

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E PRAGMATISMO

HEALTH JUDICIALIZATION AND PRAGMATISM

Fernando José Piazenski

Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília.

Julio Cesar de Aguiar

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Mestre em Filosofia, Doutor e PhD em Direito, Procurador da Fazenda Nacional.

Editor Científico:

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva.

Submissão: 18/05/2017

Aprovação: 09/11/2017

RESUMO

O artigo trata da chamada judicialização dos cuidados com a saúde, focalizando a tendência atual dos tribunais de resolver os casos aplicando um silogismo lógico simples, no qual a premissa maior é o direito à assistência médica e a premissa menor é a necessidade dos demandantes. O artigo argumenta que, como resultado dessa metodologia, as soluções apresentadas vão contra o princípio da isonomia e causam externalidades negativas à própria política pública. Em seguida, propõe-se uma visão pragmática que não torne o sistema inviável e atenda ao princípio de que todos devem ser tratados de forma igual.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde Princípio da Isonomia. Pragmatismo.

ABSTRACT

The article deals with the so-called judicialization of health care, focusing on the current trend of the courts to solve the cases by applying a simple logical syllogism, in which the major premise is the right to health care, and the minor premise is the plaintiffs need. The article argues that, as result of this simplistic methodology, the solutions presented go against the principle of isonomy and causes negative externalities in public policy itself. Then, a pragmatic view is proposed that does not make the system unfeasible and meets the principle that causes everybody should be treated equally.

KEYWORDS: Health Judicialization. Principle of Isonomy. Pragmatism.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como temática a judicialização¹ da saúde e a aparente pacificação da interpretação no sentido de ser dever do Estado prestar assistência ilimitada à saúde de todos, fato que tem preocupado sobremaneira os gestores públicos, na medida em que não é feita qualquer consideração sistêmica ao se conceder a tutela pretendida. A interpretação atual do direito à saúde, após afastar a reserva do possível fazendo uso da ponderação com o princípio do mínimo existencial, se limita a fazer juízo de subsunção entre a premissa maior, o direito a saúde, e a premissa menor, o dever de prestá-la no caso concreto, sem qualquer consideração outra como, por exemplo, acerca da possibilidade econômica do atendimento. (BARROSO, 2014, p.39).

Não se nega que a Constituição estabeleceu o direito à saúde exercitável contra o Estado, porém, esse acesso não deve e não pode ser ilimitado, deve ser fornecido através de uma política pública abrangente, que garanta acesso igualitário ao sistema. Os direitos de todos devem coexistir e não podem se excluir mutuamente, não se permitindo que a necessidade de uns se sobreponha a do resto da coletividade. Nesse sentido, a interpretação judicial do direito deve considerar que decisões podem ter efeitos externos, e, quando estes forem negativos, deverão ser considerados na solução do caso (BARROSO, 2014, p. 249). Ou seja, ao aplicar o direito ao caso concreto, os juízes devem considerar que podem ocorrer choques entre direitos individuais e coletivos e buscar uma solução que não absolutize os primeiros em detrimento dos últimos.

Com o advento da Constituição de 1988, plena de direitos, começou a se falar na utilização de princípios na interpretação do Direito, exigindo uma maior participação do intérprete na construção do Direito, ou seja, a subsunção do fato à regra já não responderia à necessidade, pois princípios podem colidir entre si, sem que necessariamente um revogue o outro, obrigando à ponderação como meio de aferir qual dentre esses princípios conflitantes deveria prevalecer em determinado caso (ÁVILA, 2008, p.1).

Analisando-se o cenário da judicialização da saúde, seja sob o ângulo da subsunção, seja sob o da ponderação, o que se constata é que a atual interpretação pode levar a paradoxos arriscados, pois questões de ordem financeira podem inviabilizar o cumprimento de decretos judiciais. Para evitar essa colisão, uma orientação para a análise do problema será procurada na adjudicação pragmática de Richard Posner.

¹ Judicialização, segundo Barroso, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social, ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário”.

O pragmatismo de Posner baseia-se em fatos e consequências, e não se prende em análises puramente conceituais, bem como rejeita a crença da perfectibilidade humana (POSNER, 2010b, p. 47), segundo este autor:

A adjudicação pragmática não é, como seus detratores acusam, sinônimo de tomada de decisão *ad hoc*, isto é, sempre decidir um caso de forma que tenha as melhores condições imediatas sem considerar as consequências futuras. Tal abordagem seria não pragmática ao desconsiderar as consequências sistêmicas adversas da adjudicação *ad hoc*. Nada no pragmatismo legal exige, ou a esse título permite, a exclusão de consequências alegando que elas são sistêmicas em vez de específicas ao caso. “Visão curta” não faz parte da definição de “pragmático”.

Um exemplo bastante atual deste paradoxo podemos encontrar em decisões que determinam a internação de pessoas em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), sem considerar a viabilidade física e econômica da ordem. Qual a utilidade do decreto de internação se não existem leitos ou se todos os existentes estão ocupados? Formalmente estaria se obedecendo à regra da subsunção, pois a Lei que criou o Sistema Único de Saúde estará sendo obedecida dessa maneira, e a da ponderação entre o princípio do mínimo existencial à saúde e a reserva do possível também. A consequência prática, no entanto, é a manutenção de um estado de incerteza do Direito, em face da impossibilidade física de se ocupar um leito de UTI que não existe no mundo real.

De acordo com a adjudicação pragmática, a aplicação do Direito não pode deixar de considerar as consequências de cada interpretação alternativa possível; deve encontrar, em face de um caso concreto, soluções possíveis de serem cumpridas pelo destinatário da norma; deve considerar o todo que é o Estado, não ignorando a existência de limites para a realização, em cada momento, dos seus fins; deve sempre preferir a interpretação que preserve a efetividade e a autoridade da decisão. Para que tais diretrizes hermenêuticas sejam observadas, o Direito não pode se encapsular nele mesmo, mas abrir-se à interdisciplinaridade a fim de encontrar soluções a casos que revelam profunda interação com outros sistemas sociais, em especial o político (AGUIAR, 2013, p. 10, 18).

