XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Copyright © 2019 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
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves
Jonathan Barros Vita
Estefânia Naiara Da Silva Lino – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-801-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu em Goiânia entre os dias 19 e 21 de junho de 2019, sob o tema: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I, Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Everton Das Neves Gonçalves e Estefânia Naiara Da Silva Lino, vez que o referido GT foi palco de profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável, estudado no plano do direito e da economia hoje vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, o que vem se refletindo no volume e qualidade de trabalhos apresentados, colocando esses ramos didaticamente autônomos do direito em posição de destaque nas discussões contemporâneas, vez que afetam fortemente os cidadãos.

Tendo como pano de fundo esses ramos didaticamente autônomos do direito, foi possível agrupar os 20 trabalhos apresentados em alguns grupos, os quais se seguem:

• Análise econômica do direito e direitos humanos, sendo uma mistura de trabalhos teóricos e práticos (artigos 1-4);

• Empresa e sustentabilidade, denotando várias facetas necessárias às empresas no contexto da modernidade (artigos 5-8);

• Temas relacionados com o meio ambiente de forma mais ampla (artigos 9-13);

• Urbanismo e sustentabilidade, com temas teórico-práticos (artigos 14-15);

• Análise econômica e direito à saúde (16-17); e

• Temas internacionais ligados à sustentabilidade (artigos 18-20).

É a partir do roteiro firmado, que teoria e prática se encontram tendo como pano de fundo a sustentabilidade, perfazendo uma publicação que se imagina que será de grande valia, dada a qualidade dos artigos, para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e pós-graduação em direito.

Finalmente, deixa-se aos leitores um desejo de uma boa leitura, fruto da contribuição de um Grupo de trabalho que reuniu diversos textos e autores de todo o Brasil para servir como resultado de pesquisas científicas realizadas no âmbito dos cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu de nosso país.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Estefânia Naiara Da Silva Lino – Universidade de Rio Verde

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO JUDICIAL E A EFICÁCIA SOCIAL E ECONÔMICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À SAÚDE.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE SOCIAL AND ECONOMIC EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES BACK TO HEALTH.

Fernanda Rodrigues Pires De Moraes [1]

Resumo

O artigo chama a atenção para “Ativismo Judicial e a Eficácia Social e Econômica de Políticas Públicas Voltadas à Saúde”, estudo que será realizado por meio da análise dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação, da teoria constitucional contemporânea e da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Análise econômica do direito, Saúde, Políticas públicas, Externalidades

Abstract/Resumen/Résumé

The article calls attention to "Judicial Activism and the Social and Economic Efficiency of Public Policies for Health", a study that will be carried out through the analysis of the various constitutional provisions, legislation, contemporary constitutional theory and Economic Analysis of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Economic analysis of law, Cheers, Public policy, Externalities

[1] Doutoranda em Direito. Mestra em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Assistente de Gabinete de Desembargador. Professora do curso de Direito.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Tema “Ativismo Judicial e a Eficácia Social e Econômica de Políticas Públicas Voltadas à Saúde”, será realizado por meio da análise dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação, da teoria constitucional contemporânea e da Análise Econômica do Direito. Será investigado se o ativismo judicial em desenvolvimento no Brasil decorre do nosso ordenamento jurídico e quais são seus limites, para isso serão examinadas as prescrições constitucionais e a evolução da teoria constitucional nas últimas décadas. Como contraponto, ferramenta de equilíbrio e ponderação contaremos com o apoio das discussões da Análise Econômica do Direito.

O tema foi escolhido diante da inquietação em face da inefetividade dos direitos fundamentais expressos na Magna Carta, em razão da falta de atuação do Poder Executivo, dando àquele documento jurídico superior um caráter de mero enunciador de dispositivos inócuos, desconexos da realidade e das necessidades sociais. Tal ausência de atuação, no entanto, não tem impedido a jurisprudência, com amparo nos princípios constitucionais e normas gerais, em alguns casos, dar a devida eficácia social aos comandos constitucionais.

Por outro lado, inúmeras críticas são tecidas ao ativismo judicial, como a alegada violação do princípio republicano, à independência e separação dos poderes, à democracia, o risco de politização da justiça; e os relativos a quais seriam os limites desta atuação. Quanto a este aspecto, em razão do temor de se criar um superpoder e dos efeitos econômicos das decisões, que podem afetar a prestação de outros serviços públicos. Com efeito, também é preocupação central estabelecer com base nas prescrições constitucionais, quais seriam os limites do ativismo judicial na efetivação do direito fundamental a saúde, através do exame da capacidade institucional do Judiciário e os efeitos sistêmicos de suas decisões.

Para tanto, utilizaremos da ferramenta da Análise Econômica do Direito, envolvendo o conceito de racionalidade limitada, a limitação informacional dos operadores de direito, e o princípio da eficiência, o qual se relaciona com a implementação de recursos escassos visando à obtenção de soluções de maior eficiência econômica e social. A interpretação ampla do direito à saúde, destituída da necessária observância dos limites decorrentes de sua individualização, importa tratamento desigual, impondo ao Poder Público o ônus de prover tratamentos individuais de custos superiores ao que o sistema é capaz de fornecer comprometendo a eficácia social e econômica de políticas públicas voltadas à saúde.

1.1 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais está ligada ao exame do controle das políticas públicas pelo Judiciário. O debate gira em torno de sua legitimidade democrática para interferir na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na escolha das políticas públicas a serem desenvolvidas por meio da Análise Econômica do Direito.

Os Direitos Fundamentais antecedem à ideia de constitucionalismo, que de acordo com Alexandre de Moraes *"[...] tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular."* (MORAES, 2011, p. 2-13). A Constituição consiste na positivação dos Direitos Fundamentais no âmbito dos Estados. Para Fiuza, a principal finalidade da Constituição é a garantia dos direitos individuais *"[...], pois são os indivíduos que, unidos em soberania nacional, formam um Estado, cujos órgãos de poder, então, são estruturados."* (1991, p. 48).

