XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE I

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARCOS VINÍCIUS VIANA DA SILVA

LUIZ BRÁULIO FARIAS BENÍTEZ

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Luiz Bráulio Farias Benítez; Marcos Vinícius Viana da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-648-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE I

Apresentação

O XXIX Congresso Nacional do CONPEDI – Balneário Camboriú, em seu Grupo de trabalho Direito a Saúde, apresentou diferentes temas relacionados ao direito fundamental a saúde, servindo esta apresentação como introdução aos artigos apresentados neste GT, informando desde já, que os temas se completam e permitem o devido aprofundamento teórico prático.

O primeiro artigo, "PATOLOGIAS ZOONÓTICAS NA ERA DO ANTROPOCENO: UMA ANÁLISE SANITÁRIA DA VARÍOLA DOS MACACOS (MONKEYPOK) COMO EMERGÊNCIA DE SAÚDE GLOBAL" de autoria das pesquisadoras Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Sandra Regina Martini, discutiu como o desequilíbrio dos limites do planeta terra produzem obstacularizações à vida terrestre, e configuram patologias biológicas e sociais, que transcendem as fronteiras impostas pelo Estado-Nação.

O artigo intitulado "SAÚDE E POBREZA: O "APARTHEID VACINAL" INSTAURADO PELA COVID-19 DIANTE DA DINÂMICA PERVERSA DA VARIANTE ÔMICRON", escrito por Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, tratou da crise sanitária e humanitária, potencializadas especialmente pelo período pandêmico, e as consequências em todos os países do mundo.

O estudo desenvolvido por Edith Maria Barbosa Ramos, Eliane De Jesus Cunha Pires e Fabrício Alberto Lobão de Oliveira, denominado de "DESENVOLVIMENTO SOCIAL EM SAÚDE: PERSPECTIVA JUDICIALIZADA", tratou da judicialização no tocante ao direito à saúde e como este fenômeno tem se manifestado na implementação de políticas públicas como fator de desenvolvimento social.

"JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS, PRAGMATISMO JURÍDICO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO" foi desenvolvido por Marcos Vinícius Viana da Silva e Hernani Ferreira, e se ocupou de discutir como judicialização da saúde tem crescido no âmbito jurídico brasileiro, e faz-se necessário sua análise com base nos efeitos econômicos nos entes federados.

Patricia Candemil Farias Sordi Macedo e Milena Petters Melo escreveram o artigo intitulado "A ATENÇÃO À SAÚDE INDÍGENA COMO DEVER DO ESTADO: UMA DECISÃO EMBLEMÁTICA NA ADPF 709", que tratou de uma discussão teórica para a reflexão crítica sobre a complexidade da proteção da saúde como direito de todos e dever do Estado, na especificidade dos sujeitos e comunidades que constituem a sociedade brasileira.

"A ATUAÇÃO DO STF FRENTE AO CONFLITO DE COMPETÊNCIAS NA PANDEMIA DE COVID-19", produzido por Márcia Haydée Porto de Carvalho, Fredson De Sousa Costa e Wanderson Carlos Medeiros Abreu, abordou a crise do federalismo brasileiro, levando em consideração o debate sobre o sistema de repartição de competências no federalismo brasileiro na área da saúde.

"A AUTONOMIA DO IDOSO FRENTE AO TRATAMENTO PARA SARS-COV-2 (COVID-19) E A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE", de autoria de Gabriel Trentini Pagnussat, Fabio Caldas de Araújo e Luiz Roberto Prandi, apresentou pesquisa sobre a autonomia do paciente idoso frente ao tratamento para o COVID-19, especialmente em tempos de fake news, propondo mecanismo de dupla verificação das informações.

Ana Lenira Ribeiro Coutinho Maia apresentou trabalho intitulado "AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO", que propõe um estudo sobre o papel da Ação Civil Pública na luta pela inclusão de pessoas com deficiência do mercado formal de trabalho.

"ACESSIBILIDADE DIAGNÓSTICA DO AUTISMO EM MENINAS: A CONTRIBUIÇÃO DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO PARA O SUBDIAGÓSNTICO FEMININO E A CONSEQUENTE SUPRESSÃO DE SEUS DIREITOS", escrito por Júlia Sousa Silva, narra como o autismo é diagnosticado em mulher é mais complexo de ser verificado e os seus impactos para a vida destas pessoas.

"COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO VACINAL DA COVID-19: O DIREITO À LIBERDADE DO INDIVÍDUO E A SUA LIMITAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DA COLETIVIDADE", de autoria de Alice Benvegnú e Aline Hoffmann, dispõe sobre a colisão de princípios constitucionais no processo vacinal da Covid-19 em decorrência da exigência estabelecida de apresentação do passaporte sanitário para frequentar determinados locais.

Janaina Lenhardt Palma e Rafael Padilha dos Santos apresentou o artigo intitulado "DIREITO À SAÚDE, UMA ANÁLISE DOS CONTRAPONTOS ATIVISMO JUDICIAL X JUSTIÇA SOCIAL", que analisa a atuação do Poder Judicial em demandas de saúde na atual conjuntura social, principalmente pela inércia ou pela incapacidade de atuação dos poderes Executivo e Legislativo em suas funções.

"DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NA PERSPECTIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS ATRELADOS AO GUIA ALIMENTAR PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA", escrito por Mariana Amorim Murta, analisa a construção do quadro normativo-jurídico do direito à alimentação no desenho das políticas públicas de SAN, como fator decisivo para as condições de saúde e nutrição da sociedade

"O CERTIFICADO NACIONAL DE VACINAÇÃO COVID-19 COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO", de Vera Lúcia Pontes, aborda as medidas sanitárias adotadas no enfrentamento da emergência da saúde pública, derivada da pandemia COVID-19, a qual, dentro de um contexto de vacinação compulsória, levou à exigência do Certificado Nacional de Vacinação COVID-19.

Por fim, o artigo "O IMPACTO DA LGPD NOS SERVIÇOS DE SAÚDE", de Rebeca de Aguilar Pereira Neves e Nelson Pietniczka Junior, tratou de informar o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), na área da saúde, posto os dados pessoais tratados e sua consideração como sensíveis.

Por todo este conteúdo, os trabalhos do GT do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, renderam uma tarde profícua de produção intelectual aplicada ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito.

Tenham uma excelente leitura.

Dra. Janaína Machado Sturza

Dr. Luiz Bráulio Farias Benitez

Dr. Marcos Vinícius Viana da Silva.

JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS, PRAGMATISMO JURÍDICO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

JUDICIALIZATION OF MEDICINES, LEGAL PRAGMATISM AND LAW AND ECONOMICS

Marcos Vinícius Viana da Silva
Hernani Ferreira

Resumo

O debate acerca da judicialização da saúde tem crescido no âmbito jurídico brasileiro. A sobreposição de normas e a falta de determinação do ente público competente para fornecer medicamentos tem feito com que cada vez mais os indivíduos recorram ao Poder Judiciário para obter a tutela jurisdicional que efetive o direito à saúde garantido pela CRFB/88. Todavia, a intervenção judiciária excessiva pode representar uma ameaça ao sistema de saúde público brasileiro e o seu acesso universal. Assim, o presente trabalho se destina a abordar o tema da judicialização de medicamentos sob a ótica da Análise Econômica do Direito, tendo se elencado a seguinte hipótese de pesquisa: sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a concessão de medicamentos por meio de decisões judiciais pode afetar o direito à saúde previsto no artigo 196 da CRFB/88? Como objetivos específicos, pretende-se contextualizar a judicialização de medicamentos, e abordar a problemática da judicialização excessiva; busca-se também abordar os conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, seu surgimento e a intersecção com a judicialização de medicamentos. Quanto à metodologia, utilizou-se o método indutivo, aliado à técnica da pesquisa bibliográfica, por meio de leituras nacionais e internacionais, além do estudo da legislação pátria. Nos resultados se verificou a confirmação da hipótese de pesquisa, sendo que a partir da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico, ao conceder deliberadamente os medicamentos pleiteados na justiça, o Poder Judiciário pode onerar os cofres públicos e prejudicar o acesso dos demais indivíduos ao sistema público de saúde.

Palavras-chave: Judicialização de medicamentos, Análise econômica do direito, Direito à saúde, micro e macro justiça, pragmatismo

Abstract/Resumen/Résumé

The debate about the judicialization of health has grown in the Brazilian context. The overlapping of norms and the lack of determination of the competent public entity to supply medicines has made that more and more individuals turn to the Judiciary to obtain judicial protection that gives effect to the right to health guaranteed by the Constitution. However, excessive judicial intervention can pose a threat to the Brazilian public health system and its universal access. Thus, the present work is intended to address the issue of judicialization of medicines from the perspective of Law and Economics, having listed the following research

hypothesis: from the perspective of the Economic Analysis of Law, can the granting of medicines through judicial decisions affect the right to health provided for in article 196 of Brazilian Constitution? As specific objectives, it is intended to contextualize the judicialization of medicines, and to address the problem of excessive judicialization; it also seeks to address the basic concepts of Law and Economics, its emergence and the intersection with the judicialization of medicines. As for the methodology, the inductive method was used, combined with the technique of bibliographic research, through national and international readings, in addition to the study of national legislation. In the results, confirmation of the research hypothesis was verified, and from the Law and Economics and Legal Pragmatism, by deliberately granting the medicines claimed in justice, the Judiciary can encumber the public coffers and harm the access of other individuals to the Public Health System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of medicines, Law and economics, Health law, micro and macro justice, pragmatism

INTRODUÇÃO

De acordo com o Relatório Judicialização e Sociedade 2021, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de analisar questões relativas a judicialização da saúde no Brasil e permitir que uma parte das pretensões dessa seara sejam resolvidas sem a intervenção do Poder Judiciário, se constatou que apenas no ano de 2020 foram ajuizadas 552.805 (quinhentos e cinquenta e duas mil e oitocentos e cinquenta) causas relativas à saúde nos tribunais brasileiros, sendo 7.608 (sete mil e seiscentos e oito) no Superior Tribunal de Justiça, 486.423 (quatrocentos e oitenta e seis mil e quatrocentos e vinte e três) nos Tribunais de Justiça Estaduais e 58.774 (cinquenta e oito mil e setecentos e setenta e quatro) nos Tribunais Regionais Federais.

Por não se tratar de tema uno, a maneira mais adequada para discuti-lo ocorre com a utilização do termo judicializações (DUARTE; BUCCI, 2017), haja vista a quantidade de assuntos relacionados a judicialização da saúde. Dentre as fragmentações das possíveis abordagens, a que tem ocupado considerável espaço no cenário nacional diz respeito as ações envolvendo o ajuizamento de demanda para o fornecimento de medicamentos, as quais chegaram a 1.000.000 (um milhão) de novos processos distribuídos entre os anos de 2015 e 2020.

