

Economic Analysis of Law Review

Judicialização Predatória da Saúde e Falhas de Governo: Levando a Sério a Teoria da Escolha Pública

Predatory judicialization of health and government failures: taking public choice theory seriously

Marco Aurélio Souza da Silva ¹

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

RESUMO

O artigo tem por objetivo abordar a judicialização predatória das políticas públicas de saúde sob a perspectiva da teoria da escolha pública (*public choice theory*), corrente de pensamento que procura compreender o comportamento dos agentes públicos nas tomadas de decisões individuais e coletivas. O intenso debate sobre a judicialização da saúde tem girado em torno do confronto de argumentos sobre a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a escassez dos recursos orçamentários, o mínimo existencial, a reserva do possível, a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, a discricionariedade judicial, a dignidade da pessoa humana, a má gestão dos recursos públicos, o subfinanciamento do SUS e a articulação interinstitucional. Como forma de ampliar a compreensão desse complexo fenômeno a partir de pressupostos interdisciplinares, chama-se a atenção para a importância de entender os comportamentos dos atores envolvidos, especialmente no âmbito do governo, que ao longo do tempo contribuíram de alguma forma para o atual estágio da litigância, tomando como exemplo o Estado de Santa Catarina no período compreendido entre 2015 e 2018. Conclui-se que, para além da necessária construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as instituições estatais e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, mostra-se fundamental a criação de uma estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos envolvidos maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde; Análise Econômica do Direito; Teoria da Escolha Pública; Falhas de Governo.

JEL: K10; K32.

ABSTRACT

The article aims to address the predatory judicialization of public health policies from the perspective of public choice theory, a current of thought that seeks to understand the behavior of public agents in individual and collective decision-making. The intense debate on the judicialization of health has revolved around the confrontation of arguments about the maximum effectiveness of fundamental rights, the scarcity of budgetary resources, the existential minimum, the reservation of the possible, the separation of powers, administrative discretion, judicial discretion, the dignity of the human person, the mismanagement of public resources, the underfunding of the SUS and the inter-institutional articulation. As a way to broaden the understanding of this complex phenomenon from interdisciplinary assumptions, attention is drawn to the importance of understanding the behavior of the actors involved, especially within the government, which over time contributed in some way to the current stage litigation, taking as an example the State of Santa Catarina in the period between 2015 and 2018. It is concluded that, in addition to the necessary construction of shared solutions through dialogue between state institutions and the search for administrative conflict resolution in the health area, it is essential to create an incentive structure that allows public agents involved in maximizing the well-being of as many people receiving health services as possible.

Keywords: Judicialization of health; Economic Analysis of Law; Public Choice Theory; Government Failures.

R: 21/09/21 **A:** 14/04/22 **P:** 31/08/22

¹ E-mail: marcoaurelio_vet@yahoo.com.br

1. Introdução

A problemática da judicialização das políticas públicas de saúde existe há várias décadas, embora tendo se acentuado nas duas últimas. Ademais, ocorre em todas as esferas de governo, em nível federal, estadual e municipal, e envolve ações judiciais com diversos tipos de pedidos, como, por exemplo, medicamentos, internações, tratamentos, cirurgias, próteses, alimentos e vacinas, o que demonstra sua complexidade diante do vasto número de causas de pedir, especificidade de informações e consequências jurídicas. Apesar dos esforços empreendidos no sentido de subsidiar o juiz com elementos suficientes para a decisão mais adequada ao caso concreto em sede de direito à saúde, o que se tem percebido nas pesquisas sobre a judicialização em nível nacional é o debate que gira essencialmente em torno do confronto entre a necessidade de cumprimento desse direito fundamental, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do ente federado, de outro, sobressaindo a velha discussão entre a satisfação do mínimo existencial e a reserva do possível, com entendimentos variados sobre o núcleo conceitual, o conteúdo jurídico e o alcance desses institutos. Nesse contexto, também sobressaem discussões acerca da separação dos poderes, interferência na discricionariedade administrativa, legitimidade para decidir questões políticas ou conflitos distributivos, dignidade da pessoa humana, má gestão dos recursos públicos e subfinanciamento do SUS.

A pesquisa tem por objetivo abordar a judicialização predatória das políticas públicas de saúde sob a perspectiva da teoria da escolha pública (*public choice theory*), como forma de ampliar a compreensão desse difuso, multifacetado e complexo fenômeno a partir de pressupostos interdisciplinares. Busca-se lançar luzes sobre a importância de entender os comportamentos dos atores envolvidos, notadamente no âmbito do governo, que ao longo do tempo contribuíram de alguma forma para o atual estágio da judicialização da saúde, tomando como exemplo o Estado de Santa Catarina em determinado período (2015-2018).

Chama-se a atenção para as falhas de governo e como estas constituem fonte de custos sociais, que devem ser reduzidos ao máximo para que a prestação de saúde seja efetiva e eficiente e a judicialização minimizada. Uma vez reconhecidas as falhas de governo, como proposto pela teoria da escolha pública, é possível modificar a estrutura de incentivos no sentido de favorecer a eficiente prestação estatal, aumentando o ganho social líquido.

2. Políticas Públicas de Saúde e Sua Judicialização Predatória

Ao moldar o Brasil como Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) concedeu ao Estado brasileiro o papel de promotor da transformação social e de protagonista na realização de direitos sociais por meio de prestações positivas, veiculadas por políticas públicas que assegurassem direitos fundamentais individuais e sociais, entre os quais o direito à saúde. Consequência da mobilização social e da inspiração em sistemas de saúde europeus de concepção universalista, o direito à saúde encartado no art. 196 da CRFB/88 garantiu o acesso universal e gratuito aos serviços de saúde em todas as regiões do país, sob o dever do Estado de promover políticas públicas para atendimento integral da população. Como se extrai das reflexões de Paim (2016, p. 14), da lógica do seguro-saúde, como direito de acesso a serviços de saúde vinculados à contribuição previdenciária existente antes da CRFB/88, passou-se para a lógica da seguridade social, contexto em que o princípio da universalidade abrigado pelo SUS alçou a cidadania como elemento essencial e norteador da política pública de saúde, de modo que todos aqueles indivíduos que se encontravam à margem do acesso à assistência passaram a fazer parte do sistema por serem cidadãos, independentemente da condição social e econômica.

A importância do debate sobre políticas públicas tem ganhado relevância, sobretudo sob o aspecto da intervenção do Poder Judiciário quando determina a implantação de determinada política pública, modifica política já prevista pelo Executivo ou, mais especificamente, determina a execução de prestações de caráter individual ou coletivo (medicamentos, tratamentos, vagas em creches e escolas, entre outros). O caso da saúde tem sido emblemático.

São diversos os fatores que favorecem a busca do Poder Judiciário para a solução dos conflitos nessa área, entre os quais podem ser citados a interpretação extensiva do direito constitucional à saúde, os problemas de logística relacionados a atrasos na entrega de medicamentos ou insumos, a incorporação de novas tecnologias concebidas como medicamentos e tratamentos modernos e mais custosos, a crise econômica influenciada pelo desemprego e pelas dificuldades financeiras, a redução dos já escassos recursos orçamentários, as fraudes envolvendo advogados, servidores, médicos e pacientes, o envelhecimento populacional que leva a doenças crônicas que exigem tratamentos continuados, a própria regulação estatal da assistência farmacêutica, assim como a falta do sentimento de pertencimento ao orçamento público e a crise de confiança na política e nas instituições estatais.

O Poder Judiciário, ainda que no exercício de sua atividade de controle de constitucionalidade, tem sido um participante cada vez mais ativo na execução de políticas públicas no espaço democrático, momento em que juízes também passaram a fazer valorações pessoais em situações concretas e a exercer algum grau de comportamento ativista, como nos casos difíceis envolvendo o direito à saúde em sua dimensão individual. Nas últimas três décadas, a judicialização da saúde pública no Brasil apresentou uma trajetória crescente de busca judicial por medicamentos e tratamentos em face do Estado, contexto que evidencia a maior consciência das pessoas sobre os seus direitos, a maior disposição dos advogados públicos e privados em promover ações e a grande recepção do Poder Judiciário para acolher demandas individuais.