A constitucionalização surgiu dos movimentos sociais que levaram a institucionalização dos Direitos Fundamentais. Os pioneiros no reconhecimento dos Direitos Fundamentais foram os Estados Unidos, inserindo-os na sua Constituição. Do mesmo modo, a Revolução Francesa culminou no art. 16 de sua Declaração, que estabelece que *"qualquer sociedade em que não esteja a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição."* (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Para a concepção antiga de Constituição, esta refletia tão somente a estrutura social, não significava um ato de vontade do povo. Assim, nesta época, a Constituição possuía sentido unicamente institucional, que apenas legitimava a atuação do Estado. Por outro lado, a moderna Constituição ou "Constituição material", designação dada pela doutrina, passa a ser um ato de vontade política de um povo, significando grandes mudanças nos ideais políticos.

Em seguida, o constitucionalismo assume a função de regular as atividades dos governantes e as suas relações com os governados, e protegê-los contra as ingerências e abusos do Estado, assim: *"Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis."* (MIRANDA, 2002, p. 326).

Da noção de Constituição material e a sua importância para os direitos individuais, sente-se a imprescindibilidade de consolidá-la por meio da sua inserção em um documento solene, que para Kelsen é *"[...] um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas"* (KELSEN, 1998, p. 182), designada de Constituição formal.

Assim, as Magnas Cartas no modo como hodiernamente são conhecidas, são um reflexo da positivação dos Direitos Fundamentais, que levou a rigidez e supremacia constitucional que

predominam no Estado de Direito. Com efeito, a definição dos direitos fundamentais está associada à evolução da sociedade, o que culminou num acréscimo nas tutelas pretendidas e, consequentemente, possibilitou o surgimento contínuo de novos direitos.

Os Direitos Fundamentais clássicos eram satisfeitos por meio de uma mera conduta omissiva por parte do Estado. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade, tal comportamento negativo do Estado se revelou insuficiente para o atendimento das novas exigências que surgiam diante de novos direitos. Por conseguinte, tais direitos passaram a reclamar atitudes positivas do Estado. De acordo com Paulo Bonavides, o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) "anunciou" a ordem histórica da gradativa institucionalização dos Direitos Fundamentais, que culminou na sua divisão em três gerações (ou dimensões), sucessivamente: direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Os direitos de primeira geração (ou dimensão) são os direitos da liberdade, e foram os primeiros consagrados nas constituições. Trata-se dos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência contra o Poder Público. Tais direitos dependem da necessária separação entre Estado e Sociedade, em que esta exige daquele apenas a não interferência na liberdade dos indivíduos (tutela negativa).

Já os direitos da segunda geração (ou dimensão) são os sociais, culturais e econômicos. Tais direitos surgiram com o Estado social, são entendidos como direitos da coletividade e advieram do princípio da igualdade. Para a sua concretização exigem prestações por parte do Estado (atitudes positivas). Neste aspecto, a Constituição brasileira, no seu art. 5º, § 1º, assegurou a auto aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Para Noberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p. 5-19), os direitos de segunda geração são direitos de liberdade "por meio" do Estado, ou seja, é através deste que os indivíduos poderão obter a sua satisfação. Na Lei Maior, os citados direitos estão no capítulo designado "Dos Diretos Sociais", em que constam vários Direitos Fundamentais, dentre eles os direitos a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer e a segurança. (CF, art. 6º, caput).

Nesta perspectiva, os Direitos Fundamentais receberam um novo conceito, e passaram a ser objetivados. Assim, Paulo Bonavides ministra que o Estado passou a ter a obrigação de criar pressupostos fáticos para a efetiva realização dos direitos, imprescindíveis ao pleno exercício da liberdade, sobre os quais o indivíduo é destituído de poder (BONAVIDES, 2002, p. 521). Dada a constatação da mera formalidade dos direitos de primeira geração e de que seus preceitos de fato não se estendiam a todos, se verificou a necessidade de atribuir ao Estado a função de efetivar direitos por meio de prestações (tutela positiva).

Na sequência, com base na fraternidade surgem os Direitos Fundamentais de terceira geração (ou dimensão), os direitos difusos (referem-se a um número indeterminado de pessoas),

que objetivam a proteção do ser humano, e não somente do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade. Neste aspecto, Sarlet pondera: *"[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos."* (SARLET, 1998, p. 50).

Os direitos de terceira geração são apontados como sendo: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Embora, possam surgir outros direitos dessa espécie, com a universalização desses direitos. Entretanto, a maior parte desses direitos são encontrados apenas em Tratados e outros documentos transnacionais.

Atualmente vem sendo admitida a existência de uma quarta geração (ou dimensão) de Direitos Fundamentais, como resultado de uma globalização econômica neoliberal e de uma paulatina dissolução do Estado Nacional por meio da perda de sua soberania. São eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Em que pese essas considerações, no que tange especialmente aos direitos fundamentais sociais, estes ainda suscitam debates no Brasil em torno da sua eficácia e efetividade, em razão da insuficiência e ineficiência dos instrumentos jurídicos existentes para lhes permitir uma integral concretização.

Como demonstrado, ao longo da História houve uma evolução substancial da noção de Estado, Justiça e Democracia, que passaram a estar associados a expressão "social", entretanto, para alguns, em razão da referida dificuldade de se obter uma plena realização dos direitos fundamentais sociais, a ligação entre as expressões seja considerada uma "armadilha semântica". Em sentido oposto a este entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

> A evolução do assim chamado Estado Liberal para o Estado Social de Direito (apenas o segundo seria uma "armadilha" ou "bobagem semântica"?) certamente representou para a humanidade bem mais do que um mero capricho semântico. Da mesma forma, haveríamos de reconhecer que todos os ilustres juristas, economistas, sociólogos, políticos e filosóficos que fizeram e ainda fazem largo uso destas expressões (de Marx, Lassale a Tony Blair, Bobbio, Gomes Canotilho e, entre nós, Paulo Bonavides), nada mais foram ou são do que "bobos" ou, na melhor das hipóteses, vítimas "das armadilhas semânticas" criadas pela fértil imaginação humana ao longo dos tempos (SARLET, 2001).