Neste sentido, em razão dos diferentes posicionamentos judiciais e doutrinários sobre a judicialização dos medicamentos, busca-se por meio do presente trabalho abordar como a Análise Econômica do Direito, com destaque para o Pragmatismo Jurídico, pode contribuir na discussão acerca da judicialização dos medicamentos.

Deste modo, elenca-se como problema de pesquisa o seguinte: sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a concessão de medicamentos por meio de decisões judiciais pode afetar o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)?

Como objetivos específicos, pretende-se contextualizar a judicialização a saúde, especialmente no concernente aos medicamentos, e abordar a problemática da judicialização excessiva; busca-se também abordar os conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, seu surgimento histórico e a intersecção com a judicialização dos pedidos de medicamentos.

No tocante a justificativa da pesquisa e relevância do tema, busca-se com o desenvolvimento do presente artigo, trazer luz a judicialização de medicamente sob uma perspectiva pragmática e econômica, tratando sobre suas consequências nesta perspectiva, para

que possa tal análise se somar aquelas já promovidas em relação ao direito a saúde e a necessidade de seu provimento pelo Estado.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação[1] foi utilizado o Método Indutivo[2], partindo do tema mais geral – a judicialização dos medicamentos, para então conectá-los com a relação mais restrita, envolvendo a teoria de base (VIEIRA, 2017). Já no Relatório dos Resultados, o presente artigo empregou uma base de lógica indutiva, fazendo uso nas diversas fases da pesquisa, de Técnicas de Referente[3], Categoria[4], Conceito Operacional[5] e Pesquisa Bibliográfica[6].

1. O DIREITO À SAUDE E A JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS

A promulgação da CRFB/88, além de grande marco para a sociedade brasileira como um todo, foi responsável por proporcionar avanços em relação ao direito à saúde no Brasil, isto porque, dentro o rol de direitos listados em seus artigos, tem-se como basilar para toda a compreensão do tema, aqueles listados como direitos sociais, aqueles previstos no art. 6º, caput, da CRFB/88[7] (BRASIL, 1988), o qual discute, somado ao art. 7º, IV, da CRFB/88[8] (BRASIL, 1988). Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Dentre os vários direitos apresentados pela constituição cidadã, uma das consideráveis implementações trazidas pelo texto foi a ausência de necessidade de contribuição à Previdência Social para que se pudesse utilizar os serviços de saúde pública no Estado brasileiro (SILVA, 2020), de modo que se passou a garantir acesso universal àqueles serviços, sejam brasileiros ou

[1] "[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]." (PASOLD, 2015. p. 87).

[2] "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". (PASOLD, 2015, p.91).

[3] "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." (PASOLD, 2015. p. 58).

[4] "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." (PASOLD, 2015. p. 27).

[5] "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]". (PASOLD, 2015. p. 39).

[6] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, 2015. p. 215).

[7] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[8] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

estrangeiros, sob o tripé dos princípios da integralidade, igualdade e universalidade[9] (BRASIL, 1988).

A judicialização de medicamentos no Brasil surge com a promessa da universalização dos serviços de saúde, advinda após a promulgação da CRFB/88. De acordo com Barroso (2009), as normas constitucionais transcenderam a função de apenas compor um documento político e passaram a ser dotadas de aplicação direta pelo Poder Judiciário. A partir disso, os direitos sociais, rol em que se encontra o direito à saúde, agora comportam tutela judicial específica, por meio da qual o Poder Judiciário é provocado a decidir sobre casos em que se busca a promessa constitucional.

Assim, as intervenções do Poder Judiciário, antes vistas como uma cura para os casos em que o Estado não conseguia efetivar a expectativa em relação ao direito à saúde, a exemplo do fornecimento de medicamentos, passaram a representar um risco ao próprio sistema, isto porque, a quantidade de demandas passa a ser cada mais recorrente, e passa a impactar nos números absolutos de acesso a saúde.

De um lado, dentro do próprio Poder Judiciário, há decisões que fogem da razoabilidade e que dotadas da falta de critérios, acabam por condenar a administração pública ao custeio de tratamentos cuja eficácia ainda não foi comprovada, ou em outros casos com custos altíssimos. Aqui não se discute pontualmente a validade ou importância dos tratamentos, posto que estes passam por uma discussão de eficácia para aqueles que os necessitam, porém apresentam os impactos econômicos de cada tomada de decisão do judiciário.

Doutro norte, como aborda SILVA (2020) o texto constitucional foi responsável por estabelecer parâmetros de custeio da saúde pública numa divisão entre União, Estado e Municípios, sem estabelecer de modo claro qual o responsável pelo fornecimento de determinado serviço ou medicamento, o que impacta em especial quando dos processos envolvendo o custeio de medicamentos, justamente pelo fato de que cabe ao requerente do direito o ajuizamento da ação, o que não necessariamente inclui todos os possíveis entes envolvidas na demanda.

Como exemplo, cita-se o mecanismo de financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), previsto na Lei nº 8.080/90. Embora os artigos 34 e 35 da citada lei prevejam a transferência de recursos da Seguridade Social para o Fundo Nacional de Saúde, e daí para os

[9] Art. 196. 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.

fundos locais, sendo o Município o responsável pela materialização da prestação dos serviços, quando há a necessidade de se executar uma decisão, ocorrem repetidas alegações de ilegitimidade, bem como surge o risco de gasto em dobro, por meio de execuções duplicadas (SILVA, 2020).