Entre os aspectos positivos está o fato de o Judiciário ampliar o exercício da cidadania, ao constranger o gestor público a concretizar as prestações de saúde previstas em políticas públicas prometidas e não executadas, em conformidade com o que determina o art. 196 da CRFB/88. Por outro lado, também existem aspectos negativos, como a desorganização do orçamento do Executivo, a realocação de recursos de outros programas de saúde, a desconsideração das prioridades governamentais e da capacidade de pagamento de tributos pela sociedade, o aumento das desigualdades de acesso aos serviços causados pelo atendimento judicial de prestações não contempladas nas políticas públicas do SUS, bem como o esgotamento do Poder Judiciário² em razão da enorme quantidade de demandas.

Ocorre que o acesso aos medicamentos ofertados pelo SUS, uma das principais causas de judicialização, envolve uma série de etapas nem sempre observadas pelos demandantes e magistrados, que vão desde a pesquisa clínica, passando pela autorização regulatória (ANVISA), avaliação da tecnologia (CONITEC), negociação de preço, incorporação, para somente então chegar à disponibilização ao cidadão. Nesse contexto, quando o Poder Judiciário determina ao ente federado a concessão de medicamentos sem avaliação clínica (como os experimentais), sem registro na ANVISA, sem avaliação da CONITEC ou sem incorporação pelas políticas do SUS (listas de medicamentos essenciais), com fundamento em simples prescrição médica, está a desprezar a

² É possível pensar o Judiciário como bem comum e, conseqüentemente, sujeito ao esgotamento quando se observa a relação entre os seus recursos materiais e humanos e o acesso à justiça representado por excessivas demandas, em alusão à conhecida história da “Tragédia dos Comuns”, ilustrada por Hardin (1968, p. 1244). A tragédia do Poder Judiciário corresponde ao esgotamento dos recursos jurisdicionais em prejuízo da sociedade, dado o seu uso excessivo e a sua incapacidade de prestar tutelas justas, tempestivas e efetivas (WOLKART, 2020, p. 313).

verificação da eficácia e da segurança desses medicamentos, colocando em risco a própria saúde do paciente que pretende proteger, bem como a sustentabilidade do sistema público de saúde.

Daí a importância de se qualificar a judicialização da saúde nessas situações como predatória. A maioria dos autores utiliza apenas a expressão genérica “judicialização da saúde”, enquanto alguns adicionam à essa expressão o adjetivo “excessiva” (BARROSO, 2009, p. 11-43; FRAZÃO; SILVA, 2017, p. 110) e outros que utilizam a adjetivação “nociva” (FERRAZ, 2019), a fim de qualificá-la e delimitá-la. Por não haver consenso, tem sido utilizada a expressão genérica. No presente trabalho adota-se em adição à expressão judicialização o adjetivo “predatória” (SILVA, 2021), por se entender mais apropriada ao caso, separando-a da legítima judicialização, considerada aquela em que os medicamentos e tratamentos incorporados ao SUS e constantes das políticas públicas de saúde não são oferecidos total ou parcialmente por falhas de gestão.

Um dos grandes problemas para o SUS tem sido a multifacetada e complexa judicialização, que em sua trajetória histórica contribuiu para desestabilizar ainda mais o sistema de saúde pública universal (e até mesmo o sistema privado), com forte impacto financeiro para a gestão pública. As ações judiciais precursoras iniciaram na década de 1990, em virtude da epidemia da AIDS, que provocou a mobilização dos portadores da doença e a busca da garantia do fornecimento de medicamento no Poder Judiciário (MS, 2006). No início da década de 2000 a judicialização da saúde já dava sinais de se tornar sério problema e, mesmo assim, não recebeu a atenção necessária das autoridades e dos administradores públicos, complicando ainda mais a gestão do SUS, na medida em que parte significativa das demandas ajuizadas são individuais, versam sobre medicamentos, insumos ou tratamentos sem evidência científica, sem amparo nos protocolos clínicos e nas listas oficiais, sem registro na ANVISA ou que tomam por base prescrições médicas insuficientes. Atualmente, com mais de um milhão de ações judiciais no país, a judicialização ainda é problema sem solução.

A trajetória histórica de concretização do direito fundamental à saúde no Brasil percorreu caminho acidentado, em razão de ter sido inicialmente entendido como norma programática e, depois, como direito subjetivo ou individualmente exigível. As decisões judiciais proferidas no final da década de 1990 pelo STF ecoaram para os anos seguintes, assentando que a proteção da inviolabilidade do direito à vida deveria se sobrepor ao interesse financeiro e secundário do Estado.

Essa postura interpretativa não ficou alheia a críticas, o que exigiu novos parâmetros jurídicos por parte daquela Corte Constitucional. Em 2019, o STF julgou dois recursos extraordinários em sede de repercussão geral - o RE 657.718/MG e o RE 855.178 ED/SE. O primeiro versava sobre medicamentos experimentais e medicamentos sem registro na ANVISA, cujo julgamento firmou as teses de que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; a ausência de registro na ANVISA impediria, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; de que era possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, quando preenchidos três requisitos; e de que as ações que demandassem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deveriam necessariamente ser propostas em face da União.

Já o segundo recurso extraordinário tratava sobre a responsabilidade solidária dos entes federados. Nessa decisão, restou firmada a tese de que em decorrência da competência comum os entes da federação são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade

judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.³

O STF tem servido de filtro para soluções jurídicas que nascem do forte debate em torno de argumentos favoráveis e contrários ao controle judicial. Os principais fundamentos a favor do amplo controle judicial das políticas públicas de saúde sustentam-se, de modo geral, na legitimidade contra majoritária do Poder Judiciário⁴, na busca pela máxima efetividade das normas constitucionais⁵, na discricionariedade judicial⁶ e no mínimo existencial⁷. Por outro lado, os fundamentos contrários ao controle judicial mais frequentemente utilizados, ou seja, que impõem limites ao Poder Judiciário, dizem respeito à sua ilegitimidade contra majoritária em face da separação dos Poderes⁸, ao ativismo judicial⁹, à judicialização da política¹⁰, aos custos dos direitos¹¹ e à reserva do possível¹².

³ Em 2020, o STF iniciou o julgamento de outro recurso extraordinário relacionado ao tema em sede de repercussão geral - o RE 566.471/RN, que versa sobre medicamentos de alto custo e não incorporados ao SUS. Ocorre que o julgamento foi suspenso, assim permanecendo até o fechamento desta pesquisa. Cabe também registrar que ainda resta pendente de julgamento no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5.595, que trata do financiamento da saúde, uma das principais causas atribuídas à sua intensa judicialização.

⁴ A legitimidade do controle jurisdicional está ancorada na garantia prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, ao prever a inafastabilidade do Poder Judiciário para a apreciação de lesão ou ameaça a direito e na função estatal de pacificação dos conflitos.

⁵ Dado que a hermenêutica constitucional se preocupa em dar a máxima efetividade possível às normas constitucionais, especialmente aquelas veiculadoras de direitos fundamentais, defende-se o fundamento de concretização do mínimo essencial desses direitos a partir da utilização de princípios constitucionais de elevada carga axiológica, fortemente influenciada pelo movimento neoconstitucionalista (PIRES, 2017, p. 321; BARROSO, 2005).

⁶ A discricionariedade judicial, caracterizada pela construção argumentativa do intérprete por meio de juízos de valor, que se liberta das amarras positivistas da mera subsunção mecânica dos fatos às normas, constitui instrumento valioso para a solução de casos difíceis. A questão problemática está no fato de que a discricionariedade judicial que exercem os juízes quando decidem utilizando princípios pode se tornar uma argumentação estratégica para a solução de conflitos jurídicos, a partir das suas convicções pessoais (VERBICARO, 2017, p. 259; BARROSO, 2018, p. 101-102).

⁷ A garantia do mínimo existencial compreende o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar as condições básicas para a existência humana digna (SCAFF, 2018, p. 316; SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 19, 25 e 30).

