades de ações e serviços de saúde, levando o cidadão a procurar a via judicial para prevalecer o seu direito e obrigar o Estado a assegurá-lo. A partir da constatação dessa contradição, vários grupos sociais vêm buscando na Justiça o apoio no tocante a essas brechas entre o direito ideal e sua materialização no mundo real. (OLIVEIRA, 2013, p. 80).

Oliveira (2013, p.81) segue explicando que é crescente o aumento das demandas judiciais no Brasil, com ênfase ao acesso a medicamentos não concedidos pelo Sistema Único de Saúde e outros serviços de saúde, o que reflete um grande avanço ao efetivo exercício da cidadania brasileira, pois a judicialização da saúde provoca o Estado a cumprir com as decisões judiciais favoráveis à pessoa humana.

Seguindo essa linha de raciocínio, Asensi (2013, p. 813) entende que *“a judicialização da saúde no Brasil tem reconfigurado drasticamente as responsabilidades dos Poderes para o estabelecimento de políticas públicas que atendam aos critérios de universalidade, integralidade e descentralização.”*

Por outro lado, o quadro brasileiro mostra que milhares de ações judiciais são ajuizadas, frequentemente, em todo o país, com o objetivo de impor à Administração pública o custeio de medicamentos, tratamento de saúde, cirurgias e insumos terapêuticos, previstos ou não na RENAME e RENASES, liberados ou não pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (LIMA, 2020, p.38-39).

Nesse contexto, Lima informa que:

O relatório analítico propositivo Justiça Pesquisa, Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ, 2019, p. 145), constatou, no mesmo sentido de outros estudos no tema, que o fenômeno da Judicialização da saúde ainda está em crescimento, não tendo se estabilizado, aumentando a cada ano o número de demandas judiciais nesse sentido. Relata (CNJ, 2019, p. 46) que se verifica na evolução ano a ano, um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância de 2008 a 2017. Crescimento muito superior aos 50% de crescimento do número total de processo de primeira instância. Acrescenta, ainda, que, o número de processos de segunda instância informados no ano de 2008 foram 2.969, enquanto nos anos seguintes passou de vinte mil, não sendo proporcional ao aumento do número total de processos. Conforme os relatórios Justiça em Números, em 2008 havia 3.066.526 processos tramitando em segunda instância, enquanto em 2009, 3.132.664, e em 2017, 4.373.418. (2020, p.38-39)

De qualquer forma, podemos compreender que o fenômeno da judicialização da saúde expressa a interferência do Poder Judiciário nas questões que envolvem a efetivação do direito à saúde. Grande parte da população brasileira, ainda enfrenta muito obstáculos para ter acesso às ações e serviços públicos de saúde, o que ofende princípios e garantias constitucionais.

Oliveira (2013, p.02) assevera que *cabe ao Poder Público zelar pela saúde da população. O Estado brasileiro tem como dever não apenas a garantia do acesso aos bens e serviços da saúde, mas também, a proteção da saúde da população.*

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Assim como outros juristas, Oliveira sustenta que a judicialização da saúde possibilita que os cidadãos tenham meios de garantir seus direitos fundamentais, sendo, portanto, legítima uma ação judicial que venha a compelir o poder público a oferecer um medicamento contemplado em suas políticas públicas previamente elaboradas e não disponível no SUS, visto ser necessário tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Apesar de preocupante, a judicialização da saúde mostra que a população tem mais consciência sobre os seus direitos na saúde, e que o poder judiciário, ao julgar as demandas que envolvem o direito à saúde busca, dá maior efetividade aos direitos resguardados na Constituição.

De outra banda, sabemos que o excesso de judicialização, pode gerar impactos negativos ao Estado e, conseqüentemente, à sociedade, visto a possibilidade de decisões judiciais polêmicas, desprovidas de conhecimento a respeito da organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde. Isso sem falar dos impactos econômicos que as decisões concessivas de tratamento podem ocasionar aos cofres públicos, visto que *a judicialização da saúde tem sempre caráter individual, agravando o alcance da macrojustiça, do atendimento coletivo em benefício do individual.* (SANTOS, 2021, p.815).