Ao definir Estado Social de Direito, dentre outros aspectos nele compreendidos, o autor afirma: *"[...] se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social"*. Contudo, atualmente, vivenciamos uma crise do Estado Social de Direito, como efeito da *"[...] da globalização econômica e da afirmação do pensamento neoliberal [...]"*; e aquela crise, via de consequência, *"[...] atua como impulso e agravamento da crise dos demais direitos"* (SARLET, 2001). Em síntese, a crise do Estado Social de Direito pode ser considerada a propulsora da crise dos demais direitos ou no seu agravamento, vez que representa uma degradação mais ampla dos sentimentos de solidariedade e fraternidade, que se espalha nos diversos setores da sociedade, incentivada pela política capitalista selvagem.

Nesta esteira de raciocínio, *"A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização [...]"* (SARLET, 2001), por significar a plena realização da dignidade humana, compreendendo inúmeros outros direitos fundamentais essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana. Neste contexto, há uma interligação entre as definições de direitos fundamentais, política públicas e ativismo judicial. "Logo as políticas públicas surgem como instrumento de atuação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, indo além desse objetivo e resultando na diminuição das desigualdades e na inserção social da população como um todo". (SLONIAK, 2014).

Diante das dificuldades de se implementar as políticas públicas, o Judiciário é constantemente chamado a socorrer os indivíduos como guardião do cumprimento das demandas sociais. A esse fenômeno deu-se o nome judicialização. Nessa tarefa, ao Judiciário se apresentam duas posturas distintas e alternativas, a de "garantista" ou de "ativista", sendo aquela mais conservadora e limitada; e a última, mais avançada, criativa e consciente de que suas decisões deverão cumprir os comandos constitucionais, ainda que não disponha da autorização legislativa. Neste sentido, Luís Roberto Barroso ministra:

> A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008).

Assim, a discussão a respeito do referido dualismo, juiz "garantista" ou "ativista", entrou nas discussões do meio acadêmico brasileiro nas últimas décadas, e fez surgir defesas fervoras a respeito de uma e outra conduta, embora em outros países, há um bom tempo, tal embate já fora travado, como é o caso da Alemanha. Entretanto, a análise que será feita vai além do citado dualismo. Pretende-se investigar se o ativismo judicial em desenvolvimento no Brasil na efetivação dos direitos fundamentais, em especial na área da saúde, é ou não uma construção do nosso ordenamento jurídico, e seus limites e consequências.

A análise evolutiva dos direitos fundamentais desenvolvida pela teoria constitucional aponta para uma transformação das noções de Constituição, democracia, Estado e das funções dos seus poderes. O Direito, e mais amplamente a Justiça, não mais se conformam com o formalismo rígido, discursos e dispositivos jurídicos inócuos, destituídos de alcance social. É um caminho que não admite retrocessos e representa o progresso científico do direito.

Com efeito, o Direito constitucional contemporâneo cada vez mais reforça o papel social das constituições democráticas republicanas, documento composto por princípios e regras dotados de caráter normativo, fonte de inspiração e condicionador de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

1.2 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Por meio da doutrina constitucional contemporânea e de uma interpretação que confira unidade à Constituição Federal e à "vontade" do Poder Legislativo na sua tarefa de legislador ordinário, de regulamentador da Magna Carta e produtor de emendas constitucionais, que serão encontradas as respostas para a legitimidade democrática do juiz ativista. Neste aspecto, o Poder Constituinte ao estabelecer preceitos abertos, tais como os princípios fundamentais constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e o pluralismo político (art. 1º, V, CF); criar as súmulas vinculantes, que vinculam o Poder Executivo (art. 102, §2º, da CF); a repercussão geral (art. 102, §3º, da CF) etc., autorizam o ativismo judicial.

Ademais, os diversos direitos e garantias previstos na Lei Maior, como o mandado de injunção (art. 102, q, da CF), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CF), ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF) os direitos e garantias individuais arrolados como cláusula pétrea (art. 60, §4º, da CF), a exigência de harmonia e controle mútuos entre os poderes (art. 2º, CF), o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, etc., reforçam essa afirmativa. Pela revisão da clássica teoria da separação dos poderes para uma que permita a colaboração entre os poderes, e através do desempenho de funções atípicas, as ponderações abaixo:

> Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o contemporâneo Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial. (TEIXEIRA, 1991, p.585).

Outro fator a ser considerado, reside no princípio constitucional da inafastabilidade de controle judicial, que inevitavelmente impõe uma conduta ativa do Poder Judiciário na

efetivação dos direitos fundamentais em face da ausência arbitrária de atuação do Estado. Neste aspecto, Ministro Celso de Mello ministra que:

> A regra inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, garantidora do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constitui o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexista a possibilidade de amparo jurisdicional, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos dos particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa (STF. Rcl 6534 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00160 RTJ VOL-00206-03 PP-01036 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 162-170 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 360-370).

Além disso, o art. 5º, inciso XXXV, da CF, nos autoriza a elencar como destinatário daquela disposição não apenas o legislador, mas também o juiz, vez que é ele o condutor do processo. Por conseguinte, sendo o acesso ao Judiciário um direito fundamental do indivíduo, logicamente à atuação magistrados foi dado valor substancial pelo Poder Constituinte. Em relação aos dispositivos infraconstitucionais que ampliam os poderes dos juízes, é exemplo a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, ao prever possibilidade de adaptação pelo juiz do rito às particularidades da causa em dois aspectos: quanto aos prazos (ampliar) e alterar a ordem da produção de provas (ativismo processual).