⁸ Tem sido caro ao Estado Democrático de Direito o debate acerca da jurisdição constitucional e da separação dos Poderes, notadamente porque a CRFB/88 elevou o Poder Judiciário à condição de garantidor dos direitos fundamentais, o que muitas vezes tem incentivado a expansão do protagonismo judicial em face do Legislativo e do Executivo (BICKEL, 1962).

⁹ O ativismo judicial está ligado à postura proativa de juízes na interpretação e concretização dos preceitos plasmados na Carta Política, sobretudo na expansão de sentido e alcance na proteção de direitos fundamentais. Apesar da multiplicidade de sentidos que cercam a expressão ativismo judicial, práticas ativistas apresentam conotação negativa, na medida em que se está diante de função judicante que extrapola os limites impostos pelo legislador constitucional (KOERNER, 2013, p. 69-76; LEAL; ALVES, 2015, p. 131-183; RAMOS, 2015, p. 131 e 142-143; ROSALEN, 2018, p. 131).

¹⁰ O argumento da judicialização da política remete à separação entre Direito e Política, marcas do constitucionalismo democrático, significando, a rigor, dar um tratamento judicial a questões que devem ser tratadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. A diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial não é algo simples e unívoco. A visualização concreta da judicialização da política é mais facilmente percebida na interferência de tribunais sobre a elaboração e os resultados de políticas públicas (FEREJOHN, 2012, p. 80-81; HIRSCHL, 2012, p. 30-34; TATE; VALLINDER, 1995; VIANNA, 2002; TONELLI, 2016, p. 26; VERBICARO, 2017, p. 339-363).

¹¹ Realizar direitos envolve despesas. O reconhecimento de que os direitos possuem custos não significa comprometimento de sua efetiva proteção, mas compreensão acerca da necessidade de otimização dos recursos públicos disponíveis e limitados, o que denota escolhas trágicas sobre onde investir prioritariamente. E se todos os direitos têm custos, alguém tem que pagar por eles, que é o Estado, a partir da arrecadação dos tributos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35 e 44; POSNER, 1996, p. 2).

¹² Considerando que a ideia de escassez guarda correlação com a reserva do possível, enquanto limite fático (pessoas, tecnologia etc.) e financeiro, é racional pensar que o cumprimento do direito fundamental à saúde demanda a existência de recursos suficientes para o seu atendimento, de maneira que esse direito só poderá ser efetivado na medida em que

Apesar dos avanços na jurisprudência, o STF não tem enfrentado de forma desejável o problema da judicialização da saúde, a fim de estabelecer critérios que confirmem o mínimo de segurança jurídica e permitam aos juízes de primeira instância decidir de maneira uniforme, alheios à emoção do caso concreto e de sua urgência. Passados mais de dez anos entre a audiência pública realizada em maio de 2009 e as citadas decisões em repercussão geral, a tensão entre demandas individuais e prestações coletivas ainda está longe de uma solução, especialmente em razão do foco predominante sobre a microjustiça de pedidos individuais por medicamentos, insumos e tratamentos (caso concreto), em detrimento da análise da macrojustiça (PINTO, 2019). Neste último caso, pressupõe-se o controle sobre as políticas públicas em sentido amplo, assegurando-se o respeito aos princípios constitucionais de universalidade e igualdade de acesso a bens e serviços de saúde, assim como os meios para a concretização das promessas constitucionais, em consonância com a capacidade financeira do Estado.

Sob o ponto de vista econômico, entende-se que quando o juiz decide conceder medicamento ou tratamento nessas complexas circunstâncias, isto é, quando sua decisão determina ao Poder Executivo que realoque parte dos recursos destinados aos serviços coletivos para o indivíduo demandante, sua ação racional lida com recursos escassos (financeiros, humanos, tempo), redistribui renda ou riqueza, gera incentivos para novas demandas individuais, promove externalidades negativas e custos de oportunidade ao excluir outros legítimos destinatários das políticas públicas de saúde. Não raro, o juiz toma decisão em meio a assimetrias de informações, custos de transação elevados e poderes de barganha entre demandante e demandado.

Contudo, a discussão no campo da judicialização da saúde não deve se ater apenas às falhas do Poder Judiciário, essencialmente atribuídas aos juízes no que respeita à melhor interpretação jurídica, mas também às falhas de governo, porque o Poder Executivo também contribui para a judicialização, sobretudo a predatória. Daí a possibilidade de ampliar a compreensão do fenômeno incluindo no debate a abordagem econômica, especialmente os pressupostos da escola de pensamento denominada teoria da escolha pública (*public choice theory*), como se verá na sequência.

3. Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*): uma Metodologia Para Compreender o Comportamento dos Agentes

O direito, apesar de ser um campo de regulação de comportamentos, não possui uma teoria sobre o comportamento humano, razão pela qual a abordagem econômica constitui instrumental teórico útil para auxiliar no entendimento de como os agentes sociais respondem a alterações em suas estruturas de incentivos. É o caso da metodologia da análise econômica do direito, que busca aplicar a teoria econômica, sobretudo a microeconomia, ao estudo do direito, adicionando à interpretação das normas jurídicas elementos como preferência¹³, escassez¹⁴, maximização

exista recurso disponível para tanto (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29; SCAFF, 2018, p. 295; MENEZES, 2015, p. 209).

¹³ A abordagem econômica assume que os indivíduos possuem preferências e, dessa forma, são capazes de ordenar as alternativas que lhes estão disponíveis conforme a sua utilidade, entendida como qualquer satisfação que se possa extrair de uma escolha, não se limitando a questões materiais ou monetárias (GICO JUNIOR, 2020, p. 15).

¹⁴ A noção de escassez parte da premissa de que os recursos na sociedade são finitos, enquanto os desejos humanos são infinitos. Logo, se existe escassez e a satisfação de dada necessidade humana exclui outra (*trade-off*), tal situação conduzirá inevitavelmente a uma escolha (SALAMA, 2008, p. 16; GICO JUNIOR, 2020, p. 17).

racional¹⁵, equilíbrio¹⁶, incentivos¹⁷, eficiência¹⁸, externalidades¹⁹, custos de transação²⁰, assimetria de informações²¹, consequencialismo²², oferta e de demanda²³, entre outros. Mas essa abordagem econômica não se limita à compreensão apenas do direito, podendo ser utilizada para analisar a tomada de decisão no âmbito da política, campo de estudo da teoria da escolha pública (TEP).

A TEP tem seu contexto histórico de surgimento marcado pelo final da Segunda Guerra Mundial, período de ascensão da teoria keynesiana e do protagonismo estatal, caracterizada pela maior intervenção do Estado na economia a fim de corrigir os efeitos das falhas do mercado e promover o desenvolvimento. Consiste em ciência localizada na interface entre economia e

¹⁵ O fundamento da maximização racional está na concepção de que a tomada de decisão individual se orienta pela ponderação racional entre benefícios e prejuízos, ou seja, diante de alternativas de condutas possíveis, o agente optará por aquela que lhe for mais vantajosa ou útil e que lhe traga maiores recompensas ou satisfações. Isso não quer dizer que os indivíduos racionais façam, conscientemente, cálculos a todo o tempo, mas que, na média, comportam-se como se estivessem ponderando custos e benefícios. Admite-se que predomina a concepção de racionalidade limitada, na medida em que os agentes nem sempre possuem informações perfeitas sobre a realidade e conhecem todas as consequências das diferentes alternativas decisórias (COOTER; ULEN, 2016, p. 12-13; PORTO; GAROUPA, 2020, p. 132-133; YEUNG, 2019, p. 116).

¹⁶ Os economistas costumam caracterizar todo fenômeno social como equilíbrio na interação de agentes maximizadores, sob a premissa de que o comportamento maximizador de um indivíduo ou grupo tende a impelir outros indivíduos ou grupos a fazer o mesmo em direção a um ponto de equilíbrio. Por exemplo, quando a demanda corresponde à oferta, diz-se que o mercado está em equilíbrio (COOTER; ULEN, 2016, p. 13).