Para termos uma maior compreensão dos efeitos e impactos econômicos da judicialização da saúde iremos tratar, ainda que de modo sintético, da análise econômico-comportamental da judicialização das questões referentes à saúde pública.

3. ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, a saúde é tratada como um direito fundamental da pessoa humana e, ao mesmo tempo, um dever do Estado, *o qual deve estar sempre ajustado às políticas sociais e econômicas, visando tutelar também a universalidade das prestações do Estado, bem como das demais obrigações estatais decorrentes do orçamento público, e preservar um atendimento igualitário* (Carvalho, Soares, Andrade, Souza, Branco, 2021, p.07-08).

O status constitucional do direito à saúde é um dos fatores que tem provocado o aumento do número de ações judiciais. A judicialização das políticas de saúde, especialmente neste século, tem se revelado inexorável no contexto brasileiro. A intensidade da litigância em saúde desperta as atenções do Estado e ao mesmo tempo é preocupante. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizava nos Tribunais Superiores, no ano de 2008, 2.969 processos e, em 2017, 40.658. Na primeira instância o número de processos também dobrou no mesmo período (VENTURA, 2020, p.01).

A autora também expõe que:

Se o crescimento exponencial impressiona pelos números, os estudos sobre o tema revelam muito mais sobre o fenômeno. Trazem à discussão os desafios presentes nos Estados de Direito Democráticos e para a governança em políticas públicas. Na última década, a gestão da judicialização da saúde tem sido marcada pela busca de uma “exigibilidade pactuada”, com medidas de racionalização da demanda judicial e forte articulação entre instituições de saúde e de justiça (VENTURA, 2020, p.01).

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Essa realidade desvela as mazelas de um Estado que ainda atravessa grandes problemas sociais, políticos e econômicos. Com grande parcela da população pobre, que não tem acesso a políticas públicas eficazes e que prova os males de um sistema político viciado, corrupto, que descuida em desenvolver ações e serviços eficientes, a população almeja que a administração pública *cumpra seu papel, garantindo bem-estar social por meio de mecanismos redistributivos da riqueza, diminuindo desigualdades e honrando os princípios constitucionais.* (CARVALHO, SOARES, ANDRADE, SOUZA e BRANCO, 2021, p. 24).

Inobstante seja compreensível a questão da intensidade da judicialização da saúde no Brasil, este fenômeno vem carregado de preocupações, haja vista o impacto econômico das decisões judiciais em matéria de saúde:

A judicialização mostra-se importante mecanismo de garantia de direitos, mas o dilema entre a vida humana e a economia se coloca nas decisões judiciais, tendo o Estado, ao apresentar recursos baseados na reserva do possível, se contraposto ao mínimo existencial no direito à vida e à saúde. (CARVALHO, SOARES, ANDRADE, SOUZA e BRANCO, 2021, p. 24)

É de se destacar que as decisões judiciais ligadas à saúde trazem um custo alto para os cofres públicos. Necessário, portanto, que a análise processual se dê de modo cauteloso, a fim de que os membros do Judiciário observem se o pedido formulado pelo autor da ação, seja requerendo medicamentos, cirurgias, insumos terapêuticos etc, está alicerçado em laudos e recomendações médicas ou de profissional da saúde que possa fazê-lo.

Demais disso, é de grande valia verificar se há outra alternativa de tratamento de saúde segura e, conseqüentemente, menos onerosa para o Estado, além da que foi receitada pelo médico da parte processual.

Para tanto, o apoio de órgãos ou núcleos técnicos dos órgãos judiciais, bem como a participação de órgãos e setores da sociedade civil podem contribuir positivamente com a solução dessas demandas judiciais.

