

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA DIANTE DO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL ATUAL

LAW AND ECONOMICS OF THE RIGHT TO PUBLIC HEALTH ACCESS IN VIEW OF THE CURRENT CONSTITUTIONAL REGULATION

Marisa Rossignoli*

Paula Rialto**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a importância da ciência econômica para o direito e de que forma ela poderá contribuir por meio da Análise Econômica do Direito para a maximização do direito à saúde. O direito à saúde é um direito constitucional, garantido pelo art. 196 da CF a todos os cidadãos brasileiros, sendo dever do Estado prestá-lo por meio das políticas públicas. Ocorre que, apesar de ser um direito e dever, de termos o Sistema Único de Saúde justamente para essa finalidade, o que se vê na prática é uma concessão desenfreada do judiciário em dar tudo para todos, sem um crivo sobre o impacto econômico e social. Com isso, se verificará quais são os postulados da Análise Econômica do Direito e de que forma eles podem contribuir para a concretização desse direito, pois fornece instrumentos úteis para avaliar se as políticas públicas escolhidas pelo Estado atingem tal finalidade, bem como, para a sua aplicação quando levado ao judiciário. Verifica-se que a Análise Econômica do Direito deve ser usada de forma a não permitir que a garantia do direito de alguns exclua muitos usuários de acesso a procedimentos e medicações por parte do SUS.

Palavras-chave: Direito a saúde. Políticas Públicas. Análise Econômica do Direito.

Abstract: This article aims to demonstrate the importance of economics for the law and how it can contribute through the Economic Analysis of Law to maximization of the right to health. The right to health access is a constitutional right, guaranteed by art. 196 of the Constitution to all Brazilian citizens, and it is the duty of the State to provide it through public policies. However, despite being a right and a duty, and despite having the Unified Health System for this very purpose, what we see in practice is an unbridled concession by the judiciary to give everything to everyone, without a sieve on the economic and social impact. Thus, it will be verified which are the postulates of the Economic Analysis of Law and how they can contribute to the realization of this right, because they provide useful instruments to assess whether the public policies chosen by the State achieve this purpose, as well as, for its application when taken to court. The Law and Economics must be used so as not to allow the guarantee of the right of some to exclude many users from access to procedures and medications by SUS.

Keywords: Right to health access. Public policies. Law and Economics.

Recebido em: 06.02.2023. Aprovado em: 18.12.2023.

* Professora do PPGD-UNIMAR-SP. Graduada em Economia - UNESP; Mestre em Economia - PUC-SP; Doutora em Educação - UNIMEP; Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia para Marília -SP. E-mail: marisarossignoli@unimar.br. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.

** Mestranda em Direito pela UNIMAR (Marília-SP, Brasil). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD (São Paulo-SP, Brasil). E-mail: rialtoadv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6591-1310>.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL À SAÚDE; 2. DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO MÉTODO; 3. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da sociedade, tanto o Direito como a Economia passaram a enfrentar problemas de coordenação, estabilidade e eficiência nas relações comerciais. Enquanto o Direito é um exercício de hermenêutica, buscando justiça, a Economia é essencialmente empírica, buscando ser científica. O principal é que a crítica econômica ocorre pelo custo, enquanto a crítica jurídica se dá pela legalidade.

Essa interligação necessária tem sido chamada de Análise Econômica do Direito, pois o raciocínio jurídico considerado tradicional, já incorporou raciocínios econômicos, uma vez que, assim como o aspecto jurídico traz temas como cálculo de danos, preço e preferências, o raciocínio econômico compõem também a atividade interpretativa.

Para uma melhor eficiência, com controle e redução das externalidades, eis que os recursos são finitos, é indispensável diminuir as falhas de mercado, tarefa árdua diante de direitos fundamentais previstos nas Constituição Federal. Esses por sua vez, mais especificamente o direito fundamental à saúde, tem previsão nos arts. 196 a 200 de nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988), o que deve prever um acesso aos serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação da saúde que deve ser universal e igualitário, sendo direito de todos e dever do Estado em fornecê-lo (CANOTILHO, 2015).