¹⁷ Os incentivos estão ligados aos modelos de oferta e demanda no mercado e correspondem a preços implícitos, já que no ambiente de mercado os indivíduos procuram maximizar os seus benefícios por meio de escolhas que minimizem os seus custos. Assim como a diminuição do preço de determinado produto ou serviço incentiva o aumento da procura, o aumento do preço incentiva a diminuição da procura (SALAMA, 2008, p. 22).

¹⁸ A despeito das diversas definições do termo eficiência na literatura econômica e jurídica, costuma ser empregado no sentido da obtenção do máximo de benefícios com o mínimo de custos, ou seja, corresponde à otimização ou maximização de alguma medida de valor para satisfação de necessidades. Na abordagem econômica, consideram-se essencialmente a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks. O modelo teórico de Pareto concebe dada situação como eficiente quando não for possível melhorar a posição de uma das partes sem piorar a de outra, enquanto o modelo de Kaldor-Hicks considera eficiente a situação em que os vencedores ganham o suficiente para que possam compensar os perdedores, ou seja, ainda que uma das partes envolvidas tenha a sua situação piorada, deve haver a possibilidade de compensá-la (COLEMAN, 1980, p. 237-242 e 512-513).

¹⁹ As externalidades estão relacionadas com os impactos das ações dos indivíduos gerados sobre terceiros que delas não participaram. Se a ação ou decisão gerar benefícios para outras pessoas, a externalidade será positiva, ao passo que se produzir custos para outros a externalidade será negativa. Essa ideia é importante para a visualização dos custos sociais, que representam a soma dos custos privados com os custos advindos das externalidades (PORTO, 2019, p. 37-38).

²⁰ Os custos de transação estão relacionados aos impedimentos à negociação, ou seja, correspondem aos custos totais associados a determinada negociação e que influenciam na alocação eficiente dos recursos, como o custo de encontrar o que se quer no mercado, de buscar alguém para contratar, de deslocamento, de elaborar e fazer cumprir o contrato, de acesso a informações, entre outros. Do ponto de vista econômico, quanto mais baixos forem os custos de transação, mais eficiente e exitosa será a negociação, não importando a atribuição inicial dos direitos de propriedade (COASE, 1960).

²¹ A informação assimétrica se refere ao estudo das decisões dos indivíduos em negociações, em que uma das partes dispõe de mais ou melhor informação do que a outra, criando o desequilíbrio de poder nas transações e na alocação de recursos, contexto em que ganham relevo a relação agente-principal e os entraves à negociação (AKERLOF, 1970, p. 488-500).

²² A noção de consequencialismo adotada pela metodologia econômica está ligada ao fato de 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, de modo que essa avaliação é de cunho probabilístico ou consequencialista porque considera as consequências (e não as causas) que levarão à tomada da decisão. Aliás, dada a sua importância, o consequencialismo foi positivado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ao impor a obrigatoriedade de se examinar as circunstâncias do caso concreto e as consequências da tomada de decisão nas esferas administrativa, controladora e judicial.

²³ Oferta e demanda determinam a quantidade de bens e serviços produzida e o preço pelo qual serão vendidos, situação que revela como compradores e vendedores se comportam e interagem na alocação dos recursos escassos (MANKIW, 2015, p. 63-64).

política, na qual se procura compreender e prever o comportamento dos mercados políticos (governos, agentes políticos, eleitores, partidos políticos, servidores, candidatos a cargos, burocratas, entre outros), utilizando as técnicas analíticas da ciência econômica, especialmente a premissa da escolha racional, no modelo de comportamento de tomada de decisão coletiva (ROWLEY, 2004, p. 3).

Na definição de Tullock (2002, p. 3), “a Teoria da Escolha Pública é a análise científica do comportamento do governo e, em particular, do comportamento dos indivíduos com relação ao governo”.²⁴ Ao aplicar os métodos da economia às tomadas de decisões no âmbito dos governos e da política, a TEP leva em conta que o governo apresenta falhas, da mesma forma que o mercado, já que o autointeresse²⁵ que motiva as escolhas individuais na esfera privada igualmente motiva as escolhas coletivas na esfera pública. Significa que as pessoas também procuram economizar quando agem na condição de políticos, eleitores, servidores públicos ou em grupos de *lobby*, por exemplo, a fim de maximizar os resultados que desejam com o mínimo de gasto ou esforço. A TEP sustenta que as pessoas têm valores, motivações e desejos e que buscam maximizá-los. Mesmo o fato de uma pessoa querer ajudar outras pessoas constitui objetivo de servir aos próprios desejos ou aos próprios interesses. Por isso, assume que o interesse próprio é fator de motivação dentro do sistema político.

Alerta-se que a abordagem econômica da TEP não se confunde com a ideia de mais mercado, menos Estado ou com o neoliberalismo, ideologia que apoia o desenvolvimento do mercado e a redução da intervenção do Estado na economia, pois apenas procura evidenciar que, assim como existem as falhas de mercado, também existem falhas de governo. Essa corrente estuda as motivações das pessoas e como estas afetam os resultados do processo decisório coletivo, rejeitando a ideia de que a política busca apenas o interesse público (MUELLER, 2003, p. 1). É perturbador considerar que os tomadores de decisões políticas nem sempre estão imbuídos da defesa do interesse público, tendo em vista a existência de pessoas diferentes, com valores diferentes, interesses diferentes e grupos com propósitos diferentes.

Além das categorias clássicas da análise econômica do direito, também são utilizadas por essa corrente de pensamento outras categorias envolvidas nas falhas de governo, como *rent seeking* (busca de privilégios especiais), *logrolling* (troca de votos), grupos de interesse, burocracia e consentimento unânime. O *rent seeking* está relacionado com a busca de privilégios especiais (TULLOCK, 2002, p. 43), enquanto os grupos de interesses nada mais são do que associações de indivíduos que buscam promover os seus interesses comuns (OLSON, 2015, p. 34-48 e 65-67). Uma das principais consequências do *rent seeking* é a má alocação de recursos no mercado, vez que aqueles recursos que poderiam ser destinados ao desenvolvimento de novos produtos ou serviços, gerando riqueza, são subtraídos em benefício de determinado indivíduo ou grupo, prejudicando os investimentos e a inovação com os escassos recursos da sociedade.

O efeito mais perverso do *rent seeking* na sociedade é o de que os recursos envolvidos nesse comportamento não aumentam a produtividade e geram perda de pressão competitiva e, conseqüentemente, redução do bem-estar social. Por isso a proposta da TEP quanto à existência de rentismo e grupos de interesses vai além da esfera política, já que outros atores também se organizam para defender interesses próprios, sejam pessoas físicas ou jurídicas, servidores públicos,

²⁴ Tradução livre. No original: “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”.

²⁵ O autointeresse ou interesse próprio significa que os indivíduos, ao fazerem escolhas econômicas, levam em conta apenas o próprio bem-estar, ignorando o bem-estar dos outros.

médicos, advogados, juízes, empresas etc., desde que haja incentivos para se organizarem e fazerem *lobby*, inclusive junto a políticos.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a predatória judicialização das políticas públicas de saúde, em alguma medida, também opera com a busca de privilégios, considerando que a concessão judicial de medicamento ou tratamento a determinado indivíduo retira a renda previamente garantida pelo gestor público a determinada coletividade. Nesse caso, pode haver o rentismo por parte de juízes, pacientes, advogados, defensores públicos, servidores, gestores e empresas. Além disso, alguns atores pertencentes às instituições envolvidas na judicialização (como os advogados públicos) possuem prerrogativas definidas e campos de atuação específicos, sendo possível ocorrer colisão de interesses, o que não impede a formação de vários grupos de interesses a influenciar tais políticas, dando causa a falhas de governo ou à desarticulação no diálogo entre agentes e instituições públicas.

Outra categoria importante é a do consentimento unânime. A regra para a tomada de decisão coletiva costuma ser a maioria simples, situação bastante criticada pelos teóricos da TEP. Partindo da premissa de que os valores sociais não existem independentemente dos valores individuais na sociedade, o consenso ou a unanimidade consistiria na única possibilidade de se assegurar a troca benéfica (BUCHANAN; TULLOCK, 1999, p. 22-23). Por outro lado, a unanimidade implica alto custo de tomada de decisão, de modo que certa regra exigindo menos do que a unanimidade pode tornar mais fácil o processo de tomada de decisões, mas cria o risco de que indivíduos sejam explorados (BUTLER, 2012, p. 96-97). De fato, o ideal seria a unanimidade, porém, nas sociedades contemporâneas, conseguir que milhões de pessoas concordem em determinado ponto envolveria grande esforço e poderia ser impossível.