Nessa linha de entendimento:

Do ponto de vista do sistema judiciário, o artifício de judicialização das causas ligadas à saúde implica em um aparato de assessoria técnica para a especificidade das questões desse setor, para que não sejam cometidos abusos que firam a ética perante a sociedade. Por exemplo, no que tange aos pedidos de internação/tratamento, para que a tutela seja concedida pelo Poder Judiciário, deve ser comprovada a imprescindibilidade da medida por meio de laudo médico. Também é indispensável confirmar o esgotamento dos recursos extra-hospitalares, caso tenham sido implementados e, ainda, ser demonstrada a impossibilidade de o cidadão custear o tratamento/internação com recursos próprios, mostrando ser imprescindível a medida judicial impositiva. (CARVALHO, SOARES, ANDRADE, SOUZA e BRANCO, 2021, p. 23)

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça tem estimulado de maneira mais sistemática a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde, criando parâmetros e diretrizes decisórias para o julgamento das ações em saúde, tais como recomendações que têm o objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiem os magistrados para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde pública; além do

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

estímulo aos tribunais para que celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliá-los na apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, observadas as peculiaridades regionais, bem como outras medidas, dentre elas a instituição do Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (MARQUES; ROCHA; ASENSI; MONNERAT, 2019, p.224).

Todo esse cuidado se justifica por conta da enorme demanda judicial envolvendo o direito à saúde, bem como o forte impacto econômico provocado pela judicialização da saúde. No julgamento dos processos relacionados à saúde, a apreciação não pode ser unicamente jurídica, já que questões de ordem pública, econômica e social estão diretamente envolvidas (LIMA, 2020, p.51). Assim, vários fatores devem ser considerados, tais como:

(...) a influência da indústria farmacêutica, os limites para a concessão do tratamento, a teoria do custo dos direitos, o impacto no direito coletivo à saúde, o controle da atuação dos profissionais na área de saúde, a evidência científica do resultado útil do tratamento/medicamento requerido, a economia, entre outros.

Alexy citado por Pause (2019, p.10) informa que, mesmo os direitos sociais mínimos têm, especialmente quando são muitas as pessoas que deles necessitam, enormes efeitos financeiros, sua extensão aumenta em crises econômicas. Dessa maneira, restrições passam a ser estabelecidas, para regular a distribuição.

Pause segue explicando que todo direito previsto constitucionalmente tem uma fonte de custeio. No caso da saúde, a Constituição da República em seus artigos 195 e 198 faz menção às fontes orçamentárias da saúde pública. *A conta dos gastos realizados é da sociedade, através de tributos pagos diretamente na condição de contribuinte, seja indiretamente na aquisição de bens ou serviços, sobre os quais a tributação incide.* (PAUSE, 2019, p.10).

Machado mencionado por Lima (2020, p.51) tem argumentado que a intervenção jurisdicional no orçamento por via indireta, “através de decisões judiciais que determinam realocação de recursos para cumprimento de obrigação de fazer, sob o fundamento da aplicabilidade direta e imediata de direitos fundamentais sociais, é questão polêmica; merecendo, pois, ser analisada com cautela.

Isso porque, *as decisões judiciais tomadas sem considerar circunstâncias fáticas como a escassez de recursos, o subfinanciamento do SUS, lei orçamentária em vigor, as políticas públicas em andamento, ocasionam realocação de recursos públicos* (LIMA, 2020, p.52).

Para a autora, é preciso que o Poder Judiciário, ao exercer a prestação jurisdicional, também esteja vinculado às normas orçamentárias, sendo impossível conceder tudo a todos a qualquer tempo. Necessário atentarmos para a escassez de recursos por finitude do orçamento, além da problemática do subfinanciamento do SUS.

Demais disso, Lima (2020, p.54) registra que:

Não há como disponibilizar uma assistência à saúde integral e universal, sem dar a devida prioridade ao seu financiamento. E essa prioridade nunca foi dada, nem no momento de sua criação, tendo sido agravado seu subfinanciamento ao longo das últimas décadas, com legislações que optaram por redução de recursos destinados ao SUS.