Assim, as decisões judiciais que deferem os serviços de saúde requeridos agravam tal conflito de competências, e além de criarem dúvida acerca de qual dos entes deve executar a ordem judicial, acabam por criar uma sobreposição de esforços, tanto na esfera processual, quanto na orçamentária.

Sobre a onerosidade causada no orçamento, destaca que as intervenções desenfreadas dos Poder Judiciário causam uma ameaça à continuidade da prestação de serviços de saúde e ameaçam a universalidade dos serviços:

> Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. (BARROSO, 2009)

O conflito gerado implica não apenas no conflito aparente entre os Poderes decorrente da intervenção recorrente do Poder Judiciário sobre o Executivo, mas também na oposição entre direito à saúde individual e o direito à saúde de todos.

Sobre o fornecimento de medicamentos, de modo específico, a Portaria nº 3.916/98 foi responsável por instituir a Política Nacional de Medicamentos, a qual se baseia num sistema de formulação de listas e atribuição de responsabilidade aos diferentes entes da administração. A União é incumbida da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual é elemento basilar para a política de medicamentos:

> Na concepção da política de medicamento de 1998, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) exerce um caráter central de racionalização, atuando como vetor de organização da produção e provisão de medicamentos, ao mesmo tempo em que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento. (DUARTE, 2017).

Ademais, aos Estados incumbe definir o rol de medicamentos excepcionais, aqueles que devem atender patologias específicas, que atendem número determinado de enfermos e possuem alto custo. Já os Municípios são responsáveis por elaborar a lista de medicamentos

essenciais, os quais são mais simples, de menor custo e voltados à saúde prioritária, tudo a partir da RENAME (SILVA, 2020).

A política de medicamentos a partir de listas foi uma iniciativa da Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual publicou sua primeira lista no ano de 1978, cujo intuito "[...] foi criar um referencial para o acesso da população, que leva em conta o seu perfil epidemiológico, a eficiência e segurança dos fármacos, além da relevância para a saúde pública e comparação de custo-efetividade." (DUARTE; BUCCI, 2017).

Todavia, é a partir deste último ponto que se acentua a controversa acerca da judicialização da saúde:

> Da perspectiva do indivíduo, em princípio não há pertinência em considerações de relevância ou de custo; qualquer medicamento ou procedimento deve ser buscado, independentemente de seu valor, se puder trazer melhoria para a saúde da pessoa. Sob o ponto de vista da saúde da coletividade, contudo, tanto a hierarquização de prioridades como a realização de balanço entre custo e efetividade (benefício) são condutas legítimas e, mais do que isso, recomendadas pela autoridade mundial sobre o tema. Essa ordem de prioridades leva em conta princípios de saúde (e de justiça) coletiva. (DUARTE; BUCCI, 2017).

Neste sentido, considerando os impasses havidos sobre a judicialização de medicamentos a partir da perspectiva do indivíduo que busca a concessão de tratamentos, dentro das críticas feitas à intervenção do Poder Judiciário, destaca-se a onerosidade trazida ao orçamento público por meio de tais intervenções. Os custos, principalmente de medicamentos de alto custo, acabam por impactar no orçamento como um todo, principalmente se considerado um paralelo entre o custo individual de cada tido de medicamento no somatório geral.

De acordo com Barroso (2009), há a questão da legitimidade democrática, na qual se sustenta a impropriedade de se retirar o poder de decidir a aplicação dos recursos públicos, esses obtidos por meio da cobrança de impostos também do próprio povo (BARROSO, 2009). A intervenção do Poder Judiciário ao determinar que determinado medicamento de altíssimo custo deve ser fornecido, acaba por prejudicar a política orçamentária estabelecida por representantes eleitos.

Inclusive, há prejuízo à própria defesa da Administração Pública. Isso, porque a concessão exagerada de medidas liminares fez com que o Poder Judiciário se tornasse o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, haja vista dos baixos índices de indeferimento, de modo que após o deferimento da tutela e a determinação de entrega do medicamento, a peça defensiva passa a não ter mais sentido, sendo deslegitimado qualquer

argumento baseado nos regramentos do SUS ou no direito universal à saúde (DUARTE e BUCCI, 2017).

Via de regra, ainda que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ em rito de recurso repetitivo, tenha fixado parâmetros para a concessão dos medicamentos, quais sejam: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na Anvisa do medicamento (BRASIL, 2015), o Poder Judiciário ainda tem incorrido em alguns erros quando do julgamento.

Conforme DUARTE e BUCCI (2017), há pelo menos outras três hipóteses que levam ao deferimento de uma tutela no âmbito em debate, sendo a primeira na qual o magistrado defere a liminar sem considerar a exigibilidade jurídica da Política Nacional de Assistência Farmacêutica; a segunda, quando não há exame da matéria fática após a concessão da liminar; e a terceira ocorre no momento em que se julga em função do que percebe como sendo um descuido da administração pública com o usuário dos serviços de saúde.

Tais fatores levam à ameaça dos recursos públicos, situação denominada por Barroso (2009) como a reserva do possível. Nesta ótica, os recursos públicos são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, o que faz com que o Estado tenha que tomar decisões difíceis, tendo em consideração que investir em determinado setor implica em não investir em outro.

Obviamente, não se discute aqui a importância da temática da política pública envolvendo a saúde e os medicamentos, mas sim os impactos ligados a desenvolvimento dos custos e seus resultados no orçamento estatal destinado a tal temática. Portanto, a discussão que se segue não ignora o direito a saúde constitucionalmente garantido, mas passa a abordar tal perspectiva no campo da análise econômica do direito.