De outro lado, a teoria da interpretação do direito de Dworkin oferece respostas as indagações ao teóricas sobre o assunto, vez que expõe um método de aplicação dos princípios e valores mais fundamentais na decisão jurídica, de maneira a legitimar a atividade do Judiciário e satisfazer o anseio comunitário por justiça e igualdade de tratamento. Neste sentido, Dworkin afirma que ainda que não exista nenhuma regra legislada, *"[...] o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente"*. (2006, p. 127).

Na obra "Juízes Legisladores?" Mauro Cappelletti afirma que mesmo no caso de o juiz assumir em suas decisões a atividade criativa, a função jurisdicional ainda assim não corresponderia à legislativa, nem violaria as funções do Poder Legislativo. O autor entente que os juízes estão necessariamente condicionados a serem criadores do Direito. (CAPPELLETTI, 1995). Neste aspecto, Luís Carlos Cancellier de Olivo elucida:

> [...] eles são chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e não raro a criar *ex novo* Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Para ele, é importante diferenciar o processo legislativo do processo jurisdicional, principalmente por este último envolver o contraditório entre as partes, o que não ocorre no processo legislativo. Entretanto, reconhece que os tribunais podem operar com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem o poder de emanar diretivas gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso em concreto, quando assumem eficácia vinculante *erga omnes.* (OLIVO, 200, p.89).

Por fim, quanto aos limites do ativismo na efetivação dos direitos fundamentais, estes estariam na capacidade institucional do Judiciário e nos efeitos sistêmicos de suas decisões (BARROSO, 2008, p.15-16), no mínimo existencial (SARLET, 2003), na "reserva do possível" (SARLET, 2003), desde que neste caso, as situações em que a realização de uma prestação pelo Estado não é possível por comprovada ausência de recursos, o que difere daquelas em que a falta decorre de sua alocação em desconformidade com a Constituição.

1.3 DOS LIMITES

Em busca de limites para o ativismo judicial a reserva do possível costuma ser utilizada como limitação ao Poder Judiciário. (GRINOVER, 2011. p. 149). Contudo, na hipótese dos Poderes Executivo e Legislativo, não promoverem as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser alcançados, caberá ao Judiciário intervir nas respectivas políticas pública (CANELA JUNIOR, p. 225-236). Tal intervenção do Judiciário deve realizar-se de forma razoável e proporcional, buscando-se a garantia do mínimo existencial (GRINOVER, 2011. p. 149). Ao apreciar determinada política pública, deve analisar todos os elementos que a envolvem, sob pena de invasão na atividade política de governo, o que pode afetar outras tarefas estatais (BUCCI, 2006. p. 23).

A reserva do possível, no entanto, não pode ser analisada subjetivamente por quem não visa cumpri-la. A depender das circunstâncias, pode ser necessário o cumprimento obrigatório de uma decisão, como no caso de remédios para a garantia do direito fundamental à saúde. (FREIRE JÚNIOR, 2005. p. 77). No julgamento do AI 734.487-AgR foi mantido o entendimento de que o direito a saúde é indisponível, impondo ao Estado a criação de condições objetivas de efetivo acesso a tal serviço. Por conseguinte, é possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionais, sem que haja ingerência no poder discricionário do Poder Executivo[1]

A decisão, contudo, limita a atuação do Judiciário às hipóteses em que o poder público não cumpriu com suas obrigações constitucionalmente previstas. Caso contrário, estaria invadindo nas atribuições da Administração Pública. Assim, quando o Poder Público se abstém de cumprir o dever de realizar políticas públicas previstas na Constituição, viola os direitos fundamentais, dando permissão a atuação do Judiciário.

[1] 53 AI 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. AI 734.487-AgR. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010. Acesso em: 22 abr. 2014.

1.4 DA VARIÁVEL ECONÔMICA

É certo que a variável econômica ganha relevância em sede de ativismo e efetividade de direitos. Contudo, apesar dela encontrar-se vinculada às condições e possibilidades de execução de políticas públicas em defesa e efetivação dos direitos sociais, a mesma não é condição imutável, devendo ser vista como condição a ser constituída previamente pelos atores políticos e sociais que são constitucionalmente responsáveis. (LEAL, 2009. p. 97).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP56[2], manifestou-se de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas reside nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo possível que o Judiciário, no caso de políticas públicas constitucionais, determine que sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. Isso significa que é possível o ativismo judicial sob a condição de ficar caracterizada a omissão ou o descumprimento dos encargos políticos, comprometendo a eficácia dos direitos sociais. Assim, a atuação do Judiciário em caso de lesão aos direitos fundamentais ganha respaldo constitucional.

Ademais, de acordo com Ana Paula de Barcellos (2007. p. 2) o "neoconstitucionalismo" gerou a defesa de um novo paradigma constitucional no Brasil, dando superioridade e centralidade a Constituição, e tendo como efeitos o reconhecimento da força normativa, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional. Desse modo, o ativismo judicial deve pautar-se segundo os interesses em discussão no caso concreto, adotando-se a decisão mais apta ao atingimento dos fins objetivados pela norma, respeitando-se a Constituição e os atributos de cada um dos "poderes" constitucionalmente estabelecidos.

No caso de ato administrativo discricionário, deve o juiz decidir se o administrador agiu segundo a conveniência e oportunidade que a lei lhe conferiu. Neste toar, se o administrador praticou o ato dentro dos limites, tem-se que o ato é compatível com a ordem jurídica. Contudo, caso ele viole o interesse público ou legalidade, a revisão judicial se impõe. Tal "ativismo" deve ser feito com critérios que lhe confira racionalidade, considerando a razoabilidade da pretensão, o mínimo existencial e a existência de disponibilidade financeira do Estado a fim de tonar concretas e efetivas as prestações que lhes são exigidas.