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Stephen Holmes e Cass Sunstein, professores universitários norte-americanos e autores da obra “O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”; explicam, adequadamente, que os direitos fundamentais requerem uma fonte de custeio, de recursos públicos disponíveis para a concretização dos bens da vida. Tal despesa deve ser suportada pelos tributos pagos pelos contribuintes. Se o Estado dá cumprimento às leis, que resguardam os direitos, é porque deve haver recursos alocados para a efetivação dos direitos fundamentais. No caso das ações e serviços públicos de saúde, que exigem um trabalho amplo por parte do Administração Pública, até porque o trato com a saúde pública também envolve ações preventivas e políticas públicas rotineiramente aplicadas, essa compreensão é válida, pois “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos” (GODOY, 2013).

Godoy (2013) dissertando acerca das lições de Stephen Holmes e Cass Sunstein, mostra que, para os ilustres professores:

Um “direito existe, tão somente, quando pode se revelar seus custos orçamentários”. Esse critério pode redefinir nossa compreensão tradicional de direitos objetivos e subjetivos. O poder de invocar a aplicação de uma norma seria aferido pelos custos orçamentários que a aplicação da regra possa exigir. A alocação de recursos, ao fim, é o que permitiria a integração entre a regra jurídica e seu titular.

Stephen Holmes e Cass Sunstein explicam que a *judicialização das questões públicas abre espaço para que os juízes decidam exatamente onde alocar o dinheiro pago pelos contribuintes* (GODOY, 2013). *Todavia, os autores registram que os juízes, ao decidirem, devem levar em consideração os impactos econômicos das decisões, em face dos recursos orçamentários disponíveis* (MULLER E LEAL, 2010, p.111).

Tomando por base a teoria do custo dos direitos de Holmes e Sunstein, as necessidades sociais são, pois, ilimitadas. Já o orçamento, infelizmente, possui limites. Em vista disso, o Estado, muitas vezes, não está apto a custear todos os direitos expressos na Constituição, pois encontra barreiras na reserva do possível. Contudo, importa registrar que a reserva do financeiramente possível não pode ser utilizada como escudo para que o Poder Público escape de suas responsabilidades legais (MULLER E LEAL, 2010, p.111).

As autoras supracitadas comentam ser necessário que o Poder Judiciário tenha consciência quanto ao custo dos direitos pleiteados em juízo; caso contrário, isso o levará a decidir considerando o caso isoladamente, e não a coletividade; o que pode gerar prejuízos à sociedade (MULLER E LEAL, 2010, p.117).

Continuando esse raciocínio, Lima (2020, p. 58 e 61) explica que a economia do setor público está alicerçada em questões normativas e positivas. Está relacionada a uma avaliação de eficiência e equilíbrio das políticas e coaduna com o entendimento de que a análise econômica do direito está relacionada ao uso das ferramentas da economia nas normas jurídicas, de modo que a interpretação do ordenamento jurídico deve ocorrer através de escolhas racionais, compreendendo os efeitos das normas, as consequências indesejáveis ou involuntárias. Expõe ainda que:

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

Teixeira; Sinay; Borba (2014, p. 197-201) apresenta como exemplo uma ação buscando a condenação do Poder Público a conceder um medicamento de alto custo não listado na RENAME. Nesta, o Poder Público foi condenado ao fornecimento do medicamento, com o argumento de que o direito a saúde é universal, constitucional e que o argumento sobre o custo do medicamento e ausência de recursos devem ser afastados, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa humana. Para os autores, na concepção da análise econômica do direito, essa decisão não seria a mais eficiente, pois o custo do medicamento impacta o orçamento do Estado e atende a apenas uma pessoa em detrimento de milhares que sofrem nas filas dos postos de saúde e hospitais públicos. Logo, a tese do Poder Público aproxima-se mais dos argumentos consequencialistas propostos pela análise econômica do direito, tendo em vista que, a decisão judicial deve buscar uma solução que seja mais eficiente e não, simplesmente, impor uma obrigação de fazer sem considerar as consequências dessa decisão (LIMA, 2020, p.62).