Por sua vez, o *logrolling* é o termo que significa troca de votos, situação comum observada nos parlamentos ou em sistemas políticos democráticos (TULLOCK, 2002, p. 23). No contexto da burocracia, há ampla margem para essa ação autointeressada, particularmente porque o rendimento dos agentes públicos pode ser difícil de definir.

O fenômeno da judicialização predatória da saúde pública pode ser visto pelas lentes da TEP desde o processo legislativo que materializou o direito à saúde na CRFB/88, partindo-se do pressuposto de que tal processo é tomado como um sistema microeconômico, no qual as escolhas políticas são resultantes de esforços maximizadores de utilidade individuais ou de grupos para promoverem seus próprios interesses.

Os momentos que antecederam a instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988 foram marcados por diversas demandas oriundas de setores políticos e sociais em busca de nova ordem, duramente reprimidas até o processo de transição democrática. A mobilização de setores sociais organizados envolveu vários atores, como governadores, sindicalistas, movimentos sociais, servidores públicos, trabalhadores, empresários, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), União Nacional dos Estudantes (UNE), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Brasileira de imprensa (ABI), representantes do Ministério Público e da Magistratura, associações civis, militares, entre outros (TOFFOLI, 2018, p. 232). As articulações e os conflitos de interesses produziram uma diversidade de reivindicações que perseguiram interesses próprios e refletiam, na prática, as assimetrias de poder de facções ideológicas específicas. Com os enormes custos de transação impostos aos setores menos favorecidos da sociedade, o que predominou foi a influência da troca de votos entre grupos de interesses mais organizados em busca de privilégios especiais, e não necessariamente a ação coletiva do povo brasileiro.

Tal situação revela a presença dos interesses individuais (individualismo metodológico), da maximização racional, da troca de votos (*logrolling*) e dos grupos de interesses tão estudados pela abordagem econômica da TEP. A institucionalização de privilégios por meio de expressivas prerrogativas de autonomia financeira e administrativa para certas instituições estatais na CRFB/88, como a garantia da estabilidade para servidores públicos e carreiras profissionais com vencimentos privilegiados são alguns exemplos da atuação interessada de pessoas e grupos.

No campo da saúde ocorreu a mesma lógica permeada por negociações entre os diversos setores progressistas e conservadores. Antes de 1988 já havia tendência de se universalizar o acesso à saúde e reduzir as desigualdades na cobertura, considerando as distinções na atenção à saúde decorrentes de o indivíduo estar ou não vinculado ao mercado formal de trabalho. Essa tendência foi marcada por lutas de movimentos sociais e mobilização pela denominada Reforma Sanitária brasileira, impulsionada por atores sociais reunidos em torno do movimento sanitarista descontentes com o modelo assistencial da época e que pleiteavam outro modelo que pudesse atender a totalidade dos brasileiros (MATHIAS, 2018, p. 26).

Os grupos de interesses na Reforma Sanitária, que desejavam transformações na área da saúde a partir de exemplos como os sistemas públicos e universais da Europa, exerceram forte pressão durante a ANC e foram os responsáveis pela criação do Sistema Único de Saúde Pública, com acesso universal e igualitário, hoje conhecido como SUS. Desse modo, a formação de consenso e dissenso em torno de temas complexos nos trabalhos constituintes, a pauta de prioridades e a constitucionalização de interesses corporativos, guardam íntima conexão com a perspectiva da TEP, mormente pelo comércio político necessário para estabelecer na CRFB/88 uma série de temas relacionados a direitos fundamentais, em especial os sociais, nos quais se enquadra o direito à saúde.

Os interesses vão além do Poder Constituinte Originário, que instaurou a CRFB/88, espalhando-se pelo Poder Constituinte Derivado, especialmente o Reformador, que modifica as normas constitucionais por meio de emendas, e pelos demais níveis da burocracia estatal nos quais os agentes particulares e do Estado, na qualidade de homens econômicos, comportam-se buscando maximizar seus próprios interesses de forma racional e utilitária, muitas vezes esgarçando preceitos constitucionais não desejados pelo legislador originário. Esse contexto ajuda a compreender muitas das opções feitas pelo legislador constituinte e que atualmente repercutem sobre a escassez de recursos e a eficiência da máquina estatal no que respeita ao direito à saúde.

Como se percebe de seus elementos, a TEP fornece explicações sobre como as diversas forças interagem no contexto do processo político de decisões coletivas. Por isso, a visão sobre *rent seeking*, grupos de interesses, troca de votos e burocracia, por exemplo, pode ajudar os formuladores de políticas públicas a identificar os potenciais obstáculos na Administração Pública, permitindo avaliar e estabelecer alternativas de estruturas institucionais, inclusive em relação à judicialização predatória da saúde.

Esses aspectos da TEP podem ser importantes para a análise da burocracia envolvida na execução das políticas públicas de saúde, especialmente se considerada a atuação dos seus agentes, como gestores, servidores, juízes e outros, no âmbito das respectivas instituições, inclusive nos grupos interdisciplinares de trabalho recomendados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a exemplo dos comitês estaduais de monitoramento e resolução de demandas de assistência da saúde e dos núcleos de apoio técnico ao Poder Judiciário. Nessa linha de raciocínio, não se pode ignorar que a execução das políticas públicas se dá com amparo em legislações e procedimentos administrativos que envolvem diversos atores e instituições que interferem na eficiência e na efetividade do direito fundamental à saúde, assim como na sua judicialização. Um exemplo de

como a TEP pode ser útil para a análise da judicialização pode ser visto no sistema de saúde de Santa Catarina, conforme se verá a seguir.

4. A Judicialização Predatória da Saúde Sob a Perspectiva da Teoria da Escolha Pública: o Exemplo de Santa Catarina Para Levar a Sério

A judicialização tem sido apontada como um fator desorganizador das execuções de serviços de saúde e dos recursos orçamentários programados, exigindo dos gestores manobras orçamentárias que impactam negativamente a gestão das políticas públicas em saúde existentes dirigidas à coletividade. No entanto, essa propalada desorganização dos recursos orçamentários programados não aparece de forma tão transparente quando se lançam críticas à judicialização, colocando apenas o Poder Judiciário como vilão.

Vejam-se, por exemplo, as situações identificadas durante auditoria sobre o tema realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCESC) em relação ao período de 2015 a 2018 (TCESC, Acórdão n. 522/2020, 2020). Na ocasião, constatou-se a existência de enorme dívida na área da saúde no Estado; deficiências na utilização de indicadores para avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos; ausência de rotina de cruzamento de dados como mecanismos de prevenção e detecção de fraudes ou riscos de conflitos de interesse relacionados à judicialização de medicamentos; deficiências e falhas de sincronização nos sistemas de informação utilizados pela Secretaria de Estado da Saúde (SES) para acompanhamento das ações judiciais; impossibilidade de extração de relatórios completos nos sistemas informatizados; deficiências relacionadas aos registros de pacientes falecidos nos sistemas do órgão; bem como falhas na comprovação da entrega de medicamentos pelo Estado.

Além disso, também foram constatadas fragilidades no controle e na execução de ressarcimentos de valores devidos ao Estado pela União; ausência de controle efetivo sobre a fiscalização da prestação de contas dos valores sequestrados por meio de ordens judiciais; deficiências no controle e gerenciamento do estoque de medicamentos judiciais; expressivo volume (e valor financeiro) de devoluções de itens de saúde judiciais das Regionais e dos Municípios; fragilidades no controle da dispensação de itens de saúde adquiridos pelo Estado para atender às demandas judiciais; insuficiente estrutura do Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS/SC) para colaboração com todas as comarcas do Estado; ausência de sistema informatizado que permita o registro, o controle e a avaliação de todas as demandas e da produção do NAT-JUS/SC; atendimento intempestivo às solicitações do Tribunal de Justiça do Estado (TJSC); e, ainda, insuficiência de mecanismos para a resolução administrativa de conflitos.