Assim, deve o juiz valer-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de adotando a melhor decisão para o caso examinado, sem deixar de observar os direitos

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. RE-AgR 410715/SP. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: Acesso em: 22 abr. 2014

constitucionais pleiteados e a cláusula da reserva do possível orçamentário com base nas verbas públicas disponíveis para a execução de determinada política pública.

1.5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Na dimensão material de política pública, João Martins Tude destaca: "*São os conteúdos concretos da ação política, isto é, o resultado material dos chamados programas políticos ou planos de governo, são as resoluções do Estado para os problemas técnicos e mais imediatos da sociedade em sua concepção mais material"*. A razão, portanto, para a implementação de uma política pública é a resolução de um problema coletivamente relevante (SECCHI, 2015, p.2), por possuir dois elementos considerados imprescindíveis: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público.

Não há dúvidas que as políticas públicas demonstram as escolhas do governo para tratar dos temas tidos como de maior relevância. Para isso, é essencial conhecer os problemas rotineiros, indicados pelo meio social e seus partícipes, para após inseri-los na agenda do governo. (OLIVEIRA *et al*, 2011). Diante disso, a eficácia prática da política pública a ser eleita é cada vez mais objeto de preocupação entre os juristas, os levando, obrigatoriamente, a considera-la no momento da sua escolha. Com esse fim, a AED vem ganhando espaço.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O desenvolvimento da AED se deu através da agenda do realismo jurídico, defensora de que os estudiosos da lei deveriam ocupar-se de examinar como ela funciona na prática, fazendo uso das ciências sociais, dentre elas a economia (ROEMER, 2000, p. 10). Tantos os economistas como os profissionais do direito acreditam nos modelos de conduta. Com a AED, houve a introdução de uma teoria mais abstrata de que as normas jurídicas são incentivos para a ação, e que as respostas dependem e variam em função dos tipos de incentivos envolvidos (ROEMER, 2000, p. 20). As suas técnicas analíticas, devidamente utilizadas, permitem ao jurista avaliar que normas devem reger diferentes áreas.

Trata-se da ampliação da análise do Direito, com foco na eficiência prática máxima, por meio da inserção da teoria econômica e seus métodos, que são aplicados para examinar a lei (formação, estrutura, influência, etc.) e as instituições jurídicas (ROEMER, 2000, p. 6). A AED não se limita, portanto, às questões de mercado (Adam Smith, precursor), mas também às de não mercado (Jeremy Bentham, pioneiro), em que os indivíduos são maximizadores racionais

de seus interesses em todos os aspectos da vida. A sanção penal, por exemplo, é pelo indivíduo avaliada com base na severidade e aplicabilidade da norma.

Isso levou a um relevante instrumento de uso das políticas públicas dentro da análise da lei, já que *"[...] as instituições de um país formam a estrutura de incentivos que recai sobre a sociedade."*. São *"[...] as regras do jogo, tanto formais quanto informais e, também, as suas características de eficácia. Juntas, definem como o jogo deve ser jogado"* (NORTH). Tal perspectiva leva em consideração a interdependência entre Direito e Economia, pois como os agentes econômicos, as demais pessoas reagem a incentivos fornecidos pelo ambiente em que vivem, que podem ser fornecidos pelo ordenamento jurídico. E as instituições que desempenham este papel são as regras jurídicas, os tribunais, dentre outros.

2.1 O ATIVISMO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

Para a análise do ativismo judicial, trouxemos o caso da concessão de medicamentos não previstos nos protocolos oficiais e os seus efeitos na implementação de políticas públicas de saúde pelo Poder Público. Com esse fim, usaremos da Análise Econômica do Direito, especialmente do conceito de racionalidade limitada, referente à limitação informacional dos operadores de direito, e do princípio da eficiência na implementação de recursos escassos visando à soluções de maior eficiência econômica e social.

Neste sentido, ponderaremos que a interpretação ampla concedida ao direito à saúde, destituída da observância dos limites decorrentes de sua individualização, poderá implicar em tratamento desigual, impondo ao Estado o ônus de prover tratamentos individuais de custos superiores ao que o sistema é capaz, trazendo prejuízos a eficácia social e econômica de políticas públicas de saúde.

2.2 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A racionalidade humana permite à pessoa analisar, planejar e executar suas atividades e desejos, pondo-os em prática. Para isso, o indivíduo deve ter em mente o que o separa dos bens e serviços preferidos. Os obstáculos são vários, por isso, são considerados pelo homem. (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, 2001). Por outro lado, quem decide, sempre desejará aumentar o que foi alcançado (benefício marginal), o que leva à um obstáculo/custo maior (custo marginal). E, sendo o benefício marginal superior ao custo marginal, o indivíduo continuará fazendo modificações para aumentar os seus ganhos (COOTER, 2010, p. 45-46).

A maximização dos resultados, portanto, considera não apenas os benefícios iniciais

diante dos custos iniciais com os seus marginas. Os atos racionais estão ligados ao aumento do benefício marginal com custo marginal menor ou a manutenção dos benefícios iniciais com a redução de seus custos. A Teoria da Escolha Racional defende a ponderação, isto é, a análise detalhada das vantagens e seus custos na tomada de decisão pelo indivíduo, o que é essencial quando da eleição de uma política pública e para entender os efeitos de um ativismo ilimitado e que não leva em consideração as consequências econômicas de suas decisões.

2.3 RACIONALIDADE LIMITADA

A limitação da racionalidade decorre da limitação da informação acessível aos agentes, além de *"incapacidade de processamento pelo ser humano de toda a informação disponível sobre determinado assunto"*. Para Herbert Simon esta é verificável no momento em que os agentes pretendem atuar da forma mais racional possível. Contudo, isso não ocorre em razão dos riscos e incertezas a respeito de determinada transação, das informações incompletas acerca do objeto negociado, e da complexidade de informações que envolvem a transação.