De outra banda, há estudiosos que discordam que a reserva do financeiramente possível seja um obstáculo para a efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição. Para alguns pesquisadores, o Estado deve cumprir os princípios e diretrizes constitucionais. As normas constitucionais têm uma força normativa que precisa ser efetivada.

Demais disso, a reserva do possível não pode ser arguida com o intuito do Estado se eximir da obediência ao mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana (Carvalho; Soares; Andrade; Souza; Branco, et al, 2021, p.24). A saúde é um direito fundamental do indivíduo, sendo, pois, direito de prestação, impondo ao Estado o dever de agir e torná-lo concreto. Quando o direito fundamental à saúde é cobrado judicialmente do Estado, não raramente o princípio da reserva do possível e a falta de recursos financeiros para suprir a prestação exigida são arguidos. De acordo com esta pretensão defensiva, a reserva do possível funciona como limitador das prestações estatais, já que possibilita condicionar a prestação positiva do Estado à disponibilidade de recursos públicos. É possível, portanto, ao Poder Judiciário determinar a implantação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (TJPI, 2ª Câmara de Direito Público Apelação Cível nº 0814004-72.2018.8.18.0000, Relator: Des. José James Gomes Pereira).

De qualquer forma, é necessário encontrar soluções para a questão da efetivação do direito à saúde, por ser um direito fundamental, indissociável da vida e dignidade humana, sem que isso traga problemas de ordem econômica ao Estado, haja vista que o cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos exige a existência de recursos financeiros que suportarão as despesas públicas.

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, podemos compreender que o advento da Constituição Federal de 1988 representa um marco para a consagração do direito à saúde como “direito universal e obrigação do Estado”.

O tratamento constitucional dado à saúde, aliado à relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, assim como outros direitos e garantias fundamentais gerou espaço para a judicialização da saúde no Brasil.

Demais disso, sabemos que a omissão do Estado Brasileiro, especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo, sem falar das práticas de corrupção que dificultam a sociedade de ter acesso às ações e serviços públicos de saúde, além do subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, são fatores que contribuíram com a intensidade da judicialização da saúde.

Entretanto, a enorme quantidade de processos que discute a questão do direito à saúde, a postura do Poder Judiciário frente a tais demandas (emissão de decisões que não leva em consideração os custos dos direitos) e a escassez de recursos públicos tem trazido preocupações e críticas no ambiente científico, mas também no espaço político-econômico.

Instruir o Poder Judiciário, com uma política judiciária para a saúde, criando parâmetros e diretrizes decisórias para o julgamento das ações em saúde, pode ser uma alternativa para minimizar os impactos das decisões judiciais na economia do Estado.

Atentar para a realidade de que o Estado, muitas vezes, não está apto a custear todos os direitos expressos na Constituição, pois encontra barreiras na reserva do possível, é algo que precisa ser estudado no Brasil, pois muitas são as necessidades públicas, mas os recursos disponíveis são finitos/limitados.

Entretanto, o fato de que os direitos representam custos para a Administração Pública e que é necessária uma fonte de custeio, não é justificativa para que o Estado desconsidere suas obrigações para com a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles, a saúde.

O Estado não pode se eximir do dever constitucional de garantia do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, com o argumento do princípio da reserva do financeiramente possível.

Por outro lado, percebemos que a problemática tratada neste artigo é profunda e demanda esforços dos Poderes públicos para encontrarmos um meio do Estado cumprir com seu dever de garantir a todos o direito à saúde, sem que isso represente riscos para a sociedade e maior fragilidade para os cofres públicos.