Sarmiento e Souza Neto (2014, p. 328), ao afirmarem ser erro grave considerar o Supremo como intérprete exclusivo da Constituição, devendo a atividade ser desenvolvida através do diálogo permanente com outros órgãos do próprio Judiciário, como do Legislativo, do Executivo, da comunidade e da academia, estão, na verdade, dizendo que toda interpretação jurídica deve atentar para o contexto social onde está inserida e, também, olhar as consequências que a solução engendrada provocará nos demais sistemas sociais.

Neste sentido, o exemplo da UTI é de fácil compreensão e, mais importante, esse raciocínio é aplicado a todo o sistema. Nesse ambiente, a lógica da subsunção, presente na

interpretação tradicional criticada pela proposta da adjudicação pragmática, não se mostra hábil para solucionar questões complexas envolvendo políticas públicas, muito menos uma lógica de ponderação de princípios jurídicos. Há situações em que o direito individual pode afetar diretamente o direito alheio, como no caso da UTI, ou do direito à saúde de um, caso de remédios extremamente caros, que pode afetar um sem-número de pessoas devido à diminuição dos recursos disponíveis à coletividade. Pessoas essas cujos direitos serão diretamente afetados sem sequer terem tido a oportunidade de se manifestarem. Barroso (2014, p. 41) lembra: “Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha”.

O direito deve ter consciência de seus limites, nas palavras de Hesse (2009, p. 139), “até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado.”

Todavia, a interpretação prevalente é a de que o direito à saúde prevalece sobre qualquer outro, inclusive afirma-se ser secundário o interesse financeiro do Estado (STF, SL 47-AgR/PE, 2010), bem como deveria o Estado demonstrar possível grave lesão à ordem econômica para elidir a obrigação de custear o tratamento médico (STF, SL 1.053/AC, 2017), ou seja, o fato de a ordem judicial eventualmente conter externalidades² negativas sequer é considerado.

No dizer de Biancheriene (2016), o acesso a bens de saúde pela via judicial, ao lado de representar um avanço em termos de cidadania, significa um ponto de tensão com os elaboradores e executores da política pública, na medida em que gastos imprevistos nos orçamentos desorganizam a própria política.

Ao se deferir a disposição de assistência médica e medicamentos sem considerar a política pública em execução resta ferido o princípio da isonomia. Dessa maneira, os usuários tornam-se desiguais, e há individualização de verba orçamentária dirigida à coletividade (VENTURA, et al., 2010).

A interpretação deveria ser mais comedida e se voltar para as peculiaridades demandadas em casos que envolvem políticas públicas, de modo que certas disposições constitucionais sejam analisadas com mais lentes que somente a do Direito, no dizer de

² Por externalidade deve ser entendida a situação em que um indivíduo, ou empresa, toma uma decisão, mas não tem que suportar o custo total ou o resultado dessa decisão. Em vez disso, pelo menos parte do custo global dessa decisão é passada para a sociedade como um todo: no caso, os beneficiários da política pública de saúde são os que sofrem o efeito.

Posner (2010b, p. 231): “*A Constituição judicialmente executável é principalmente um alvará de liberdades negativas, liberdades em relação ao governo*”

2 POSITIVISMO

O positivismo é citado, em brevíssima síntese, porque foi a teoria do Direito utilizada antes da Constituição de 1988 e ainda exerce muita influência sobre grande parte dos aplicadores do Direito, em especial quanto a um aspecto que lhe é peculiar: a autonomia do Direito.

Esta teoria foi idealizada transpondo as ideias de objetividade científica análogas às ciências exatas, de forma que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis invariáveis, naturais e independentes da atividade humana, um conhecimento válido, uma moral e até uma religião. O Direito é norma, ato do Estado, com caráter imperativo e força coativa, devendo se fundar em juízos de fatos e não em valores, conhecimento da realidade em vez de posição diante da realidade (BARROSO, 2014, p.117-118).

O Direito, segundo um de seus maiores intérpretes, Kelsen, seria uma ciência autônoma, devendo excluir todo conhecimento que não pertença ao seu objeto, que deve se liberar de todos os elementos estranhos, na qual o intérprete não transporte para o caso subjetividades, influências sociais, bem como sua própria vontade (KELSEN, 2006, p. 1; DIAS, 2015, p. 01).

A importância da contribuição do positivismo, e de Kelsen particularmente, à interpretação do Direito pode ser medida pela análise dos casos em que se trata da saúde. Os aplicadores do Direito, em regra, somente se valem de regras e princípios jurídicos na solução dos casos postos, independentemente de quão complexos possam ser, ou de sua intensa interação com outros sistemas sociais.

3 SUBSUNÇÃO E PONDERAÇÃO

Segundo Barroso (2014, p. 35), o Direito, no pensamento jurídico clássico, era expressão da razão, de uma justiça imanente, e era interpretado mediante uma operação lógica e dedutiva, na qual o aplicador do Direito fazia a subsunção dos fatos à norma, pronunciando a consequência jurídica contida nesta norma, ou seja, pré-pronta. Todavia, começaram a

surgir muitas situações em que o intérprete não encontrava a solução, tendo que construí-la argumentativamente, com elementos externos, valores morais e políticos legítimos.

Dá-se a superação do positivismo, onde os valores morais voltam a compor as fontes do Direito e, segundo Barroso (2014, p. 35), “de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia”. O mesmo autor afirma ainda que o Direito não caberia integralmente na norma jurídica e que a justiça poderia estar além dela.