Quando se analisa uma decisão judicial, a racionalidade limitada pressupõe as limitações de conhecimento dos juízes sobre as implicações econômicas de suas decisões, já que há limitações informacionais e incapacidade geral de seu processamento pelo ser humano. O julgador, na busca pela justiça da decisão, deve avaliar seus custos face à eficiência na alocação dos recursos objeto do litígio. Tal ponderação, relaciona-se ao consequencialismo que deve reger a solução de certos casos, especialmente quando atingem terceiros. Assim, tem-se que os magistrados fazem uma análise subjetiva da pretensão apresentada, por evolverem em geral situações de emergência.

Quanto ao fornecimento de medicamentos, é possível que se recorra à teoria dos direitos fundamentais, direito à vida, à saúde e à dignidade humana, de modo que a hermenêutica constitucional serve de base para justificar a concessão de medicamentos (RIOS). Este procedimento, no âmbito da contemporânea teoria dos direitos fundamentais, pode ser denominado método hermenêutico constitucional contextual.

Extrai-se que a racionalidade limitada leva à compreensão de porquê estarem os magistrados impossibilitados de conhecer os efeitos econômico-financeiros de suas decisões, optando por basear suas decisões unicamente na compreensão da Constituição e dos direitos fundamentais para a concessão de medicamentos. A abordagem proposta pela Análise Econômica do Direito pode ser associada ao conteúdo das normas invocadas pelos julgadores, especialmente as de ordem constitucional, que em razão da abertura dos seus princípios, apresentam elementos de fundamentação das decisões em demandas dessa natureza.

A Constituição instrumentaliza o intérprete, por exemplo, ao contemplar normas/princípios como os da dignidade da pessoa humana e direito à saúde. Contudo, tais normas não estabelecem critérios de efetivação destes direitos. Neste cenário, as decisões de concessão de medicamentos, em geral impondo altos custos ao Estado, impedem que os recursos escassos sejam alocados à sociedade por meio de políticas públicas. Sobre o assunto, Gustavo Amaral destaca:

> (...) a decisão judicial para o indivíduo deve sempre ser circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial.

Desse modo, a concretização direta de determinados direitos individuais pode impedir uma solução de maior eficiência, econômica e social, seja implementada pelo Estado e atenda o interesse público de modo mais amplo. Por outro lado, sendo limitados os recursos, a opção de sua aplicação envolve considerações relativas às prioridades eleitas pelo Poder Público.

2.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Os recursos de produção, os ingredientes básicos para a criação de bens e serviços, são limitados, porém, as necessidades humanas estão sempre se renovando (VASCONCELLOS; GARCIA, 2000. p. 2). Neste contexto, a Economia atua como gerenciadora, tentando evitar o desperdício dos fatores produtivos face às vontades humanas, atingindo o equilíbrio. A eficiência está ligada ao método da economia, que para se ter meio de produção eficiente, é essencial a maximização das riquezas, realizando as necessidades humanas (PINHEIRO). Tal maximização se obtém, quando é impossível criar a mesma quantidade de produção com a combinação de produtos de baixo custo; ou não se pode ter maior produção com a mesma quantidade de bens combinados (COOTER; ULEN, 2010. p. 38).

Outra concepção de eficiência, é a de Pareto ou alocativa, que considera não só a elevação do potencial produto, pela diminuição dos custos produtivos, ou pelo aumento da fabricação com a mesma quantidade de insumos, mas também, pelo grau de satisfação das pessoas envolvidas. Assim, na impossibilidade de realocar produtos de modo a beneficiar uma parte, sem prejudicar a outra, será uma situação de Pareto eficiente. (VARIAN, 2003. p. 15).

Diante disso, a Economia contribui com o Direito, pois explica o comportamento humano (maximizador, que leva ao equilíbrio, gerando eficiência), auxiliando a pensar e criar meios e formas de tornar as políticas públicas e os atos jurídicos mais eficientes, que em matéria de

saúde pública se afigura essencial. É indiscutível a importância da AED. A justiça pode se beneficiar da discussão dos custos e benefícios, embora a eficiência não se iguala à justiça no caso da saúde. Aqui, aquela permite a utilização de aspectos econômicos que podem garantir uma maior eficiência para se atingir a máxima efetividade deste direito fundamental, por meio da ponderação de interesses.

A questão da escassez de recursos públicos se coloca de maneira especial no acesso à saúde. Com efeito, quando o Estado determina a aplicação em área específica, significa que reduziria o montante em outra, o que traria como consequência a desorganização da Administração Pública. (AMARAL, 2001, p. 136) Ora, o Estado retiraria recursos que seriam destinados a outros pacientes, atendendo o indivíduo em detrimento da promoção da saúde global. Ademais, existem menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e a escassez não seria acidental, mas essencial (AMARAL, 2001, p. 147).

Desse modo, as decisões alocativas seriam escolhas trágicas (CALABRESI, 1998), que culminariam na negação de direitos que, na saúde, poderiam redundar até na morte. É sabido que os recursos orçamentários são limitados e que a sua alocação depende de escolhas. E uma boa gestão dos recursos pode ser suficiente para garantia da saúde e vida de muitas pessoas.

A ideia de ativismo judicial está ligada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, com maior interferência na atuação dos outros Poderes. Impõe que os juízes sejam atuantes e façam cumprir materialmente a lei e princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana. A Constituição determina que o aporte de recursos privados seja feito de modo complementar, porém, no Brasil, os gastos de ordem privada superam aos públicos. Há o desrespeito aos imperativos constitucionais retirando sua força normativa.