Mas, sendo necessário equacionar a alocação de recursos, para a execução de serviços, diminuindo os prejuízos, passa a ser relevante discutir o alcance das regras constitucionais, sendo necessário considerar não apenas os benefícios, mas também os custos de determinada escolha. Até mesmo porque, de acordo com Canotilho (2015, p.16) “independentemente de contribuição para o sistema, denominado SUS (Sistema Único de Saúde) pela CF/88, todo cidadão em território brasileiro tem direito às prestações de saúde”.

A Constituição Federal garante a saúde pública como um direito do cidadão, obrigando o Estado a se organizar instrumentalmente para dar eficiência a tal direito fundamental (SUS). De outra banda, surgem os interesses privados da indústria

farmacêutica, patrocinando estudos particularizados para dar suporte aos produtos que fabrica, na ânsia de vincular a venda mediante ordens judiciais, fazendo surgir um profundo desequilíbrio entre o que foi planejado com o que terá que ser executado compulsoriamente, ante a ingerência do Poder Judiciário, falha de mercado que conduz à uma falha de governo, pois a alocação indevida de recursos é inevitável, condenando o sistema como um todo.

Por isso, o estudo dessa análise econômica na concretização desse direito fundamental é tão imprescindível. Para tanto, no primeiro tópico do presente artigo será abordada a necessidade da atuação estatal para concretização desse direito fundamental. Posteriormente, se pontuará sobre os principais postulados da análise econômica do direito, entendendo-se o seu arcabouço teórico para aplicação desse método, para, no derradeiro tópico, demonstrar como é possível haver a contribuição desse movimento para a formatação das estruturas normativas e das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais, em especial, à saúde.

1. DO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

De acordo com Linhares e Segundo (2016, p.295) “[...] a proclamação dos direitos fundamentais do homem, de maneira explícita nas Declarações de Direitos e sua inserção nas Constituições, é algo recente, tendo-se assentado após a Segunda Grande Guerra”.

Mas fato é que as ideias originárias à noção de direitos humanos fundamentais são bem mais antigas do que o surgimento do constitucionalismo, que foi o que consagrou nas Cartas Políticas a previsão desses direitos, tendo como objetivo à época limitar os abusos de poder do Estado e de suas autoridades constituídas.

À medida que a sociedade evoluiu, com tantos avanços tecnológicos, também há o surgimento de novos interesses para a humanidade, não sendo estáticos os direitos com previsões históricas de uma determinada civilização.

Para Linhares e Segundo (2016, p.295):

Deveras, o Direito – muito mais que o conjunto de leis ou normas que regem as relações entre os homens – é produto de sua cultura, nasce e se modifica ao sabor dos valores eleitos pela sociedade em dado momento histórico. Por isso mesmo, temos preconizado que os atores do Direito,

notadamente os magistrados, precisam desvencilhar-se daquela concepção anacrônica de que o mais importante é o bom manuseio das regras processuais. Livres dessa ideia preconcebida, passarão a compreender a necessidade de aprofundar seus conhecimentos não só no campo jurídico, mas também nas diversas áreas das ciências humanas, como a Filosofia, a História, a Antropologia, a Sociologia e a Psicologia, tornando-se verdadeiros realizadores do direito e da justiça, e não simples autômatos aplicadores da lei, proibidos de interpretá-la.

No mesmo sentido é o entendimento de Bobbio (1992) que assevera que os direitos do homem se modificaram, e continuam a se modificar por inúmeros fatores, dentre eles as condições históricas por carecimento dos interesses das classes. Exemplifica que alguns direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, tiveram suas limitações nas declarações contemporâneas, já outros, que sequer foram mencionados, atualmente são proclamados com grande ostentação nas recentes declarações, como é o caso dos direitos sociais.

O que se conclui é que os direitos nascem quando devem ou podem nascer, ou seja, no seu momento devido. Isto porque, o próprio homem passa a exercer seu poder sobre o outro, de forma que, por meio de todo avanço tecnológico amplia a capacidade do ser humano de dominar a natureza e seus semelhantes, criando novas ameaças à liberdade do indivíduo e descobrindo novos remédios para atender suas indigências.

Para Bobbio (1992) “[...] tais ameaças devem ser enfrentadas mediante limitações do poder, enquanto os remédios são providenciados por meio da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos da liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado”.