Uma nova forma de interpretação do Direito é construída a partir dessa superação do positivismo e da subsunção, que não é abandonada. As fontes do Direito são modificadas, os princípios, antes normas de integração, agora podem ser empregados diretamente para a solução de casos e mesmo para bloquear normas. Segundo Ávila (2008, p. 2), “os princípios constitucionais agiriam por meio das suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes”. As normas, tão preciosas ao positivismo, constituem mero início de solução, muitas vezes representadas em conceitos gerais e indeterminados, que devem ser sopesados com os fatos para que possa ser extraída a solução adequada.

Porém, haverá casos em que aparentemente as normas parecem colidir. O direito à liberdade de expressão e a liberdade de imprensa formam o caso clássico no qual deve-se ponderar, no caso específico, para encontrar a melhor solução (BARROSO, 2014, p. 38).

No caso do direito à saúde, a ponderação se estabelece entre a reserva do possível e o mínimo existencial, tendo como resultado prevalência do mínimo existencial, fato que é objeto da análise a seguir.

4 ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA

Richard Allen Posner é reconhecido como um dos expoentes da *Law and Economics*, corrente do pensamento jurídico segundo a qual o Direito, seja ele legislado ou criado pelo juiz, deve produzir eficiente alocação de recursos, ou seja, maximizar a riqueza (POSNER, 2010b, p. 105). Posner escreveu dezenas de livros e centenas de artigos expondo suas ideias acerca da análise econômica do Direito e também sobre o pragmatismo³.

Este autor modificou sua interpretação sobre a teoria do Direito através do tempo. Assim, para efeito deste artigo, parte-se da fase dita efficientista exposta, entre outras obras, na coletânea *A Economia da Justiça*, em cujo prefácio à edição brasileira, Posner faz uma digressão acerca dos países que adotam o sistema jurídico denominado *civil law*, mais

³ Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~rposner/biography>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

conhecido no Brasil como sistema europeu-continental, em contraste com o *common law*, de origem britânica. O referido autor afirma que estes Estados, nos últimos anos, começaram a adotar uma concepção não positivista, orientando-se por teorias como a da ponderação de valores, da proporcionalidade e do direito como moral, reconhecendo-se a textura aberta dos textos legislativos, o que permitiria certa discricionariedade judicial (POSNER 2010a, p. XI). A teoria econômica por ele explicada seria uma posição intermediária entre o positivismo e a livre interpretação apregoada por aquelas citadas correntes.

Segundo os teóricos da análise econômica do Direito, a teoria econômica pode ser utilizada para a elucidação de problemas do direito e da justiça, na medida em que é possível a utilização de conceitos econômicos e que o direito não poderia ignorar ideias de outras disciplinas. Dessa maneira, propõe-se uma maior interdisciplinaridade ao Direito, que deveria voltar seu olhar para as consequências da aplicação de suas regras.

Arruda (2009, p.3) afirma

Os adeptos da AED sustentavam que era incorreto dizer que os problemas jurídicos pudessem ser solucionados por um conjunto de premissas fixas ou um único método argumentativo, propondo, assim, a interdisciplinaridade entre direito e economia.

A ferramenta básica que o economista utiliza é o pressuposto de que cada indivíduo maximiza racionalmente sua satisfação (POSNER, 2010a, p. 3). Em outras palavras, as pessoas, antes de agirem, sopesam os custos e as consequências de seus atos. Ao transpor tal ideia para o Direito, teríamos a seguinte situação: o litigante leva em consideração os custos de contratar advogado, o tempo da justiça e a possibilidade de ganhar a causa antes de propor a ação, até mesmo um criminoso leva em consideração a possibilidade de ser pego e o benefício da infração antes de cometê-la. Nas palavras de Salama (2008):

O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas. (SALAMA, 2008, p.6)

Essa ideia pode ser explorada não só no momento da interpretação do Direito, mas da criação das regras de conduta, de maneira a incentivar ou dissuadir atividades. Em outras palavras, tudo no Direito deve caminhar no sentido de maximizar a riqueza social. Salama (2008, p. 7) afirma que:

Isto levaria à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seria fundacional ao Direito, no sentido de que poderia ser o critério ético que viesse a distinguir regras justas de injustas.

Após muitas críticas, dentre elas a de Ronald Dworkin, que argumentou que a justiça requer valores e a eficiência não seria um valor, Posner passa a reconhecer que existem outros valores além da eficiência e abandona a ideia da maximização da riqueza como fundação ética do Direito, passando a defendê-la de um modo mais limitado, a partir de uma visão pragmática (SALAMA, 2008, p.8).

Posner define o que entende por pragmatismo ao afirmar que baseia “ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans” (POSNER, 2010b, p. 2).

Ao citar os princípios que envolvem a adjudicação pragmática, começa afirmando que esta se caracteriza por ter elevada preocupação com as consequências sistêmicas e não apenas com as específicas ao caso, bem como ser a racionalidade seu critério definitivo. O jurista pragmático evita usar argumentos éticos que estejam em tal nível de abstração que possam ser confrontados pela experiência humana ordinária, média. Ele também não parte do pressuposto de que todo princípio ético possa ser universalmente aplicável, ao contrário, deve a aplicação de tais princípios refletir as circunstâncias locais, a cultura e a história, em outras palavras, o contexto, buscando sempre demonstrar a superioridade da solução prática proposta (FELIPE, 2014, p. 4).

Para Posner, o juiz pragmático somente buscaria assegurar coerência com decisões pretéritas, ou seja, os precedentes, na medida em que tal conduta deva produzir os melhores resultados futuros. Em outras palavras, o intérprete não deve considerá-los como verdades atemporais, mas fazer uso crítico da história e da evolução do direito (FELIPE, 2014, p. 8-11).