O Estado está vinculado à proteção do Direito à vida/saúde através as prestações existenciais essenciais, escolhendo um meio que melhor torne tal direito possível. Contudo, a limitação fático-orçamentária do Estado deve ser, em muitos casos, relativizada em respeito à dignidade humana O art. 198 da Constituição determina o financiamento da Saúde pública com recursos das contribuições da Seguridade Social, com a atividade complementar privada. Nos países com sistemas universais, os gastos públicos são superiores a 75% do total de gastos em saúde. No Brasil, corresponde a 42% dos recursos destinados à saúde, isto é, o gasto privado com a saúde corresponde a 57% do financiamento da saúde. Neste contexto, o financiamento público da saúde está aquém do que se propõe a legislação e a Constituição.

2.4.1 A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO

Para Pareto só haveria eficiência quando seria impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de outra, isto é, haveria uma alocação ótima de recursos. O aspecto econômico do conceito faz com que se considere que se estará numa condição de eficiência na medida em que à melhora da condição de um indivíduo ou família corresponder-se-á *"uma piora na situação de um outro indivíduo, ou família, ou classe social.".*

Observa-se que o princípio da eficiência permite analisar se a alocação subjetiva de recursos para a concessão de medicamentos corresponde à medida economicamente eficiente e se esse meio de efetivação de direitos fundamentais é o mais apropriado para se chegar à eficiência. O conceito de Pareto é criticado por manter o *status quo* e desvalorizar a necessidade de modificação de situações consolidadas em proveito de um melhor resultado social. Cristiane de Oliveira Coelho, acrescenta ao conceito o elemento potencialidade:

> Ocorre que, principalmente para o campo do Direito, o conceito de eficiência, tal qual exposto por Pareto, ao evitar apreciar e julgar mudanças no bem-estar social quando há simultaneamente ganhos e perdas individuais, em nada contribuía para a resolução prática de problemas alocativos. (...)

Aqui, o importante é que na alocação de bens os ganhadores possam compensar os perdedores, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo. Com efeito, a eficiência potencial de Pareto surge como uma instrumentalização do conceito original de Pareto, possibilitando sua utilização para a realização de políticas públicas e para guiar decisões jurídicas. Nas decisões sobre medicamentos, não se trata apenas de considerar que em benefício do interesse individual haverá uma perda no proveito coletivo, mas também a possibilidade de compensação desta perda coletiva. Kaldor e Hicks propõem que as normas deveriam ser planejadas com o fim de promover o bem-estar de maior número de pessoas possível, mesmo que através da compensação entre benefícios e perdas (maximização da riqueza de Posner).

Esse critério de eficiência parte da noção de que *"as normas devem ser planejadas com o objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns"*. A eficiência, para Posner atrelada a justiça, é critério adequado para a solução de conflitos e valor para que a escolha pública seja feita tendo em vista à maximização da riqueza social.

Ao princípio da eficiência soma-se outros princípios da Administração Pública, expressando economicidade em busca de objetivos trazidos por bons serviços, do modo mais simples, rápido e econômico, elevando a relação custo/benefício. A economicidade e eficiência são características em grande medida não devidamente valoradas nas decisões judiciais, pois "*O juiz desconhecedor da matéria farmacêutica e medicinal pode deferir medidas de urgências que não correspondam a melhor solução no caso concreto. "* (BRITO).

Demandas ajuizadas com atestados ou prescrições sem maiores compromissos têm sido documentos que embasam decisões judiciais. As consequências são ingerências na atividade administrativa do Poder Executivo e nas suas políticas de saúde, envolvendo dispêndio de verbas públicas sem necessidade e nem resultado conforme a economicidade e eficiência. Assim, a concessão de medicamentos gera o dispêndio de verbas públicas sem a certeza de que o litigante terá sucesso em seu tratamento, e que tal medida seja a mais eficiente para as finanças do Estado e sua missão de concretização de políticas públicas.

2.5 ORÇAMENTO PÚBLICO E ESCOLHAS TRÁGICAS

A partir de uma perspectiva social, tem-se que as políticas públicas, segundo Enrique Saraiva, seriam um *"fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios a modificar essa realidade"*. Nesse sentido, o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde pelo Estado é uma medida de justiça social destinada à satisfação de necessidades públicas, o que permite uma ordem judicial de concessão individual de medicamentos, em ações judiciais dessa natureza.

A concessão de medicamentos, como política pública eleita, depende da avaliação do Estado, que além de estar condicionada às prioridades políticas eleitas, deve respeitar as Leis Orçamentárias e não deve violar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade quando comparado com gastos previstos universalmente para o sistema de saúde. Portanto, deve ser considerado os limites da intervenção judicial, pois não pode ocorrer de forma a adentrar na competência dos demais Poderes, interferindo no orçamento estatal. Isto porque a condenação do Poder Público ao fornecimento ilimitado de medicamentos e de tratamentos culminaria na insuficiência de recursos para o atendimento das demais demandas públicas.

Em acréscimo, tem-se que a concessão individual de medicamentos afronta o princípio da universalidade do SUS, que determina que a saúde é direito de todos, indica que a oferta de serviços de saúde destina-se a todos que necessitarem, e que sua individualização, ordenada judicialmente, viola o referido princípio e se afasta da satisfação de necessidades públicas.

A discussão não deve ser restringir ao aspecto abstrato da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, mas sim a escassez de recursos do Estado, diante dessas demandas. O Estado brasileiro não dispõe de recursos para assegurar todos os direitos garantidos na Constituição, estando atrelado à sua situação econômica e as políticas públicas traçadas.

O Judiciário deve ser prudente ao criar despesa pública não prevista no orçamento, vez que a interferência no orçamento, interfere nas políticas públicas. O direito à saúde não é absoluto, da incapacidade orçamentária do poder público de garantir tal direito universalmente.