Com todo o avanço tecnológico que se desenvolveu após a revolução industrial, começam a focar o horizonte no bem-estar material desenhado pela sociedade moderna. É neste momento que nascem os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, além dos chamados direitos coletivos, os quais dependem de uma maior amplitude do poder estatal.

Entende-se por direitos sociais, de acordo com Bobbio (2000, p.501): “[...] o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como

indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos”.

A caracterização desse direito é que seu reconhecimento e proteção não decorrem apenas do interesse primário do indivíduo, mas também do interesse geral da sociedade a qual este faz parte. E o Estado, como representante da coletividade, deve realizar sua intervenção positiva na criação de institutos que tornem possível o acesso à saúde, direito fundamental que será aqui discutido.

Questiona-se ainda sob qual dimensão estaria o direito constitucional à saúde. A respeito disso, Marmelstein (2009, p. 58-59) esclarece:

Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc.) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).

A grande verdade é que, independentemente da dimensão a que esse direito pertence, impõe-se aos agentes políticos, jurídicos e sociais o dever de agir de forma que possibilite a todos a sua fruição, não sendo suficiente o mero reconhecimento de sua existência.

E para falar sobre políticas públicas de saúde, necessário se faz mencionar o art. 196 da Constituição Federal de 1988 em razão da sua previsão ali expressa. O dispositivo é claro em prever que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao

acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ashbar (2004, p.9) argumenta que o direito à saúde é um direito humano social e em razão de ter caráter coletivo necessita de uma ação efetiva do Estado para sua concretização a todos os cidadãos. Porém, esclarece que para a sua concretização judicial alguns limites devem ser respeitados, como por exemplo: reserva do possível – a saúde depende da alocação de recursos que são finitos; princípio da proporcionalidade – o que será observado e considerado para adequação no caso de colisão entre direitos; reserva de consistência – que no caso das ações judiciais, implica na necessidade de explicitação de todos os motivos que levaram o juiz a tomar sua decisão.

Nesse sentido, uma das políticas adotadas para implementação desse direito à saúde, foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que é constituído como um conjunto de ações e serviços de saúde prestados por instituições mantidas pelo Poder Público e por instituições privadas conveniadas. Por esse sistema, temos uma organização hierarquizada e regionalizada, o qual também regula a relação público-privada no país, em decorrência da segmentação do mercado de assistência à saúde, do qual o SUS também lida com um sistema privado subsidiado pelo Estado.

Mas ao contrário do que muitos pensam, não basta apenas a oferta e o acesso a serviços médicos e hospitalares para garantir esse direito constitucional, sendo necessário também compreender o seu contexto econômico e social, com o reconhecimento de outros fatores que condicionam o estado de bem-estar e de saúde de todos os cidadãos por meio da implementação de políticas econômicas e sociais.

A questão que se buscará discutir é como formatar a atuação estatal (políticas públicas) de forma que seus efeitos concretos gerem uma máxima efetivação do direito à saúde? Tal dúvida é pertinente, até mesmo porque, verifica-se que o Judiciário toma inúmeras medidas sob a justificativa de proteção destes direitos, mas os resultados dessa intervenção acabam não produzindo os efeitos esperados e que beneficiem a toda coletividade.

E considerando que o objetivo do presente artigo é demonstrar de que forma a ciência econômica pode contribuir para a maximização desse direito social, é que se buscará

explicar sobre os postulados gerais da ciência econômica quando em diálogo com as instituições jurídicas, por meio do método denominado Análise Econômica do Direito.

2. DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO MÉTODO

Surge na década de 70 e em contraposição à visão predominante na teoria jurídica e do utilitarismo, o movimento intelectual da *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), o qual propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica (ALVAREZ, 2006).

Sob uma perspectiva da concepção acerca da natureza do direito e da conduta humana, para a AED, os indivíduos são como criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses em quaisquer situações, razão por que na perspectiva econômica o próprio direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes.

O início desse movimento se caracteriza pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito, mais especificamente com a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do Bem-estar (ALVAREZ, 2006).

De acordo com Alvarez (2006, p.52) a análise econômica do direito teve início com os trabalhos de Ronald H. Coase, em que se analisava o problema do custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado, com ênfase na inconsistência da economia de bem-estar, recebendo novos impulsos com a consolidação desse movimento por Richard Posner.