Felipe (2014, p. 10), ao discorrer sobre o que Posner quis dizer ao afirmar que a adjudicação pragmática “considera as consequências sistêmicas” e não apenas as que priorizam o caso em análise, revela que devem ser consideradas as consequências futuras e, especialmente, que afetam a sociedade como um todo. Para tanto, o juiz deve manter a flexibilidade e a criatividade quando da adjudicação, sempre considerando os valores da continuidade, coerência e previsibilidade necessárias ao Direito. Em suas palavras:

[...] se os juízes começarem a decidir única e exclusivamente com base na melhor solução prática possível para o caso em análise, o efeito sistêmico da generalização dessas decisões sobre os atores públicos e privados será nocivo, pois aumentará a insegurança jurídica. (FELIPE, 2014, p.10)

Daí extrai-se que a melhor leitura para a preocupação com as consequências do pragmatismo de Posner seja uma leitura que não se restrinja ao imediatismo da melhor consequência momentânea, mas sim a que se preocupa com as

consequências globais para o sistema jurídico como um todo, a longo prazo. (FELIPE, 2014, p.11)

Posner tem o pragmatismo por empirista, comparando-o com o raciocínio prático comum, sem rejeitar os princípios legais. Todavia, aquelas proposições normativas de alto nível e de alta abstração não são úteis ao pragmatismo, entre elas cita “justiça”, “imparcialidade”, “liberdade”, “autonomia”, a “santidade da vida” como exemplos (POSNER, 2010b, p.58). Isso significa também que o pragmatismo está aberto a outras teorias, a fim de ajudar a compreender, prever e controlar o ambiente físico e social (FELIPE, 2014, p.20).

Duas teorias mereceram especial destaque na crítica feita à teoria jurídica tradicional pelo pragmatismo posneriano, seja pela ênfase dada ao serem rejeitadas, seja pela quantidade de críticos dispostos a contrapor argumentos. Trata-se das teorias moral e constitucional.

Segundo Posner, a teoria moral não oferece nenhum fundamento útil para juízos morais e, mesmo que tivesse, não poderia ser usada para a formulação de juízos jurídicos. Adita, ainda, que podem causar dissenção social, na medida que tratam de tópicos como: aborto, ação afirmativa, entre outros, faltando o elemento consenso (FELIPE, 2014, p. 21, 22). Para ele, a solução está na razão prática e não em teorias morais.

Já a teoria constitucional, diretamente ligada à teoria moral, consistiria “na teoria normativa inserida no direito que tem como intuito influenciar o modo pelo qual os juízes decidem causas constitucionais difíceis” (FELIPE, 2014, p. 27). Através dela o juiz raciocina “de cima para baixo”, a partir de uma teoria, e a utiliza para analisar o caso, encaixando-o dentro da teoria adotada, ou seja, julgando-o de acordo com a teoria adotada, o que significa que só será aceita por quem concordar com a teoria adotada, afastando-se dos ideais pragmáticos que demandam análise à luz do contexto social, de suas causas, custos e consequências, ao que Felipe (2014, p. 31) adita:

O pragmatismo posneriano tenta convencer que os juízes que julgam os litígios possuem um conhecimento muito limitado das realidades sociais que dão origem às demandas jurídicas e esse seria mais um motivo para desconfiarem da teoria moral e constitucional. Enquanto os magistrados não ampliarem a sua base de conhecimento, as limitações da teoria moral e constitucional proporcionariam um argumento convincente em favor da automoderação judicial, por mais que essa atitude acarrete na renúncia ao “sonho” – nesse sentido Posner é sarcástico – acalentado por muitos teóricos constitucionais de que a Suprema Corte venha a reformular completamente a sociedade em nome da Constituição, em prol de teorias diversas como: o igualitarismo radical, o jusnaturalismo católico, a economia do *laissez-faire* ou do populismo reacionário, a depender do teórico.

Ao criticar o positivismo, Posner expõe outra faceta do pragmatismo, afirmando que, não havendo resultado incoerente com a aplicação da Lei, esta deve ser seguida em homenagem à segurança jurídica. O autor utiliza a expressão “mais sensato” para fazer esta afirmação, mostrando que ainda assim não se está diante de mera subsunção, mas de racionalidade (POSNER, 2010b, p. 64).

5 SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO

Com a utilização, desde já, dos conceitos do pragmatismo posnerianos expostos, faz-se necessária uma breve contextualização dos fatos, abordando, ainda que de maneira breve, o direito à saúde na Constituição e no que consiste, hoje, a judicialização deste direito. Para tanto, parte-se do artigo 196 da Constituição Federal, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e acesso universal e gratuito. O referido artigo tem sido utilizado como base para o Estado-Juiz deferir a prestação de tratamentos médicos não previstos pelo SUS, muito caros, experimentais, valendo-se, até mesmo, do argumento de risco de vida, em detrimento da ordem estabelecida em listas oficiais.

O artigo abre afirmando ser a saúde um direito de todos. Trata-se de disposição abrangente e programática, afinal, esperar que todos sejamos saudáveis é querer negar a possibilidade de enfermidades e, quiçá, a própria morte.

Há aqui interessante ponderação a ser feita acerca da integralidade, prevista no inciso II do art. 198 da CF/88, na medida em que se esta for levada ao pé da letra, estaríamos diante de um Estado que garante a saúde individual, com obrigações infinitas em relação a cada residente no Brasil. Todavia, essa visão implicaria o dispêndio de recursos na mesma medida das necessidades, o que é economicamente impossível. Logo, tal conclusão é inaceitável e a concretização da garantia constitucional deve ser levada a efeito dentro de um programa de governo, buscando a máxima eficácia, dentro da disponibilidade financeira estatal e da razoabilidade do pedido.