Assim, aplicando-se à seara da judicialização da saúde para obtenção dos medicamentos, a sucessão de decisões que obriguem um Município a disponibilizar medicamentos de alto custo pode levar ao esgotamento de recursos, fazendo com que a sociedade seja prejudicada em detrimento do benefício de alguns indivíduos. É neste ponto que há a convergência entre a judicialização da saúde e a Análise Econômica do Direito, assunto que se passa a abordar.

2. A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS APLICAÇÕES

Inicialmente deve-se apontar que a Análise Econômica de Direito (AED) não foi cunhada com exclusividade para a demanda jurídica ora exposta, mas sim para qualquer discussão do mundo jurídico, colocando como elemento central da construção normativa ou da decisão jurisdicional a relação econômica.

Isto exposto, a pesquisa divide a exposição sobre o tema em duas etapas, a primeira discorrendo sobre o seu surgimento, para em segundo momento apresentar seus principais pontos e como ocorre a defesa por sua aplicação quando de demandas jurídicas envolvendo custos ao Estado ou aos diretos sociais.

2.1 O surgimento da Análise Econômica de Direito

A Análise Econômica de Direito tem seu surgimento no século XX, afirmando-se como uma importante escola jurídica. Foi por sua influência, que as mais conceituadas escolas de Direito do mundo, e no caso Brasileiro, uma diretriz oficial, emanada do Ministério de Educação e Cultura[10], incorporaram em seus currículos a Economia, e consequentemente sua inter-relação com o Direito.

Aponta-se Adam Smith, David Ricardo e Thomas Malthus, como autores clássicos na área da economia, mas nenhum deles em suas obras aponta uma correlação entre o pensamento de natureza jurídica e a Economia. A obra "Riqueza das Nações", de Smith (2003), é muito mais do que um tratado econômico, podendo ser classificado como um tratado filosófico, pois temas como ética, bem-estar da sociedade e até da jurisprudência são citados, porém, em nenhuma de suas passagens existe correlação de pensamento entre a influência do Direito na Economia e de forma evidente da Economia no Direito.

Somente no início do século XX, em 1937 que a obra *The Nature of Firm*, de Ronald Coase, vem a inaugurar uma corrente de pensamento que passará a ser denominada de Análise Econômica do Direito, ela na verdade representa a evolução natural de uma serie de pensamentos econômicos advindos do século XIX e da revolução industrial.

Segundo Mercuro e Medema (1999), a Análise Econômica do Direito, possui várias vertentes, mas é na Universidade de Chicago que ela encontra seu apogeu. A partir dos anos 60

[10] Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, **Economia**, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. (CNE/CES, 2004)

(principalmente com os estudos de Posner), a Análise Econômica do Direito passa a estudar áreas aparentemente não tão ligadas ao Direito e Economia, tais como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, propriedade e até mesmo aspectos ligados ao Direito Penal e Processual.

A primeira grande matriz de influência da AED sobre novas áreas do Direito, surge com os estudos de Achian e Demsetz, que influenciados por Aaron Director, tentam entender como o mercado poderia alocar direitos de propriedade, a partir de um trabalho coletivo, visando recompensar os membros do grupo de trabalho, diante da dificuldade de se conhecer qual foi a contribuição de cada um para a obtenção do resultado final.

A primeira tendência é resolver o problema fazendo a recompensa a partir da produtividade média do grupo. O que no longo prazo revela-se inadequado, pois os membros mais produtivos têm uma tendência a perderem a motivação, baixando assim a produção total. A solução apontada é a criação de empresas ou firmas (COASE, 1937). Coase, defende que a criação da firma ou empresa, cria as condições para organizar a produção, e afasta negociações frequentes para a divisão de lucros por exemplo, diminuindo os custos decorrentes. Mais do que advogar a criação de firmas, o importante deste experimento é fixar um conceito que será caro para a análise econômica do Direito, o conceito de custos de transação.

O foco central do processo jurídico tradicional baseado na justiça exteriorizado pela estrita legalidade, perde espaço para um novo repensar, em que a tomada de decisão do magistrado, legislador ou executor da norma baseia-se principalmente nos custos de transação (MERCURO e MEDEMA, 1999). Exemplo para isso ocorreria no conflito entre uma comunidade e uma empresa, em que ambos coabitam, mas não deveriam pela poluição que a fábrica causa a comunidade. Pela AED a maximização do benefício seria calculada pelos lucros e encargos da transação, assim que, seria mais vantajoso deslocar a comunidade se os seus custos fossem menores do que o da fábrica, independentemente da quantidade de pessoas forçadas a se locomover no caso da comunidade.

Esta análise conclui que existe uma ausência de relevância do conceito de externalidades (tão caro ao Direito), e reafirma seu principal referencial teórico, ou seja, na tomada de decisões direitos reais ou pessoais podem ser ignorados quando a decisão a ser tomada envolve um menor custo de transação (COASE, 1960).

2.2 Aplicação da Análise Econômica de Direito

Após a construção histórica do surgimento da EAD, apresenta-se os dizeres de Posner (2013), um dos principais autores do tema, ao defender que a principal, se não a única, função de um jurista, é a de garantir a alocação de direitos entre as partes de maneira "eficiente". A partir desta análise, a única saída seria o estudo interdisciplinar de Economia e Direito, denominado pelo autor como o exercício "eficiente" da jurisdição[11].

Na visão Morais da Rosa (2011, p.73): "A grande estratégia da AED foi a de deslocar o critério de validade do Direito do plano normativo para o econômico, a saber, ainda que as normas jurídicas indiquem para um sentido, o condicionante econômico rouba a cena e intervêm como fator decisivo".