Alguns desses dados obtidos pela auditoria do TCESC merecem ser destacados para os fins deste artigo. Um dos mais relevantes, talvez, seja o fato de que a Administração Pública estadual na área da saúde não utiliza, de forma sistemática, indicadores e diretrizes para avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos. Isso demonstra o quanto é afetada a tomada de decisão no âmbito do sistema de saúde do ponto de vista da eficiência. A ausência de indicadores ou ferramentas para monitoramento das demandas judiciais implica desconhecimento da realidade da judicialização, afeta a avaliação dos resultados das próprias políticas públicas adotadas pelo gestor da pasta, cria um ambiente de incerteza e contribui em certa medida para a litigância, gerando precedentes e mais litigância, o que coloca em dúvida o discurso de que apenas a judicialização tem afetado negativamente o orçamento estatal.

A produção e organização de dados de forma incompleta ou incorreta gera informações incompletas e incorretas, induzindo os gestores a erro na tomada de decisão, como na constatação

emblemática sobre a falta de mecanismos eficientes de controle de estoque de medicamentos demandados judicialmente. Pode-se afirmar que a ausência de dados ou indicadores confiáveis e a falta de transparência contribuem para o incremento da judicialização predatória no Estado Catarinense, dada a carência de informações técnicas disponibilizadas ao tomador de decisões para estabelecer estratégias de enfrentamento ou contenção da litigância.

A ineficiência se agrava quando se verifica o elevado montante de medicamentos devolvidos. O montante em itens de saúde adquiridos para atender a demandas judiciais propostas contra o Estado e que foram devolvidos pelos Municípios à administração central da SES correspondeu a R\$ 52.952.538,03, o que equivale a uma devolução média anual em torno de R\$ 15 milhões. Apenas em 2017, foram devolvidos 11,53% (R\$ 14.291.089,30) do total adquirido (R\$ 123.988.235,37). Identificou-se que, entre os 20 itens de saúde (incluindo medicamentos, insumos e fórmulas) mais devolvidos em 2017, pelo critério de valor financeiro, encontravam-se 13 medicamentos, que estão entre os 20 mais adquiridos naquele ano pela SES para atender a demandas judiciais. Vale dizer que 65% dos 20 medicamentos mais devolvidos em 2017 estão entre os 20 de maior montante adquirido no mesmo ano.

Além disso, nos anos de 2015, 2016 e 2017 foram incinerados o equivalente a R\$ 2.319.497,58 em medicamentos judiciais por prazo de validade vencido e R\$ 11.717,57 por conta de deterioração, totalizando R\$ 2.331.215,15 de perdas. Ainda que ponderados os motivos das devoluções dos medicamentos, como suspensão de tratamento, óbito, mudança de posologia, suspensão de liminar e produto avariado, sobressai a ineficiência permeada pela burocracia e pela falta de consideração da escassez dos recursos, tendo em vista o orçamento limitado e já fragilizado pela própria judicialização.

As conclusões da auditoria do TCECSC no sentido de que a SES não realiza de forma eficiente e efetiva o controle dos valores sequestrados ou bloqueados, tampouco possui normatização específica sobre a responsabilidade de fiscalização da prestação de contas, também dá suporte às falhas de governo quanto aos sistemas utilizados para o acompanhamento das ações judiciais. Se o Estado Catarinense tivesse, por exemplo, controle sobre as taxas de reversibilidade e de recorribilidade acerca das ações judiciais referentes à saúde, poderia reduzir significativamente a assimetria de informações entre as partes, tornando mais eficiente a alocação dos recursos escassos. Sem informações confiáveis e fidedignas não há como identificar as alternativas à disposição, realizar racionalmente as escolhas e as tomadas de decisões capazes de gerar os melhores incentivos e atingir os resultados pretendidos de forma eficiente, aproveitando ao máximo os recursos.

Diante dos escassos recursos, a assimetria de informações na própria Administração gera tomadas de decisões com custos de transação enormes, já que o descontrole ou a ineficiência na gestão aumenta o risco de prejuízo aos cofres públicos, além de contribuir com externalidades negativas para os beneficiários do SUS (muitos deixarão de obter insumos e serviços, afetando o seu bem-estar), a ineficiência do sistema e incentivos para a judicialização não desejada.

Pode-se afirmar, dadas as evidências, que as irregularidades constatadas nos dados extraídos da auditoria do TCECSC são geradoras de consequências que correspondem a externalidades negativas, além de indutoras de assimetria de informações não apenas para o próprio gestor, como também para os contratantes e os destinatários das políticas públicas de saúde no Estado de Santa Catarina. As assimetrias de informações no âmbito da SES se somam às deficiências existentes na forma de articulação entre as instituições envolvidas no fenômeno da judicialização do acesso a medicamentos, como entre a SES e a Procuradoria Geral do Estado (PGE), na medida em que repercutem na dificuldade de subsidiar quem atua na defesa do Estado com informações relacionadas ao cumprimento das determinações judiciais.

Outro indicativo das falhas de governo que pode ser extraído dos dados da auditoria do TCESC diz respeito à constatação da baixa utilização da capacidade de análise do NAT-JUS/SC (30% em 2016 e 58% em 2017); do apoio técnico prestado apenas a cerca de 10% das comarcas do Estado de Santa Catarina; do atendimento de somente 3 das 10 cidades mais populosas do Estado (São José, Palhoça e Jaraguá do Sul); do não atendimento das comarcas com maior número de processos (Florianópolis, Blumenau, Braço do Norte, Lages, Tubarão, Joinville, Chapecó, Imbituba, Brusque e Laguna); e do atendimento intempestivo às solicitações do Tribunal de Justiça (45% dos processos instruídos em 2016 e 77% dos processos instruídos em 2017 tiveram resposta em prazo superior a 72 horas).²⁶

Some-se a isso a situação da dívida acumulada na área da saúde. Observou-se que entre 2012 e 2017 atingiu o montante de R\$ 1.080.061.824,01, dos quais R\$ 591.534.559,05 se referiam a valores contabilizados e R\$ 488.527.264,96 a valores não contabilizados, ou seja, despesas que não foram objeto de registro contábil e que não passaram pelo estágio de empenho. Tais circunstâncias podem sugerir que as tomadas de decisões ocorrem diante de assimetrias de informações que se perdem na burocracia do Estado. Essas falhas também podem indicar que alguns de seus agentes não exercitam o planejamento orçamentário, em afronta à legislação pertinente e em benefício de interesses outros, que não o interesse público. As consequências reveladoras do *déficit* orçamentário ainda podem evidenciar, no limite, o resultado de interações de vários agentes públicos tomando decisões como pessoas comuns, e não decisões coletivas emanadas do Estado enquanto corpo orgânico separado da coleção de seus indivíduos.

Ainda que não haja elementos concretos que permitam afirmar quais os agentes do governo e de que forma perseguiram seus interesses e objetivos ao realizarem suas escolhas, é possível inferir que do ponto de vista governamental não se buscou utilizar os recursos públicos à disposição da melhor maneira possível, em prol do interesse público. Esse descompasso financeiro do Estado tende a revelar, ainda, a presença de assimetria de informações entre o Estado e os contratados, porquanto os agentes econômicos (no caso, empresas) e políticos (Estado) não estão devidamente informados ou detêm diferentes quantidades e qualidades de informações, desconhecendo a realidade dos custos da saúde, de suas variáveis e da própria judicialização predatória.

As externalidades negativas individuais e coletivas para os contratantes e a sociedade contribuinte também podem incentivar o agir oportunista, o problema de agência, a seleção adversa, o risco moral, o aumento dos custos sociais, entre outras consequências evidenciadas pela abordagem econômica do fenômeno. Tamanho desequilíbrio gera a baixa maximização racional da utilidade para melhor alocação dos recursos na sociedade, dirigida à concretização das políticas públicas de saúde, deixando expostos os enormes custos de transação e a ineficiência estatal.