Como outros direitos sociais, como a segurança ou a moradia, este também não é absoluto. Nem poderia ser de outra forma, pois, ainda não dominamos a ciência médica a ponto de curar todas as enfermidades, assim como não podemos estender a segurança pública a todos os lares.

Ao lado do direito à saúde, há o correspondente dever do Estado de prestá-lo, constando do próprio texto de que forma se executará tal prescrição. Isso é importante para fixar um marco interpretativo do que se deve entender por direito à saúde no texto constitucional, pois a própria Constituição diz que esse direito será realizado através de políticas públicas, que visam à redução do risco, ou seja, a Carta Magna não garante a vida, mas sim ações que visem a sua preservação (CARVALHO FILHO, 2006).

Estamos diante de um dever de meio, não de fim. Deve o Estado fornecer os meios necessários à redução dos riscos à vida. Isso tem graves consequências sobre até onde o administrador deve agir a fim de preservar a vida individual. Fica evidente que, se a atividade estatal se dará por meio de políticas públicas, o coletivo se sobrepõe ao individual.

Por outro lado, a palavra “saúde” pode ter muitos sentidos diferentes. Em um momento, podemos falar de saúde física, em outro, da mental, mas também poderíamos falar em saúde social ou econômica, de modo a delimitar o alcance que esta tem na Constituição.

A hermenêutica moderna desvincula-se dos sentidos histórico e legislativo, permitindo, assim, a evolução da norma, evitando sua constante alteração “física”, que em uma Constituição rígida, como a nossa, traria muitas desvantagens.

O que o texto legal hoje nos revela é muito diferente do da época em que a Carta foi promulgada. Naquela ocasião, sabíamos existir norma de conteúdo meramente programático e esse era o caso do direito à saúde: era comando para o Estado implementar, gradualmente, as ações necessárias a tornar concreto o direito social ali estatuído. Hoje estamos diante de um comando de otimização, cujo conteúdo mínimo deve ser preservado (ALEXY, 2014), todavia, conforme Sarmiento e Souza Neto (2014, p. 338), o elemento histórico não deve ser esquecido.

Como explicitado, o dever do Estado é de implementar políticas públicas de saúde, com real alcance sobre a população em geral, visando a redução de riscos à saúde, lembrando que tais políticas devem ser orientadas pelos princípios da universalidade e equidade no acesso às ações e serviços (LUCCHESI, 2004).

Mais adiante, o art. 196 da CF/88 lembra ser dever do Estado implementar política de saúde pública, o que foi feito por intermédio da Lei 8.080, de 1990, a qual, por sua vez, já no artigo 2º, estatui ser a saúde direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado a formulação de políticas que visem a redução dos riscos à saúde.

O importante aqui é constatar que existe política pública de saúde com a participação efetiva dos três entes federativos e da comunidade, através dos conselhos de saúde. Note-se que a política de saúde possui formato participativo, a sociedade é parte da cadeia de comando da política⁴, o que eleva, ainda mais, a responsabilidade do magistrado que concede tutelas alterando decisões tomadas na esfera política (LUCCHESE, 2004).

A Lei 8.080/90, e em especial o art. 2º, tem sido também fundamento para decisões que impõem ao Estado o fornecimento gratuito de medicamentos, sem qualquer consideração acerca da possibilidade financeira do Estado ou da ofensa à igualdade de acesso. A única preocupação parece tão somente ser a de subsumir a premissa menor à premissa maior, respectivamente, a necessidade de tratamento exposta no caso concreto ao direito universal à saúde abstratamente estipulado na Lei (LUCCHESE, 2004).

Em face da importância crucial da saúde no moderno Estado de Bem-estar Social, no ano 2000, a Constituição Federal foi emendada, para definir um percentual mínimo a ser investido na área e reforçar o sistema de repartição de responsabilidades pelos três entes federativos. Este é um ponto importante, porquanto, conforme já enfatizado, há política de saúde no Brasil, não existe omissão legislativa ou do Executivo em implementar ações de saúde. Segundo dados disponíveis no Portal Brasil, no ano de 2009, o SUS tinha mais de 6,5 mil hospitais credenciados, 45 mil unidades de atenção primária e 30,3 mil Equipes de Saúde da Família (ESF). O sistema realizou, no referido ano, 2,8 bilhões de procedimentos ambulatoriais anuais, 19 mil transplantes, 236 mil cirurgias cardíacas, 9,7 milhões de procedimentos de quimioterapia e radioterapia e 11 milhões de internações.

Sob esse prisma, esmaece o argumento autorizativo da intervenção judicial com base na omissão, pois efetivamente há política pública de saúde, a qual, cabe ressaltar, inclui a distribuição gratuita de medicamentos através do programa implementado pela Portaria 3.916/98, parte da Política Nacional de Saúde, que define diretrizes e prioridades a serem observadas, visando o controle, garantia de qualidade e uso racional de medicamentos. Para tanto, o programa adota uma listagem oficial de medicamentos, atualizável, que permite o tratamento da maioria das patologias existentes no país. Em outras palavras, não há negativa prévia de fornecer medicamentos.

Gadelha (2016), ao discorrer sobre o SUS, nos lembra que:

⁴ Vide Lei 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão.

Permeando um sistema de saúde, há o constante exercício das escolhas éticas a fazer, especialmente quando esse sistema é, a exemplo do SUS, de seguridade social e de cobertura universal. Como os recursos são finitos, em qualquer país e para qualquer tipo de política e sistema de saúde adotados, essas escolhas variam conforme os respectivos graus de desenvolvimento socioeconômico e prioridades estabelecidas.

Todavia, o que se constata é a utilização cada vez maior da via judicial para solicitar tratamentos médicos, que são concedidos por muitos juízes, sem a menor preocupação em sopesar possíveis externalidades ocasionadas por essas intervenções. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em 2011 já havia mais duzentos e quarenta mil processos na área da saúde.