O cenário jurídico ideal seria aquele que tivesse segurança jurídica (leis claras e eficazes), garantindo a propriedade e os contratos, num discurso neoliberal reformador. Pode-se com certeza afirmar que o alicerce do pensamento da AED é a questão da eficiência, a teoria denominada de "ótimo de Pareto" representa com essencialidade a importância da temática. Segundo sua construção, de forma resumida, a temática envolve o processo em que uma determinada situação apresenta múltiplos resultados, porém em todos alguém é prejudicado, e cabe ao magistrado a escolha do caminho a ser tomado, levando em consideração exatamente a menor lesão (PARETO, 1984).

A grande questão é a dificuldade da sua execução, pois não há como prever todos os fatores e a possível influência e efeitos sobre terceiros, além do que é necessário ao magistrado admitir que é necessário ignorar pressupostos jurídicos fundamentais, como a propriedade, para tomar a melhor decisão global, muitas vezes pautada na dinâmica do mercado.

Dentro desta lógica os que defendem a *Law Economics*, em relação ao papel do Poder Judiciário clássico, defendem uma inovação na interpretação do Direito, abandonando os conceitos clássicos, e concedendo-a a quem possa melhor valorá-la dentro de um critério pura e estritamente econômico.

Na visão de Posner (2013), é preciso deslocar o parâmetro de decisão do Judiciário, da visão dogmática do Direito, para uma interpretação baseada no ótimo econômico. Desta forma toda a estrutura da jurisdição se transforma numa espécie de agência do mercado, cuja função

[11] Posner explica que o conceito de eficiência é talvez, o mais comum sentido de justiça que se pode encontrar. "A moral system founded on economic principles is congruente with, and com give structure to, our everyday moral intuitions". (POSNER, 2013, p84)

primordial é ser o garantidor dos dogmas liberais (Propriedade e Contratos), fundamentando a decisão judicial, não mais no Direito, mas na relação econômica.

Porém, qual pode ser a contribuição da AED para o entendimento do Direito de forma ampla? Para Forgini (2006) duas são as contribuições, a primeira é poder ajudar a entender os efeitos produzidos pela norma e a segunda é ajudar na investigação das origens e motivos da norma jurídica promulgada. Para o autor não é suficiente refazer a estrutura do poder Judiciário dentro da lógica da AED, é preciso dentro deste contexto mudar o papel do juiz de direito, neste novo desempenho o compromisso não é mais com a ordem jurídica válida, mas sim com a "maximização da riqueza".

Esta é a questão fundamental, a AED pretende afastar o Direito de sua concepção rígida e formal, adaptando-a a lógica do mercado. A lei perde um pouco de sua noção hierárquica, submetendo-se a lógica custo/benefício. Isto posto, normas, legislações e decisões judiciais voltam-se ao mercado para sua construção, elaboração, execução e desenvolvimento, motivo pelo qual toda a matéria passa, segundo a EAD, a ser analisada perante uma lógica de mercado.

Expostos os itens iniciais do tema aqui discutido, o artigo passa a discorrer sobre a aplicação da análise econômica do direito e o pragmatismo a ela conectado, quando do proferimento de sentenças ligadas especificamente com as demandas relativas ao requerimento de medicamentos para com o Estado.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Ainda que o direito tenha a capacidade e o objetivo de influenciar indivíduos, sendo tal influência de caráter econômico, a Análise Econômica do Direito surge como um estudo que proporciona ao direito analisar seus institutos num contexto em que os recursos disponíveis são escassos, de modo que a escolha humana implica necessariamente numa renúncia que traz consequência aos demais (ROSA e GONÇALVES, 2017).

Dentro da estrutura da Análise Econômica do Direito, são dois os principais pontos que se fazem importantes ao presente trabalho: a eficiência e o pragmatismo. Para se entender a concepção de eficiência, é importante abordar os conceitos de macro e micro justiça. No caso telado, a micro justiça se dá na perspectiva do indivíduo, o qual tem seus argumentos analisados por um magistrado sem considerar a ação do Estado como um todo. Já a macro justiça seria

levar em conta que os recurso do Estado são finitos para atender demandas infinitas (LEITÃO; DE LELIS, 2017).

É comum verificar casos em que magistrados deferem o fornecimento de medicamentos de maneira liminar, levando em conta apenas a micro justiça, favorecendo apenas o indivíduo e destorcendo o sistema público universal de saúde (sem que se promova, uma análise sobre a valoração da vida, que não tem preço).

No intuito de evidenciar jurisprudencialmente os dados apresentados de forma aberta, promoveu-se levantamento junto ao TJSC com o termo "FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO", pelo período de 01/01/2022 a 16/10/2022, tendo sido obtidos 408 demandas envolvendo o tema, havendo em cada lide uma variação própria nos valores.

Em linhas gerais, no campo do julgamento, a grande maioria das demandas teve como consequência o deferimento do medicamento, independente de seu valor, até mesmo porque o STF, em sede de RE 566.471-RN, apresentou tema (6) de repercussão geral afirmando que: "Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo", e ainda no tema 500, aduziu que: "Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA".

Na análise da micro justiça, que envolve apenas os indivíduos participes da lide (pessoa carente do medicamento e Estado fornecedor da saúde), tem-se o deferimento do direito básico a vida, contudo, de modo diametralmente oposto, se empregada uma análise baseada em uma macro justiça (que ocorre quando da verificação da eficiência alocativa dos recursos públicos destinados a saúde como um todo), compreende-se que os gastos com medicamentos específicos arcados pelo Estado podem acarretar em consequências negativas ao próprio sistema.