Já para Spector (2003, p.9) sobre esse método, é premissa fundamental do modelo que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas, bem como, que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar instituições jurídicas.

Assim, podemos concluir que a análise econômica do direito é uma tentativa de tornar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos

perante as regras e os efeitos destas na obtenção de resultados eficientes. Com base nisso, conclui Pacheco (1994, p.39):

[...] O direito influi nos comportamentos através de duas formas: pela primeira, fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação, é o preço de conduzir-se de determinada forma e, pela segunda, fixa o direito na média em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade.

Insta ressaltar, que pela teoria de Posner (2020), um dos resultados deste método introduz-se no processo de tomada de decisões um enfoque consequencialista, dando uma fundamentação econômica à teoria do direito e, neste sentido, mais do que focar nos efeitos das normas, deverá ter como escopo a eficiência e, portanto, o princípio da maximização, podendo contribuir decisivamente na verificação da maneira mais adequada de atuação estatal para a concretização dos direitos fundamentais, no caso, direito à saúde.

Para que isso seja possível, é necessário mencionar os principais alicerces teóricos do método da AED. De acordo com Gico Júnior (2005, p.15), a concepção inicial para a compreensão do instrumento analítico da análise econômica do direito é admitir a escassez dos recursos da sociedade para a satisfação das inúmeras necessidades sociais. Isto porque, se não houvesse tal escassez, não haveria conflito e necessidade de satisfazer tais direitos, uma vez que todas as necessidades já estariam supridas.

Como segundo postulado temos o pressuposto fundamental da racionalidade do comportamento humano. Esse postulado consiste na ideia de que as condutas individuais são orientadas de acordo com uma ponderação racional entre benefícios e prejuízos atrelados a determinada ação ou omissão. Significa dizer que o ser humano, frente a duas ou mais opções de condutas possíveis, optará pela opção que, de acordo com sua avaliação, for a mais vantajosa.

Com base neste postulado, podemos verificar de que modo a análise econômica compreende o sistema jurídico. Pelo lado econômico, temos que o ordenamento jurídico consiste em uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos seus agentes. E pelos ensinamentos de Forgioni (2005, p.248) um dos postulados da análise econômica é que as normas jurídicas consubstanciam incentivos ou desestímulos, sendo as sanções

normativas simples preços que influenciam a relação custo-benefício de seus comportamentos.

De forma sucinta, quanto maior for a convicção do indivíduo de que a aplicação da norma jurídica irá aumentar seus prejuízos, maior será o efeito da norma na escolha de suas condutas, pois, em sendo racional haverá a orientação na escolha de seu comportamento pela opção que lhe pareça mais benéfica.

Por fim, temos ainda a eficiência como um dos principais fundamentos teóricos da AED. Isto porque, consiste em alocar e dispor dos recursos escassos de modo a maximizar a satisfação das necessidades, tendo dois modelos de eficiência que são mais conhecidos: o modelo teórico de Pareto, no qual uma situação é eficiente quando não é possível melhorar a posição de uma das partes envolvidas sem piorar a posição de outra parte; e o modelo de Kaldor-Hicks, que uma situação é considerada eficiente quando o prejuízo causado a uma parte é menor do que o proveito da coletividade, possibilitando uma compensação da perda com o ganho e gerando uma maximização da riqueza social (ALVAREZ, 2006; RIBEIRO & CAMPOS, 2012, p. 318)¹.

Sobre a eficiência, Galdino (2005, p.261) entende que a sua busca nas instituições jurídicas não significaria simplesmente tornar a eficiência econômica o escopo de todo o fenômeno jurídico. Para ele, a eficiência teria que ser buscada nos limites dos valores morais e éticos da sociedade, observando-os conforme as medidas que maximizem a satisfação de tais valores, pensando-se na possibilidade de formatação de políticas públicas eficientes para concretização dos direitos fundamentais, no caso, à saúde.

Tendo sido explicado sobre a Análise Econômica do Direito e seus postulados, importante entendermos agora a aplicação dessa ciência econômica para a concretização desse direito constitucional.

¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, jan/jun. 2012.

3 APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme demonstrado até aqui, a saúde é um direito fundamental a todos os cidadãos e dever do Estado em fornecê-lo, o que no Brasil foi consolidado pelo Sistema Único de Saúde.