Mais adiante Gadelha (2016) afirma:

Quatro questões se fazem essenciais para a incorporação de uma nova tecnologia: funciona? (eficácia); o quão bem funciona? (efetividade); a que custo? (eficiência); e para quantos? (equidade). Desafortunadamente, são questões cujas respostas são pouco valorizadas no âmbito da Justiça, o que concorre para que decisões judiciais ganhem um caráter de injustiça e iniquidade.

Em que pese a existência de política pública, a doutrina majoritária parece se compadecer somente com a situação extrema daquele que busca, em última análise, sobreviver, e se afasta de uma análise mais profunda da questão. Esquece que o Estado funciona como um sistema complexo de divisão de tarefas, cujos recursos econômicos e orçamentários são finitos e previamente distribuídos em alíquotas orçamentárias, de modo que qualquer alteração em uma destas provoca alterações em cadeia.

Em outro trecho, Gadelha demonstra toda a preocupação com a adjudicação:

A transferência para a esfera judicial de interesses mercadológicos e de conflitos técnicos gera várias consequências que merecem reflexão e o devido encaminhamento da parte de todos os envolvidos. Mormente dos juízes, que são premidos por atarem-se aos autos e, por não deterem — nem por formação nem por obrigação — o conhecimento e experiência, temem ser responsabilizados pela “morte do doente na porta do fórum”, argumento tão ouvido e repetido, embora tecnicamente frágil (“justiça defensiva”). (GADELHA, 2016)

O problema do orçamento é a sua baixa capacidade de absorção de demandas de última hora, pois, como há uma disputa política pela distribuição dos recursos, cada área competindo com a outra, nada sobrando para contingências, e, partindo do pressuposto que a alocação dos recursos obedeceu aos ditames constitucionais, a retirada via decreto judicial, de qualquer quantia, redundaria em conflito.

Quando o orçamento da saúde é elaborado, faz-se toda uma intrincada rede de distribuição de recursos para fazer frente às mais diversas necessidades governamentais e qualquer pagamento deve primeiro se enquadrar dentro de uma destas rubricas. Aliás, o art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal afirma que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público as despesas geradas fora dos casos previstos.

A situação posta perante o magistrado não é simples: se ele entender que o Estado cumpriu seu papel ao implantar a política social e não está deixando de atender aos valores mínimos, – leia-se: cumprir o orçamento –, não poderia ele simplesmente ignorar o sistema e conceder o fármaco. No máximo deveria instar o administrador a se manifestar e verificar a viabilidade de inclusão do requerente no sistema.

Todavia, não se trata somente de uma questão financeira, de onde tirar os recursos necessários à proteção do direito individual, mas de verificar e constatar quem será prejudicado com tão desigual tratamento. Sobressai aí a ofensa ao postulado da justiça, conforme descrito na Bioética (OLIVEIRA, 2015), pois a ação judicial possui a capacidade de ofender a igualdade de acesso e pode provocar a precarização do sistema, ofendendo a saúde dos demais usuários.

Assim, haverá momentos em que o atendimento ao direito individual porá em campo oposto o direito coletivo. Um exemplo recente foi o tratamento dado pelo STF à Suspensão de Segurança 1.053/Acre. O Estado do Acre se rebela da ordem que determinou a compra e dispensação, para um único paciente, de um remédio que custa R\$ 11.000,00 (onze mil reais) o frasco, sendo necessário, num primeiro momento, 54 (cinquenta e quatro) frascos, totalizando R\$ 594.000,00. Explica que seu orçamento mensal para compra de remédio para toda população é de R\$ 2.042.940,37 e, por isso, não poderia fazer frente a tamanha despesa sem prejudicar a população acriana.

Mas, para fins da análise, basta o confronto entre o valor entregue a um indivíduo frente ao que restará para os demais cidadãos. Em processo, de regra, a relação somente estará completa com a integração de todos os possíveis atingidos pela sentença, aqui aqueles que efetivamente sofrem os custos do tratamento individual sequer foram lembrados.

As perguntas que se fazem: o que aconteceria se todo recurso fosse consumido por poucas pessoas? Ou se aparecesse outro necessitado urgente após esse esgotamento? E se os demais prejudicados levassem essa situação ao Judiciário, por ação civil pública, por exemplo, uma vez que a dispensação de remédio estaria paralisada? Tal situação não está

longe de acontecer. Para a primeira hipótese acima exposta, bastaria que houvesse quatro pessoas pedindo o remédio de R\$ 594.000,00 para esgotar o recurso do Estado do Acre.

O que o exemplo paradigmático acima demonstra é que uma resposta que em primeiro momento se mostra justa pode vir a se mostrar totalmente iníqua, e isso se dá por ela não levar em conta todas as variáveis que a pressupõem. Ao colocar o direito fundamental à saúde como único pressuposto, ou adotar o que disse Celso de Mello na ADPF 45/DF - o arbítrio estatal é inoponível à efetivação dos direitos sociais - esquecendo-se de que a economia não é o campo do direito e não se regula por princípios jurídicos, pode-se conduzir a decisões inexecutáveis, como no exemplo extremo da ordem para internar em UTI inexistente.

Sobressai da análise que o conflito posto perante o Judiciário se estabeleceu entre o direito individual do cidadão e os interesses da Administração, concluindo-se ser dever do Estado-Juiz tornar concreto o direito fundamental, contra o Leviatã estatal. Afinal, conceitualmente os direitos fundamentais são direitos contra o Estado.

Todavia, tal conflito é apenas aparente e a solução dada sequer resolve a lide, mas a transfere de lugar, na medida que o Estado-Administrador terá que readequar o orçamento a fim de incluir nova despesa, o que leva à conclusão de que alguém terá seu orçamento diminuído, em outras palavras, não são os interesses estatais que são afetados pelo decreto judicial, mas os dos demais usuários do sistema.