Assim, se analisado o tema com base na eficiência, dever-se-ia a cada julgado respeitar a forma de empregar, do melhor modo, os recursos disponíveis em conjunto com os processos técnicos necessários para utilizar da maneira mais adequadas os recursos que a sociedade possui (LEITÃO; DE LELIS, 2017). No caso, tratar-se-ia de uma análise ampla, sobre os elementos de impacto dos gastos com o medicamento específico em detrimento da verba destinada a saúde, ou ainda, dos impactos no fornecimento de outros medicamentos.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, sempre que um magistrado atua levando em consideração apenas o cenário de micro justiça, ele acaba por não levar em consideração a

eficiência da aplicação dos recursos que são escassos, situação em que pode prejudicar o acesso da coletividade ao sistema de saúde público.

No ponto, registra-se que não se pretende lançar um olhar puramente econômico sobre a saúde pública, tampouco fazer uso de ideias neoliberais ou ignorar aspectos humanos da judicialização de medicamentos, mas tão somente abordar argumentos que auxiliem na discussão sobre a judicialização excessiva.

Não suficiente, deve-se gizar que neste prisma de escassez de recursos e de necessidades ilimitadas, como os medicamentos, "[...] no qual não há dinheiro suficiente para adjudicar os direitos referentes à saúde, educação e moradia dos indivíduos, indispensável saber as claras como as decisões sobre os recursos públicos serão alocados.".

A complexidade do tema pode ser evidenciada nos casos de tratamento para SHUa - Síndrome Hemolítica Urêmica Atípica, isto porque o medicamento para seu custeio tem valor aproximado de R$850.000,00 ano. Tais valores podem, facilmente, prejudicar em demasia os planos orçamentários de um município de pequeno e médio porte. Compreende-se que segundo decisão do STF (TP na STP 455), "sem delimitação de competência no âmbito do Sistema Único de Saúde para fornecimento de determinado medicamento, municípios e estados devem dividir o custo, sob pena de causar grave impacto na ordem pública, sobretudo em suas facetas jurídica e econômica".

Todavia, ainda que o custo seja divido, ele ainda será necessariamente arcado por todos os envolvidos, o que não exclui o fato de os valores serem de natureza pública, e que, quando do proferimento de sentenças no sentido de deferir tal direito, aplica-se uma decisão de micro justiça, o que pode, ao menos teoricamente, afetar o macro direito.

Doutro norte, em relação a própria atuação jurisdicional, o Pragmatismo Jurídico, uma das bases de apoio da Análise Econômica do Direito, também traz contribuições ao debate. Como ensina Posner (2013)., conceitua-se Pragmatismo Jurídico nos seguintes termos:

> O Pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, especialmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, com consciência do "caráter local" do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da "verdade", da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e ação social, sejam avaliados como instrumentos a serviços de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos. Tais disposições, que não são mais características de cientistas do que de advogados (e num sentido importe o Pragmatismo é a ética da investigação científica), não tem valência política.

Assim, “para o pragmatismo jurídico, o Direito é um fenômeno histórico e linguístico, devendo sua compreensão levar em conta as questões de fato, ou seja, interpretação mediante ocorrências empíricas.” (AGUIAR, 2021). Em outros termos, com o pragmatismo, e o juiz que dele se utiliza, vai além da simples interpretação da norma jurídica, tampouco se prende a decisões passadas enquanto dever.

Deve-se se preocupar com a decisão como um todo, pensando em seus efeitos no mundo prático, instituto descrito por Aguiar (2021) como adjudicação pragmática:

> A questão central do pragmatismo jurídico é a adjudicação pragmática, e o cerne desta é a preocupação elevada das decisões judiciais com as consequências e, portanto, uma disposição para basear os julgamentos em políticas, em vez de em conceitos e generalidades. Mas, em vez de ser sinônimo de julgamento ad hoc, no sentido de considerar apenas as consequências para as partes no caso concreto, o pragmatismo jurídico sensato diz ao juiz para considerar consequências sistêmicas, inclusive institucionais, bem como consequências da decisão no caso em questão. Ele deve, portanto, considerar os efeitos sobre a atividade comercial de desconsiderar o próprio texto de um contrato ou de não respeitar os precedentes jurídicos nos quais a comunidade comercial passou a confiar.

Deste modo, é o pragmatismo o responsável por justificar soluções diferentes para casos idênticos, posto que os juízes devem olhar a consequência das decisões e ver que muitas vezes não serão iguais. Trata-se que de pensar na consequência da ação, mas sem ser consequencialista ou utilitarista (SILVA, 2016).

Aplicado ao tema em debate, o Pragmatismo Jurídico demonstra que o Poder Judiciário deve sopesar a consequência da decisão que concede a tutela para o fornecimento de medicamentos, por exemplo, e pesar a política orçamentária e a autonomia do próprio governo em determinadas políticas de gestão.

Obviamente a questão de medicamentos, por tratar de um tema de extrema importância e sensibilidade como a vida, acaba por ter um olhar próprio, porém, sem que se negue importância a vida, é fundamental compreender o impacto do processo jurisdicional, compreendo o processo envolvendo o tema em uma perspectiva mais ampla.