A partir dos dados extraídos da auditoria do TCESC, constata-se que a ineficiência do Sistema de Saúde no Estado de Santa Catarina naquele período examinado igualmente pode estar associada a não utilização, por parte da SES, de um mecanismo importante nas litigâncias envolvendo a saúde, que é a resolução administrativa de conflitos. Partindo-se da ideia de que os postulantes na via judicial não consideram os benefícios e os custos sociais advindos do processo envolvendo o direito à saúde, e que entre os custos sociais estão as elevadas despesas com a manutenção da infraestrutura material e humana do Poder Judiciário (custos de administração), os

²⁶ Desde a sua criação, o atendimento do NAT-JUS/SC foi ampliado para comarcas estaduais e varas federais sem que houvesse registro, controle e avaliação da sua capacidade de atendimento. Os dados da auditoria revelam a ineficiência da prestação de serviços do núcleo de apoio, com desperdício de recursos públicos, tendo em vista a complexidade da matéria, a urgência da solicitação por parte do juiz para subsidiar a sua decisão e a condição de fragilidade do paciente demandante, vez que o atraso na prestação jurisdicional pode ter implicações mais gravosas para sua saúde. Isso pode ser decorrência do comportamento de agentes públicos que resistem à adoção de práticas efetivas e eficientes que acontecem em outras localidades, a exemplo do Município de Joinville.

litígios nessa área poderiam ser bem menos dispendiosos se houvesse acordos administrativos ou extrajudiciais antes da propositura das ações. Por outro lado, havendo interesse dos postulantes e dos gestores públicos em solucionar o litígio de forma administrativa, caberia ao Estado propiciar as condições mínimas para a concretização do ajuste.²⁷

Nesse contexto em particular, a abordagem econômica pode contribuir para a criação de incentivos à cooperação entre as partes envolvidas no litígio em busca de acordo, reduzindo os custos de transação, a quantidade de novas ações judiciais propostas e, conseqüentemente, tornando o Poder Judiciário mais célere, menos dispendioso e mais eficiente na área da saúde. A criação de incentivos à cooperação tende a gerar equilíbrio e saldo positivo a ser dividido entre as partes envolvidas, considerando que cada uma buscará os resultados que mais valorize, maximizando sua utilidade no processo. A situação de equilíbrio pode até ser o ponto em que uma das partes ganhe, sem que a outra tenha que perder (eficiência de Pareto), ou, então, que o ganho obtido por uma delas possa compensar a perda de outra e ainda gerar saldo positivo (eficiência de Kaldor-Hicks).

A implantação de política institucional com mecanismos voltados à prevenção e à resolução administrativa de conflitos no âmbito da SES, de forma pré-processual e cooperativa, seria medida racional, flexível e eficiente, possibilitando a redução dos custos de transação, das estratégias oportunistas dos demandantes, do número de ações judiciais e do aumento da eficiência do Sistema de Saúde. Ainda que outros dados estatísticos complementares sejam necessários para afirmações categóricas sobre a extensão das falhas de governo no campo da saúde pública catarinense, não se pode afastar a possibilidade de que a não utilização de solução administrativa ou cooperativa extrajudicial, tomada como solução ótima para as partes, esteja sendo influenciada em grande medida pelas deficiências na organização das informações destinadas a dar suporte às tomadas de decisões, como a ausência de banco de dados com informações fidedignas e atualizadas sobre a quantidade de litígios, os itens de saúde pleiteados, os custos envolvidos e os resultados de cada demanda ajuizada, até mesmo os custos da estrutura administrativa da própria Administração Estadual.

Um rígido controle sobre as diversas informações relacionadas à judicialização da saúde, inclusive dos custos de montar estrutura e dotar profissionais de conhecimento sobre autocomposição ou mediação, poderia dar melhores condições ao gestor para desenvolver incentivos ao pensamento cooperativo entre os atores envolvidos (médicos, pacientes, defensores públicos, advogados, servidores etc.), a fim de satisfazer de forma efetiva e eficiente o direito fundamental à saúde do paciente, potencial demandante judicial.

Outro ponto importante a ser destacado é a complexidade da judicialização da saúde pública no Estado, especialmente no campo dos medicamentos. Os dados da auditoria evidenciam que menos de 30% da judicialização no Estado Catarinense decorre do não fornecimento de medicamentos incorporados, significando que a judicialização predatória é de cerca de 70%. O alto percentual de judicialização de medicamentos não padronizados, em Santa Catarina, não destoa tanto de outros Estados da Federação. São despesas de milhões de reais de recursos públicos do SUS com medicamentos que não passaram pelo crivo da ANVISA para atestar a segurança e

²⁷ O CNJ tem procurado estabelecer uma política de incentivo às soluções extrajudiciais de conflitos sobre saúde, estimulando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem órgãos ou processos extrajudiciais a fim de analisarem demandas em etapa prévia à judicialização. A busca pela solução consensual dos conflitos também foi a opção adotada pelo Código de Processo Civil, inclusive com a criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito da Administração Pública, e pela Lei de Mediação, que inclui a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

eficácia da substância, e depois serem incorporados, e que, portanto, nem poderiam ser comercializados no País.

Sob a perspectiva econômica, verifica-se que quando o demandante ajuíza ação contra o Estado para fornecimento de medicamentos ou tratamentos não previstos nas políticas públicas do SUS, a riqueza (medicamento ou tratamento) auferida corresponde ao elevado benefício privado frente ao baixo custo para o autor, por um lado, e ao elevado custo social frente ao baixo benefício à sociedade, por outro. O dilema que os postulantes das ações impõem pode também ser percebido na comparação feita pela auditoria do TCESC entre as despesas de itens de saúde para atender às demandas judiciais entre 2010 e 2017, oriundas da Justiça Estadual e da Justiça Federal (R\$ 1.039.956.361,50), e para atender os hospitais próprios do Estado (R\$ 625.538.471,80). Essa situação evidencia que as demandas judiciais concorrem pelos recursos que financiam o acesso a medicamentos ofertados a toda a população catarinense, incrementando outras desigualdades sociais (saneamento básico, moradia, renda, educação, nutrição etc.) que, direta ou indiretamente, dialogam com a saúde. A competição entre os recursos para atender os hospitais e para atender às decisões judiciais revela diversas premissas da abordagem econômica, na medida em que se considera que os recursos são finitos.

É sabido que a judicialização da saúde se apresenta como elemento que incrementa um cenário já delicado, porquanto envolve deficiências na cobertura igualitária de serviços, má-gestão dos recursos públicos, subfinanciamento do SUS e desabastecimento (falta de medicamentos). Somem-se a isso a forte influência da indústria farmacêutica, que oferece produtos para induzir a demanda (demanda induzida pela oferta), as rápidas e intensas inovações tecnológicas que promovem qualidade de vida e incentivam o desejo de “consumo de saúde”, as prescrições médicas com valor de título executivo judicial (médicos geram demanda), muitas vezes indicando medicamentos *off label*, experimentais ou sem registro na ANVISA, o desconhecimento das políticas públicas do SUS por parte de médicos, juízes, advogados e pacientes, as decisões baseadas apenas na urgência médica, as falhas da Administração Pública e as deficiências na atenção primária.

Portanto, o fenômeno da judicialização predatória da saúde pública sob a percepção econômica da TEP, em especial no Estado Catarinense, revela que pouco se conhece acerca da essência das políticas públicas estatais concretizadoras de direitos fundamentais, no que respeita ao processo de formulação e execução dos programas sociais por parte da Administração Pública. Não há dúvidas de que a compreensão do comportamento dos indivíduos no âmbito dos órgãos do Executivo e do Judiciário exige ir além da dogmática jurídica e do próprio direito. Por isso, não é difícil perceber a conexão entre a predatória judicialização da saúde pública e a abordagem econômica da questão, sobretudo considerando o Estado social de natureza intervencionista e as expectativas da sociedade quanto à concretização dos fins traçados pela CRFB/88, nas quais estão inseridas as pressões por ampla e imediata fruição dos direitos sociais, como a universalização da saúde.