No SL 47, AgR/PE, o Supremo Tribunal Federal assenta ser correta a intervenção judicial quando houver recusa governamental injustificada em dar concretude ao direito à saúde, não havendo, assim, ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, essa assertiva pode ser utilizada em um sem número de situações sem que o profissional do direito se preocupe em embasá-la, basta que o Estado não tenha demonstrado a insuficiência de recursos.

Parece lícita a conclusão de que o Estado não demonstrou a insuficiência, porém não devemos esquecer que o orçamento é uma Lei e, como tal, se supõe conhecido do julgador. Mais, não desconhece o magistrado o teor da Lei de Responsabilidade Fiscal e sabe que o recurso público possui destinação legal.

Tal posição é sustentada pela doutrina majoritária, como Sarlet (2003, p. 355):

Como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que não pode servir como

barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público.

A inexistência de recursos financeiros para a satisfação de todas as necessidades sociais leva invariavelmente a escolhas alocativas, que, por sua vez, devem seguir critérios de racionalidade, na medida que deve ser definido a quem atender e quanto disponibilizar. Isso configura típica ação política, pautada em critérios de macro justiça, ou seja, que leva em consideração o número de pessoas atingidas, a efetividade e eficácia do serviço, a maximização dos resultados, dentre outros aspectos.

Sobre a reserva do possível, devemos entender que os recursos são finitos diante das necessidades, em outras palavras, nem tudo pode ser exigido judicialmente do Estado (BARCELOS, 2008 p. 261).

A visão pragmática, de que a finitude dos recursos limita a atuação judicial, demonstra firme consciência da realidade econômica e orçamentária, não retira do Judiciário a possibilidade de rever a atuação da Administração ou determinar a complementação dessa atuação, mas reconhece que o Poder Judiciário não está afeito a escolhas políticas e busca trazer luz ao fato de que decisões judiciais não devem afetar direitos de terceiros, ofender ao princípio bioético da justiça, ou modificar políticas existentes e em plena execução sem causar externalidades indesejáveis.

6 ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Ao expor seus princípios de adjudicação pragmática, Posner começa alertando para a preocupação com as consequências, não em conceitualismos ou generalidades, sendo seu primeiro princípio o que trata da necessária consideração a consequências sistêmicas, e não apenas as específicas ao caso (POSNER, 2010b, p. 46).

Como exposto acima, no Brasil, hoje, há uma política pública de saúde em plena execução, com delimitação orçamentária em vigor. Todavia, as decisões judiciais são meros silogismos básicos, nos quais a premissa maior é o direito à saúde e a premissa menor é a

necessidade de tratamento médico urgente, o que leva inexoravelmente à concessão da assistência pretendida. Sequer é feita uma análise se a pretensão foi resistida.

A exigência de que a adjudicação considere todo o sistema, tenha uma visão sistêmica, impediria que houvesse prejuízo a terceiros.

O segundo princípio trata da utilização do formalismo jurídico por juiz pragmático, pelo que Posner afirma que a utilização do formalismo significa, de um lado, negar o componente político-ideológico das regras jurídicas, de outro, considerar o direito como um sistema de normas cujas decisões judiciais são resultado de uma dedução, como já explicado acima. Todavia, esse não é um caso simples, existem externalidades que devem ser levadas em conta e a dedução só leva em conta os elementos dos autos (POSNER, 2010, p. 50; FELIPE, 2014, p.5).

O princípio da racionalidade, por sua vez, evidencia a total falta de preocupação sistêmica com a eficácia da decisão. O problema das UTIs é um exemplo extremo, que tangencia o absurdo, da falta de preocupação com a existência ou não de recursos, ou com a existência de política pública, em que são concedidos por decisão judicial tratamentos médicos sem sequer se ouvir a autoridade administrativa responsável.

Acrescente-se que a razão de ser do Judiciário não é promover a injustiça, mas retirar substanciais recursos do sistema público de saúde, necessário ao atendimento de milhares de usuários, e canalizar para um paciente um percentual exagerado do orçamento anual da saúde, provoca evidentemente graves distorções no atendimento aos demais necessitados e injustiças a todos aqueles anônimos que foram privados de atendimento.

O pragmatismo respeita as decisões passadas, todavia, não de forma cega e plenamente aplicável, pois o que vê hoje é a simples reprodução de textos, sendo a decisão contida na SL 47, AgR/PE a mais referenciada, porém, se analisarmos seu conteúdo veremos os mesmos problemas se repetindo, as externalidades negativas negligenciadas, a falta de compromisso com a razoabilidade financeira e física das decisões.

A adjudicação deve ser razoável: “o juiz deveria tentar tomar a decisão que fosse razoável nas circunstâncias, pesando os prós e contras” (POSNER, 201, p. 57). Mais uma vez aqui somente um dos lados da balança funciona, a da urgência do atendimento. A possibilidade do atendimento e a justiça da individualização de verba orçamentária sequer entram na equação.

Posner afirma ser o pragmatismo legal empirista, ou seja, preocupado com a realidade, procurando se afastar de conceitos altamente abstratos, dentre eles a “santidade da vida”. Ora, tal conceito de ordem moral não deveria ser a justificção para quebra de isonomia de tratamento entre usuários do SUS. É fato que o sistema público de saúde atende milhões de pessoas todos os anos, há registros oficiais de bilhões de atendimentos, porém alguns poucos têm se valido da via judicial para obter esse tratamento.

Um juiz pragmático deve verificar a viabilidade de sua decisão ser replicada a todos que necessitarem, esta é uma visão prática e isonômica, porém a realidade é outra. O sistema não é posto em julgamento como um todo, não há consideração acerca da existência de política pública, da impossibilidade física de um atendimento integral. Mais uma vez utiliza-se o silogismo formalista “se a lei garante, dê-se”.