Sendo assim, haveria de ser promovido uma análise macro jurídico, analisando não apenas a saúde daquele que demanda do judiciário, mas também do que goza dos benefícios estatais, arcados com os valores destinados a saúde, promovendo verdadeiro sopesamento no processo decisório, averiguando qual o impacto gerado pela intervenção judicial, de modo a se encontrar um equilíbrio entre a efetivação do direito a saúde do indivíduo e da sociedade em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema de fornecimento de medicamentos, independentemente de seu custo no sistema de saúde, é de clara relevância, isto porque apresenta uma necessária discussão envolvendo o sopesamento de dois interesses, não necessariamente opostos, mas que por vezes se conflituam, qual seja: a saúde e os custos de sua manutenção.

Viu-se com o desenvolvimento da pesquisa que as demandas judiciais por fornecimento de medicamentos estão em constante crescimento, tendo ultrapassado a marca de 1.000.000 de novas ações protocoladas entre os anos de 2015 e 2020. O que demonstra não apenas o crescimento em números absolutos nesta judicialização, mas também toda a construção de temas e repercussões gerais ligados ao tópico, apresentado o dever do Estado no fornecimento de medicamentos aos que dele necessitam.

Dentre os motivos que impulsionam esse aumento, destacam-se a falta de determinação do ente administrativo por fornecer tais medicamento (o que acaba por ser revertido judicialmente), a sobreposição de normas (de responsabilidade pelo fornecimento) e a própria ausência de fornecimento desses medicamentos, seja por não constarem no rol do RENAME ou pela falta de verbas para fornecê-los.

De todo modo, ainda que a discussão sobre o fornecimento de medicamentos possa andar ao largo do tema “medicamentos de alto custo”, e normalmente nesta seara que o tema ganha mais espaço de reflexão, isto porque, conforme os conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, especialmente o Pragmatismo Jurídico, tem-se a aplicação de uma micro justiça, deixando de ser apreciada a macro justiça envolvida.

Compreende-se, de forma lógica, que não se poderia simplesmente ignorar a existência de um direito saúde, e que as pessoas que dependem de determinado medicamento para sobreviver tem todo o direito de demandá-los judicialmente, entretanto, quando da atuação pode poder judiciário sem a análise dos impactos da medida no todo, poder-se-á lesar o coletivo de forma indireta, a medida em que se apresente determinado benefício a um grupo em detrimento de outro.

Neste sentido, ao aplicar tais conceitos para o tema em tela, se viu que a concessão de tutelas de modo desenfreado pelo Poder Judiciário, mesmo quando preenchidos os requisitos para tanto, pode implicar num prejuízo ao acesso universal ao sistema público de saúde brasileiro.

Em linhas acadêmicas, restou confirmada a hipótese de pesquisa inicialmente levantada, contudo, na perspectiva social, não se busca apresenta resposta padrão e universal ao tema, mas sim apresentar a relevância de uma discussão e reflexão sob uma perspectiva já conhecida, porém que comporta mais uma força teórica de análise.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, T. A. Pragmatismo jurídico e apreciação das demandas judiciais de medicamentos: a utilização de um limiar de custo-efetividade na saúde pública. **REVISTA DA AJURIS - ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL**, Porto Alegre, v. 48. 2021. P. 317-348.

BARROSO, Luís Roberto. **DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 37 f., Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em 17/08/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. 1ª Seção. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25.04.2018. DJe 04.05.2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1657156. Acesso em 17/08/2022.

COASE, R.H. **The problem of Social Cost**.Journal of law and Economics. 3(1), 1.1960.

COASE, R.H. **The nature of the firm**. In Economica, Vol.4, Nr. 16.Chicago.1937.

ROSA, Alexandre Morais. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, C. S.; BUCCI, M. P. D. **Judicialização da Saúde A Visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

FORGINI, Paula A. A Análise econômica do Direito:Paranóia ou mistificação.In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (org.). **Dialogos Constitucionais**:**Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**.Rio de Janeiro:Renovar,2006.

LEITÃO, R. B. M. A.; DE LELIS, D. A. S. A (In)aplicabilidade da Análise de Eficiência para a Justiciabilidade de Medicamentos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre/RS. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66428. 2017. Acesso em: 21/08/2022.

MERCURO, N., e MEDEMA, S.G. **Economics and the law From Posner to Post-Modernism** .Princeton University Press,1999.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Politica**, volume I .Trad.João Guilherme Vargas Netto.São Paulo:Abril Cultural,1984.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12ª Edição revisada. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

POSNER, Richard. A., **El Análisis Económico del Derecho**. Fundo de Cultura Económico. Cidad del México.2013

ROSA, A. M.; GONÇALVES, J.. **Os custos dos direitos fundamentais justificam a negação? Para além do discurso a la pollyanna.** In: ROSA, A. M.; GUASQUE, B. (Org.). Análise Econômica do Direito: Desafios da leitura da Economia no Brasil. São Paulo: Empório do Direito, 2017. P 31.

SILVA, C. M. E. A judicialização do direito à saúde. In: PINHEIRO, A. C.; PORTO, A. J. M.; ABRAHAM, M.; SAMPAIO, P.R.P. (Eds.). **Reflexões sobre direito e economia.** 2020.

SILVA, J. E. **A proteção do conhecimento tradicional sob a lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIEIRA, Américo Augusto Nogueira et al**. Metodologia Científica no Brasil**: ensino e interdisciplinaridade. Educação & Realidade [online]. 2017, v. 42, n. 1 [Acessado 16 Outubro 2022] , pp. 237-260. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-623654484>. ISSN 2175-6236. https://doi.org/10.1590/2175-623654484.