Importante mencionar que, apesar de existir esse sistema que visa a universalidade de acesso à saúde, garantindo à saúde a todos os cidadãos brasileiros, a realidade não é essa. Temos que lidar com a realidade social, política e econômica que não é suficiente de recursos para prover tudo o que de fato é de direito.

Nesse sentido, busca-se com a contribuição da análise econômica do direito, dos seus postulados e princípios, de que forma podemos obter a maximização desse direito à saúde, de acordo com os efeitos almejados, ou seja, de forma eficiente.

Fato é que, em razão de haver falhas por meio das políticas públicas no cumprimento deste direito fundamental à saúde, há um aumento na judicialização entendido como um efeito adverso ao princípio da integralidade. Isto pode ocorrer por alguns motivos, mas os principais são em razão da complexa relação que se estabelece entre os setores públicos e privados no sistema de saúde, o qual tem tido um papel decisivo na indução do uso de novas drogas e tecnologias, o qual é concedido pelo poder judiciário, tudo sob o manto da universalidade e integralidade.

Os impactos econômicos do fenômeno da judicialização da saúde, especialmente nos pedidos de medicamentos, são crescentes e assustadores, sendo objeto de constantes estudos sobre a eficiência e utilização dos recursos públicos, na aplicação do princípio constitucional da universalidade do acesso à saúde. Isto porque, mesmo havendo planejamento e execução para a efetividade deste princípio para a população, muitos cidadãos recorrem ao Poder Judiciário, pedindo algo que já lhe fora disponibilizado, desde que dentro dos protocolos clínicos do SUS.

Mas, o Poder Judiciário, em nítida ingerência no Poder Executivo, determina o custeio de tratamentos particularizados, onerando o orçamento e comprometendo todo o

planejamento financeiro para a execução do SUS, acatando prescrições médicas sem apoio nas políticas públicas de saúde, gerando rombo orçamentário que vem sendo estudado.

Dado o tamanho do Programa SUS de Saúde e sua integralidade, que atende milhões de pessoas no Brasil, consumindo boa parte do orçamento, questiona-se haver falha de governo em razão dessa dimensão gigantesca ou se por ingerência do Judiciário, tornando insuficiente as previsões orçamentárias para a execução do programa.

O certo é que, em se mantendo as atuais tendências de aumento nominal do gasto público com saúde no Brasil, as despesas com o SUS atingirão R\$700 bilhões em 2030, sem considerarmos o envelhecimento da população, o aumento do peso das doenças crônicas, e a incorporação de novas tecnologias. Entre 1980 e 2015, o gasto federal com a saúde cresceu mais rápido do que o PIB (a média de crescimento geométrico anual foi de 3,7% e 3,4% respectivamente². Melhorias de eficiência poderiam diminuir estes impactos, com espaço fiscal necessário à consolidação do SUS ao permitir o investimento em áreas essenciais, como expansão da APS, aumento da qualidade da atenção e melhor acesso à serviços especializados, eis que, estima-se que os ganhos de eficiência poderiam resultar em ganhos (nominais) de até R\$115 bilhões em 2030.

Porém, ninguém duvida que o Sistema Único de Saúde significa importante avanço na busca dos direitos e a redução das desigualdades sociais, trazendo relevante economia diante dos programas disponibilizados, com repercussão direta no orçamento da pasta. Por exemplo, houve redução da taxa de mortalidade infantil, que de 1980 a 2015, reduziu de 85 para 14 por mil crianças nascidas vivas³, via Atenção Primária de Saúde, por meio da Estratégia de Saúde da Família (ESF), havendo evidências da relação entre expansão da ESF com a redução na taxa de mortalidade e de internação por doenças cardiovasculares e acidente vascular cerebral. Em municípios com coberturas de ESF maiores que 70% foram

² MEDICI, André. Gastos com saúde e ciclo econômico no Brasil: uma análise do período 1980-2015. **J Bras Econ Saúde** 2017; 9 (Supl.1):103-107.

³ VICTORA, C. G. et al. *Health conditions and health-policy innovations in Brazil: the way forward*. **The Lancet**, v.377, n.9782, p. 2042-2053, 2011.

observadas reduções nas taxas de mortalidade por AVC e por doenças cardiovasculares – 31% e 36% menores, respectivamente⁴.