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

5. REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 23 [3]: 801-820, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/tjyPSLJWZ4TB5ZQVM5tCxtc/?lang=pt>.

_____. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20 [1]: 33-55, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/kbWKmMKq4PjmT7gx3LRr4Yr/?format=pdf&lang=pt>.

Carvalho EC, Soares SSS, Andrade KBS de, Souza PD de O, Branco VN, et al. **Judicialização da saúde: reserva do possível e mínimo existencial.** Cogit. Enferm. [Internet]. 2021 [acesso em 06.07.2022]; 26f. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ce.v26i0.76406>. < Epub 10 Dez 2021. ISSN 2176-9133. <https://doi.org/10.5380/ce.v26i0.76406>.

CARVALHO, Victor Aguiar de. **A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos.** Revista Brasileira de políticas Públicas – CEUB. ISSN 2179-8338 (impresso) - ISSN 2236-1677 (on-line). Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br>.

DE CARVALHO Alb, Diniz AMS, Batista BN de M, Barbosa D de S, Rocha E, Santos OAN, do Nascimento RV. **Determinantes da judicialização da saúde: uma análise bibliográfica.** Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 16º de dezembro de 2020 [citado 5º de julho de 2022];9(4):117-34. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/670>.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Embargos Culturais – Os Custos dos Direitos – Parte I. Consultor Jurídico.** Disponível em: [ConJur - Embargos Culturais: Holmes e Sunstein demonstram o custo financeiro dos direitos](https://www.conjur.br/2022-jul-09-embargos-culturais-holmes-e-sunstein-demonstram-custo-financeiro-dos-direitos).

LIMA, Patrícia Araújo. **Desjudicialização da saúde: impactos da análise econômica do direito e da economia comportamental.** 2020. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2020. Disponível em: Repositório Institucional da Universidade Federal de Sergipe - RI/UFS - <http://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/13627>.

MARQUES, ALINE et al. **Judicialização da saúde e medicalização: uma análise das orientações do Conselho Nacional de Justiça.** Estudos Avançados [online]. 2019, v. 33, n. 95 [Acessado 09 Julho 2022], pp. 217-234. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0014>>. ISSN 1806-9592. <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0014>.

MULLER, Júlia Carolina; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **AMICUS CURIAE E O CUSTO DOS DIREITOS: A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO NAS CAUSAS QUE IMPLICAM CUSTOS EXCESSIVOS PARA O ESTADO E AS ESCOLHAS EM MEIO À ESCASSEZ DE RECURSOS.** Revista Jovem Pesquisador, Santa Cruz do Sul, v. 1, p. 110-119, 2010. Disponível em: <https://online.unsc.br>.

PAUSE, Ana Paula de Oliveira. **O DIREITO À SAÚDE E A ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA DO DIREITO: UM ENFOQUE SOBRE A EMERGÊNCIA DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA SOCIEDADE INFORMACIONAL.** Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede (2019). 14 f. ISSN 2238-9121. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-direito-anais>.

REVISTA ARTE, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DA FACULDADE CET

OLIVEIRA, M. dos R. M. (2013). **A Judicialização da Saúde no Brasil**. *Tempus – Actas De Saúde Coletiva*, 7(1), Pág. 79-90. Disponível em: <https://doi.org/10.18569/tempus.v7i1.1276>.

SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde: as teses do STF**. *Saúde em Debate* [online]. 2021, v. 45, n. 130 [Acessado 9 Julho 2022], pp. 807-818. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-1104202113018>>. Epub 18 Out 2021. ISSN 2358-2898. <https://doi.org/10.1590/0103-1104202113018>.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [1]: 77-100, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/?format=pdf&lang=pt>.

Ventura, Miriam. **Novas abordagens sobre a judicialização de políticas públicas no Brasil**. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. 2020, v. 36, n. 8 [Acessado 9 Julho 2022], e00156320. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00156320>>. Epub 17 Ago 2020. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00156320>.