O Estado, dentro dos seus limites, deve garantir a saúde da população, não se podendo esperar é que ele assuma o compromisso de fornecer medicamentos a todo tipo de doença, pois levaria à sua falência e encontraria limites em outros direitos fundamentais.

Impõe-se, assim, saber quais atos seriam mais eficientes na redução do risco de doença, se seria o fornecimento de remédios caros por tempo indeterminado, não inclusos na lista do SUS, alguns experimentais. É uma escolha trágica, já que ao escolher um, desiste-se do outro. E escolhas trágicas devem ser feitas preponderantemente pelo Legislativo e pelo Executivo.

No que se refere a escassez de recursos, a análise da legislação não deve ser feita sob a perspectiva da que não assegura a saúde a todos, mas sim da que está sendo realizada uma política social que garante o fornecimento de medicamentos, realização de exames e tratamentos a várias pessoas. E como os recursos são limitados e não há viabilidade de atendimento de todas as pessoas, se deve adquirir aqueles com menor custo e eficácia similar.

Por conseguinte, o que se visa é evitar que uma pessoa com melhor condição cultural e/ou socioeconômica possa ser beneficiada com um medicamento de alto custo, em prejuízo de outras pessoas que sem esses atributos possam ser privadas do medicamento ou tratamento necessário, por insuficiência orçamentária. Assim, a interpretação ampla do direito à saúde, sem atentar aos limites do caráter individual do pedido, importa tratamento desigual, impondo, ao Poder Público o ônus de prover tratamentos individuais, de custo muitas vezes superior ao que o sistema é capaz de fornecer, em detrimento da maioria dos necessitados.

Tal prática, quando reiteradamente promovida, leva a impossibilidade do resto da coletividade, não beneficiada por decisões individuais, acessar os serviços e as ações de saúde, porque os recursos destinados à assistência pública são escassos e devem ser prioritariamente dirigidos ao custeio de políticas públicas da área. Em voto o Min. Luiz Fux, afirma que*: [...] escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da reserva do possível".*

Nota-se que o uso do argumento relativo à escassez de recursos do Estado, diante da concretização dos direitos fundamentais é afastado e não elide o Poder Público da responsabilidade pelas Políticas Públicas, e constata-se uma preocupação quanto às escolhas públicas e na definição das prioridades mais prementes dos cidadãos.

CONCLUSÃO

A análise do Tema “Ativismo Judicial e a Eficácia Social e Econômica de Políticas Públicas Voltadas à Saúde”, foi realizado através do exame dos diversos dispositivos constitucionais, da legislação, da teoria constitucional contemporânea e da Análise Econômica do Direito. Demonstramos que o ativismo em desenvolvimento no Brasil decorre do nosso ordenamento jurídico e quais são seus limites, para isso foram examinadas as prescrições constitucionais e a evolução da teoria constitucional nas últimas décadas. E destacamos que a Análise Econômica do Direito serve de contraponto, ferramenta de equilíbrio e ponderação das decisões judiciais.

Ressaltamos a existência de inúmeras críticas ao ativismo judicial, dentre elas se destacam a alegada violação do princípio republicano, à independência e separação dos poderes, à democracia, o risco de politização da justiça; e os relativos a quais seriam os limites desta atuação, em especial em razão dos seus efeitos econômicos, que podem afetar profundamente a prestação de outros serviços públicos, com destaque para área da saúde. Desse modo, neste artigo utilizamos da ferramenta da Análise Econômica do Direito, envolvendo o conceito de racionalidade limitada, a limitação informacional dos operadores de direito, e o princípio da eficiência, o qual se relaciona com a implementação de recursos escassos visando à obtenção de soluções de maior eficiência econômica e social.

Afirmamos que a interpretação ampla concedida ao direito à saúde, destituída da necessária observância dos limites decorrentes de sua individualização, importa tratamento desigual, impondo ao Poder Público o ônus de prover tratamentos individuais de custos superiores ao que o sistema é capaz de fornecer comprometendo a eficácia social e econômica de políticas públicas voltadas à saúde. O custo social e econômico destas demandas e a possibilidade de aplicação de soluções cooperativas e judiciais são pontos fundamentais para o atendimento das necessidades dos destinatários do sistema de saúde.

Por fim, concluímos que é necessário reconhecer a relevância temática e metodológica da Análise Econômica do Direito, principalmente pela necessidade urgente de se adequar a realidade constitucional a uma hermenêutica judiciária que concretize não só os interesses individuais, mas também que viabilize substancialmente as prerrogativas governamentais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.15, jan./mar. 2007. p. 2

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2008. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 22 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* 11. ed. Rio de Janeiro: Campus,1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____ *Curso de direito constitucional.* 12ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. Malheiros Editores, 2º edição, 2003, págs. 314/315.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236. p. 233

BRASIL. Constituição Federal. *Promulgada em 05 de outubro de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. CLEVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível emhttp://pt.wikipedia.org/wiki/Declaracao_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidadao. Acesso em: 21 nov. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, mar. 2008. (Working Paper). p. 17.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

Dobrowolski, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo.* REVISTA N.º 31, Ano 16, dezembro de 1995 - p. 92-101. Disponível em: file:////Platao/www/arquivos/RevistasCCJ/Seque...ativismo_judicial_no_estado_contemporaneo.html. Acesso em: 22 nov. 2015.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Lições de direito constitucional e teoria geral do Estado.* Belo Horizonte: Lê, 1991.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. *Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. 2000. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15417/13990. Acesso em 22 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, ano I – Vol. I – nº 1 – Abril de 2001 – Salvador Bahia – Brasil.

_____, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SLONIAK, Marcos Aurélio. *Acesso a justiça, direitos fundamentais e políticas públicas: uma análise do ativismo e garantismo processual*. Disponível em: http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=173. Acesso em: 22 nov. 2015.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.