Inobstante os resultados positivos e avanços do SUS desde sua criação, há também limitações e dificuldades de diferentes naturezas enfrentadas, que se mostram ainda mais complexas na área da saúde, com os desafios do processo de descentralização, a responsabilidade dos municípios, o papel do setor privado da saúde e sua relação com o setor público, bem como, a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de participação social.

O caráter universal do SUS a ser mantido pelo Estado, está sempre em discussão pelo impacto econômico ao País, diante das dificuldades que se enfrenta com crise fiscal e redução do orçamento público.

Isto porque, é indissociável o conceito de integralidade com o princípio da universalidade, pois seria possível para qualquer país desenvolvido possibilitar o acesso aos serviços de saúde dando “TUDO PARA TODOS”, ou seria necessário haver limites a tais serviços? Este é um dilema de todos os sistemas universais de saúde, incluindo o brasileiro, pois motivado pelo envelhecimento populacional, aumento da carga de doenças crônicas e pela introdução acelerada de novas tecnologias em saúde, há impacto direto na sustentabilidade financeira dos sistemas de saúde, pelo aumento anual de seus custos.

Na falta de soluções rápidas e práticas, sem atropelar as regras constitucionais, mas com a certeza de que a universalidade deve ser mantida, surgem discussões sobre qual seria uma forma de limitar esse acesso universal. Nesse sentido, caminham as pesquisas indicando que para regular os serviços oferecidos pelo SUS, deve-se fortalecer os mecanismos de avaliação de tecnologias em saúde (ATS), adotando protocolos clínicos fundamentados na medicina baseada em evidências científicas, limitando o conhecido “achismo” médico, que onera o erário, pelas judicialização da saúde.

É neste sentido que a Análise Econômica do Direito pode contribuir, por meio de seus postulados poderemos examinar se as políticas públicas escolhidas pelo Estado são

⁴ RASELLA, Davide et al. *Impact of primary health care on mortality from heart and cerebrovascular diseases in Brazil: a nationwide analysis of longitudinal data*. **TheBMJ**, v. 348, p. 1-10, 2014.

FONTÃO, M. A. B.; PEREIRA, É. L.. Projeto Mais Médicos na saúde indígena: reflexões a partir de uma pesquisa de opinião. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 21, p. 1169–1180, 2017.



eficientes para a máxima concretização deste direito. Além disso, outro ponto importante para que as políticas públicas sejam eficientes, é imprescindível contenha uma estrutura de incentivo que estimule o comportamento dos agentes de maneira adequada à efetivação do direito à saúde, mas de forma que tenha o máximo de aproveitamento dos recursos.

Para Posner (2000, p.230), a única coisa razoável que podem fazer os juízes é estabelecer regras que maximizem a dimensão do bolo econômico, deixando que a repartição seja atribuição da gestão, legislativo e executivo, o que é questionado por FISS porque a maximização pode ser racional, de acordo com a racionalidade econômica, mesmo buscando fins antissociais ou utilizando meios imorais, mas não razoável porquanto o razoável introduz um elemento normativo que suaviza o empirismo rígido das explicações.

Em razão de tudo isso é que se justifica a aplicação dessa ciência econômica, do instrumento teórico da Análise Econômica do Direito, para interpretação e consolidação de determinada orientação interpretativa jurisprudencial, justamente para que haja uma análise de impacto socioeconômico dessa interpretação desenfreadamente liberal.

Acredita-se que com a utilização dos conceitos de racionalidade, custos e externalidades, ou seja, a aplicação efetiva dessa teoria econômica, entende-se que haverá uma máxima efetivação e concretização do direito à saúde, num contexto de escassez de recursos. Além disso, destaca-se que a resolução dos casos concretos necessita de uma análise sobre os efeitos econômicos e sociais de determinada interpretação judicial, evitando a consolidação de estruturas que incentivem condutas contrárias aos direitos constitucionais.

Por fim, é nítido que a ciência econômica tem muito a somar ao Direito, sendo imprescindível a utilização da Análise Econômica do Direito para a maximização e efetivação do direito à saúde para o maior número de cidadãos brasileiros, fazendo isso por meio da avaliação dos efeitos econômicos das leis e orientações jurisprudenciais, orientando os interpretes sobre o impacto econômico e social de decisões desenfreadas que concedem tudo à todos, restringindo o direito àqueles que de fato necessitam das políticas públicas que o Estado realiza.