O pragmatismo permite o uso de outras teorias à adjudicação, porém nega o uso de teorias morais. Há também aqui conflito entre o pragmatismo e a judicialização da saúde, pois se há alguma teoria que está presente nas decisões é a da “santidade da vida”, como se fosse possível em termos fáticos garantir isso. Nem mesmo existe tratamento para todas as enfermidades existentes e as decisões mandam dar tal e qual remédio pois a situação do requerente é terminal. Pode até ser rotulado como consequencialista ou utilitarista extremo, mas, em que pese a impossibilidade de atribuir preço à vida, o tratamento tem e pode ser muito caro. Mais uma vez: não é protegendo um indivíduo em detrimento de milhões de outros que a sociedade se tornará melhor. Não significa que não se deva tentar, mas se considerarmos que toda sociedade precisa ser atendida com recursos finitos, estes devem ser aplicados segundo critérios de razoabilidade e não segundo o valor moral da vida.

Por último, o pragmatismo prega o caminho da prudência, de ter o cuidado para evitar que decisões possam vir a causar problemas futuros (POSNER, 2010, p. 62). Reflete-se no objeto em análise na medida em que os precedentes, como o mencionado SL 47, AgR/PE, são replicados, faz multiplicar seus efeitos danosos.

CONCLUSÃO

Richard Allen Posner nos faz pensar de maneira diferente, de maneira mais ampla, mostrando que o Direito não pode ser interpretado como uma ciência desligada das demais.

Demonstra que a economia, a sociologia e a psicologia podem colaborar sobremaneira para o aprimoramento das decisões judiciais, que chama de adjudicação.

O Brasil, após longos anos trilhando a senda positivista, que Posner chama formalismo, passou a se abrir para novas teorias. A normatividade das normas constitucionais foi reconhecida, assim como princípios passaram a ser fonte primária do Direito. Mas a evolução da hermenêutica também trouxe problemas, como o exposto neste trabalho. O choque de antigas certezas, como quando o Judiciário não entrava no mérito do ato administrativo, mas apenas na legalidade, deixaram de existir e o Judiciário tornou-se mais um ator para discutir política pública.

Este foi o tema explorado, sob o viés da saúde pública. Procurou-se demonstrar o atual nível de interpretação dado ao direito à saúde e sua inviabilidade econômica, política e até física, o que pode causar um paradoxo perigoso: a ordem judicial inútil.

Para solucionar a questão, recorreu-se à teoria da adjudicação pragmática de Posner, primeiramente demonstrando a inadequação da judicialização da saúde frente aos princípios expostos, para, em seguida, se propor uma solução que evite a interferência judicial na seara executiva, com o decreto judicial inexecutável, e possibilite o atendimento paritário de todos os usuários do sistema de saúde, sem privilégios nem individualização de recursos destinados à coletividade.

A única solução que contempla todos os requisitos de contextualização, razoabilidade e consequências benéficas é aquela onde o Judiciário busque o entendimento com a Administração acerca da possibilidade do atendimento, sem utilizar a teoria moral da santidade da vida como valor jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio Cesar. **O direito como sistema de contingências sociais**. Disponível em: <<https://www.ucb.br/sites/000/90/DOCePDF/2013/Odireitocomosistemadecontingenciassocia i.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Maximização de riqueza como princípio normativo: a primeira rodada do debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a5c761b6d071728>>. Acesso em 17 abr. 2017.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56094>>. Acesso em: 2 maio 2017.

BARCELLOS, Ana P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Ricardo. **Judicialização da Saúde deve aumentar gastos em R\$ 7 bilhões**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/judicializacao-da-saude-deve-aumentar-gastos-em-r-7-bilhoes/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. Constituição e Efetividade Constitucional. Bahia: Jus Podvim, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago Freitas; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. **Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246516>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. **Ministério da saúde. Política Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Portal Brasil. **SUS democratiza o acesso do cidadão aos serviços de saúde**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/sus-democratiza-o-acesso-do-cidadao-aos-servicos-de-saude>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 Pernambuco**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 31 abr 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 1053 Acre**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4lluW00fe58J:www.stf.jus.br/porta1/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D310795958%26tipoApp%3D.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 31 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 31 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área da Saúde**. 2011. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DIAS, Gustavo Henrique Linhares. Viabilidades e limites na dogmática jurídica moderna. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=232253>>. Acesso em: 2 maio 2017.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana, a teoria e a prática da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner**. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/NTI1.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de leis. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=243034>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional/Konrad Hess**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUCCHESI, Patrícia T. R., (coord.). **Informação para tomadores de decisão em saúde pública**. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/M/2004/Lucchese_Políticas_publicas.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional 2002-2010**. São Paulo, Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Daniela Rezende de. A autonomia do paciente e a ética médica – A relação entre os princípios da autonomia e da beneficência (e não maleficência). **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jan./abr., 2016.

PAES, Carolina Bastos Lima. A Judicialização dos Direitos Sociais: alguns parâmetros para a atuação do Poder Judiciário The Judicialization of Social Rights: some parameters for the

work of the Judiciary. **Revista da AGU**, Belo Horizonte, ano 2016, n. 01, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240448>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: A Perspectiva de Richard Posner. Disponível em: <<https://direitovolver.wordpress.com/2009/05/26/o-pensamento-de-richard-posner-por-bruno-meyerhof-salama-%E2%80%93-fgvsp/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. **O que é pesquisa em direito e economia**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WANG, Daniel. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000500006>. Acesso em: 21 mar. 2017.

VENTURA, Miriam. et al. Judicialização da saúde. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006>. Acesso em: 03 abr. 2017.