5. Conclusões

A eficiência na Administração Pública não significa maximização da acumulação de riqueza, mas um instrumento que permite concretizar o interesse público e os direitos fundamentais, como é o caso da saúde, da melhor forma possível com os recursos disponíveis, inclusive servindo de parâmetro para formulação e avaliação de políticas públicas, até mesmo para estabelecimento de marcos regulatórios nessa área. Ainda que não haja conceito unívoco acerca do que seja justiça ou até mesmo eficiência, fato é que a ineficiência será sempre injustiça, dado que o desperdício em ambiente de recursos escassos e necessidades ilimitadas é injusto e não desejável. Por essa razão,

afirma-se que a prestação de serviços de saúde também deve ser eficiente, já que o desperdício de recursos não pode ser justificado pelo interesse público. Adotar a eficiência na Administração Pública ou no Judiciário não significa desprezar a promoção dos direitos, pelo contrário, significa otimizar a gestão e dar maior efetividade aos direitos fundamentais ao menor custo possível.

A primeira conclusão é de que não existem dados fidedignos e completos produzidos pelo governo estadual, a fim de subsidiar análises, diagnósticos, soluções e projeções acerca dos problemas que envolvem a complexidade da judicialização da saúde no Estado Catarinense. A ausência de dados confiáveis causa assimetria de informações e externalidades negativas, prejudica as tomadas de decisões individuais e coletivas e a própria articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça. Ademais, o ambiente de assimetria de informações pode permitir que os agentes (laboratórios farmacêuticos, advogados e outros) mais bem informados tenham maiores chances de se organizar em grupos de interesse e de capturar a Administração Pública.

A segunda conclusão se revela na importância da utilização de preceitos derivados das ciências econômicas no direito, devendo ser levado a sério o fato de que os direitos têm custos, os recursos são escassos, as ações geram consequências, as normas e as decisões judiciais produzem externalidades positivas e negativas, os governos falham, a má gestão das políticas públicas de saúde provoca distorções no sistema e o êxito na judicialização predatória incentiva novas demandas. Nesse sentido, os pressupostos teóricos da TEP podem levantar reflexões importantes para avaliar o processo de tomada de decisão dos agentes e suas consequências, modificar arcabouços normativos e, assim, enriquecer o direito na área da saúde.

A terceira conclusão evidencia que é possível promover melhorias nas instituições estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça envolvidas com a judicialização predatória do acesso a medicamentos e tratamentos de saúde no Estado de Santa Catarina, fornecendo-se incentivos aos seus atores para que se comportem de maneira socialmente desejada, tomem decisões eficientes, efetivas e voltadas à maximização de interesses sociais. Sabendo-se que os resultados dos processos decisórios são influenciados pelos incentivos existentes, pode-se elaborar políticas regulatórias no âmbito do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça que incorporem incentivos comportamentais que tragam maior eficiência nas decisões e efetividade nos resultados no que respeita à judicialização da saúde. Para além da necessária construção de soluções compartilhadas por meio do diálogo entre as instituições estatais envolvidas (articulação interinstitucional) e da busca de resolução administrativa dos conflitos na área da saúde, a criação de incentivos para o material humano envolvido na judicialização se mostra fundamental porque, ao fim e ao cabo, são as pessoas que individual e coletivamente tomam decisões.

Em sua aparente simplicidade, significa desenhar uma estrutura de incentivos que permita aos agentes públicos envolvidos (na condição de servidores, juízes, advogados, auditores, promotores, médicos, farmacêuticos, entre outros) maximizar o bem-estar do maior número possível de pessoas destinatárias de serviços de saúde. Tal estrutura deve abarcar o mapeamento de informações empíricas e representativas da realidade da saúde pública e das consequências da sua judicialização no Estado, a fim de servir como ferramenta de apoio ao processo decisório e de parâmetro de atuação administrativa e judicial mais realista e eficiente. Esse mapeamento estatístico de informações deve ser feito conjuntamente com órgãos e instituições estatais do Sistema de Saúde e do Sistema de Justiça, especialmente no âmbito do núcleo de apoio técnico ao Judiciário (NAT-JUS), do comitê estadual de monitoramento e resolução de demandas de assistência da saúde (COMESC), do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCESC), do Tribunal de Justiça estadual (TJSC), da Procuradoria Geral do Estado (PGESC), da Defensoria Pública e do Conselho Regional de Medicina, de maneira articulada, compartilhada, convergente e contínua para formação de um grande banco de dados de acesso interno e externo.

Deve-se incentivar a transparência e a divulgação das informações em meio eletrônico de amplo acesso à sociedade, tornando públicas as consequências das decisões judiciais quanto à origem dos recursos econômicos realocados pela Administração Pública e os programas negativamente afetados. Com isso, tende-se a fortalecer as instituições, promover a melhoria da qualidade dos serviços e dos interesses sociais na área da saúde, ampliar o acesso à saúde pública e minimizar a judicialização predatória.

Reconhece-se que desenhar incentivos aos agentes públicos, apesar de fundamental, é parte da solução para o problema, já que a judicialização da saúde constitui fenômeno complexo, difuso e multifacetado. No entanto, acredita-se que, aliado à análise jurídica, a abordagem econômica da questão, notadamente pela TEP, pode ser de grande valia para compreender o problema de modo mais amplo e para além da dogmática jurídica, estimulando novas pesquisas teóricas e empíricas sobre o tema.

6. Referências

- AKERLOF, George. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, v. 9, n. 34, p. 11–43, abr./jun., 2009. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out., 2005.
- BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing, 1962.
- BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais/Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999 [1962].
- BUTLER, Eamonn. **Public Choice: a primer**. London: The Institute of Economic Affairs, 2012.
- 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.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2016.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, set./dez. 2019.
- FRAZÃO, Carlos Eduardo; SILVA, Raphael Carvalho da. Judicialização de políticas públicas: os desafios técnicos e jurídicos na justiciabilidade dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, New Series, v. 162, n. 3859 [Dec. 13, 1968], p. 1244. Disponível em: <https://www.hendrix.edu/uploadedFiles/Admission/GarrettHardinArticle.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: VALLINDER, Tobjörn *et al.* **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP** [online], n. 96, 2013.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MANKIOW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima e Ez2 Translate. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.
- MATHIAS, Maíra. Os sistemas universais na encruzilhada: ainda há espaço para a garantia do direito à saúde no capitalismo de hoje? **Revista Poli: saúde, educação e trabalho**, Ano X, nº 59, julho 2018.
- MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.
- MUELLER, Dennis C. **Public Choice III**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

- PAIM, Jairnilson Silva. A macropolítica de saúde pública. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 491, Ano XVI, 22 ago. 2016.
- PINTO, Élide Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. **Revista Consultor Jurídico**. 21 mai. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.
- 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.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROSALEN, Volnei. **Judiciário e política: fatos e versões da crise do Judiciário do Brasil a partir de sua estrutura e dos litígios**. Curitiba: Juruá, 2018.
- ROWLEY, Charles K. Public Choice from the Perspective of the History of Thought. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich (Eds.). **The Encyclopedia of Public Choice**. V. I. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, n. 22, mar/2008.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Processo @RLA 18/00189572, Acórdão n. 522/2020, Rel.: Cons. Cleber Muniz Gavi, julg.: 06/07/2020. Disponível em: <http://consulta.tce.sc.gov.br/diario/dotc-e2020-11-17.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- 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.
- SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização predatória das políticas públicas de assistência farmacêutica e a *Public Choice Theory* (teoria da escolha pública): a (in)eficiência da articulação entre o Sistema de Saúde e o Sistema de Justiça sobre o acesso judicial a medicamentos e tratamentos no Estado de Santa Catarina. Tese (doutorado) – Universidade Federal de

Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**, 1995.

TOFFOLI, José Antonio Dias. O Poder Judiciário através da história: antes e depois da Constituição Federal de 1988. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. Todas as ditaduras do século 20 foram jurídicas. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 494, ano XV, 03 out. 2016.

TULLOCK, Gordon. The theory of public choice. In: TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure: A Primer in Public Choice**. Washington: Cato Institute, 2002, Part I.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**, 2002.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.