CONCLUSÃO

Superado o que é e quais são os postulados da Análise Econômica do Direito, bem como, que o direito a saúde é um direito constitucional que deve ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos, visualizamos gargalos que podem ser superados com a utilização desse instrumental proveniente da ciência econômica.

Em razão dessa obrigatoriedade do Estado em fornecer esse direito social, este deverá contar com as políticas públicas, medidas legislativas, executivas e judiciárias para que se alcance o resultado que se busca, que é a concretização desse direito. Mas essas medidas, por vezes acabam não atingido o tão almejado resultado, havendo a necessidade do acionamento do poder judiciário.

É neste momento também que a Análise Econômica do Direito entra em ação para maximização e efetivação do direito a saúde para todos. Isto porque, para ações estatais voltadas à concretização de direitos fundamentais, é imprescindível que se avalie os efeitos de tais medidas e decisões, a fim de que se opte pelas que produzam resultados que sejam para um maior aproveitamento e benefícios de todos.

O grande paradoxo é como regulamentar ou otimizar a atuação estatal em face do direito à saúde, universal e integral, estampado na Constituição Federal em seu artigo 196 e seguintes, garantindo aos cidadãos a saúde pública, com observância de toda estrutura organizacional implementada pelo SUS – orçamento e logística -, diante do crescimento da sobrevida humana, novos medicamentos e tecnologias terapêuticas, com a queda na arrecadação e limitações orçamentárias, o que, em tese, violaria este preceito constitucional, oportunizando irem buscar o Poder Judiciário para suprir ou obter a plenitude do direito violado, onde o juiz, em substituição ao Poder Executivo, determina o fornecimento de medicamentos e terapias analisando apenas o caso concreto, individual, restrito a uma relação entre o cidadão e o Sistema Único de Saúde, o que vem dilapidando financeiramente o Poder Público, com severos e nocivos reflexos na ordem pública, direito coletivo, já que os demais cidadãos ficarão desguarnecidos com tais decisões judiciais, eis que o cobertor é curto e as despesas crescem em progressão, falindo o sistema que adota a universalidade e integralidade como princípios básicos de saúde pública.

É justamente a análise econômica do direito, que irá fornecer dados para obrigar uma melhor regulamentação sobre tal universalidade e integralidade, sem ceifar os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações**. Revista DES – Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 2006, n. 29. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287>>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

ANDRIGHETTO, A. **Análise econômica do direito e algumas contribuições**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 76–91, 2013. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.socioambiental.04.001.AO04. Disponível em: <https://pucpr.emnuvens.com.br/direitoeconomico/article/view/6131>. Acesso em: 15 dez. 2021.

ASBAHR, Péricles. **Considerações sobre o direito humano à saúde**. Revista de Direito Sanitário, v. 5, n. 3, p. 9-28, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso 10 nov 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, BARCHA, Érica Paula. **Direitos fundamentais sociais**. Saraiva: 2015. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639/>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CIARLINI, Alvaro Luis de A S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2013. 9788502197732. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/>. Acesso em: 13 dez. 2021.

FORGIONI, Paula A. **Análise Econômica do Direito (AED): Paranoia ou mistificação?** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, jul/set 2005.

GICO JUNIOR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun 2010.

LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2016. 9788597006575. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>. Acesso em: 1 dez. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Grupo GEN, 2015. 9788522497652. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/>. Acesso em: 4 dez. 2021.



MARMELSTEIN, George. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho – una reconstrucción teórica.** Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard. **El Movimiento del Análisis Económico del Derecho.** In: ROEMER, Andrés (org). Op.cit., p. 230; BUCHANAN, James M. Buena Economía. Mal Derecho. In: ROEMER, Andrés (org.). Derecho y Economía: una revisión de la Literatura. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 123-132.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, jan/jun. 2012.

SPECTOR, Horacio. **Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado.** Doxa, nº 26, 2003.

THE WORLD BANK. **Notas de políticas públicas - Por um ajuste justo com crescimento compartilhado.** 23 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/brazil-policy-notes>> Acesso em: 12 dez. 2021.

