



DIREITO E ECONOMIA NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SAÚDE NO BRASIL: A PUBLIC CHOICE NO ORÇAMENTO, NA JUDICIALIZAÇÃO E NO ATIVISMO JUDICIAL

Marco Aurélio Souza da Silva¹
Everton das Neves Gonçalves²

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que as políticas públicas assegurem direitos fundamentais como a saúde. O Poder Judiciário, diuturnamente, é solicitado segundo ativismo judicial modificador da dotação orçamentária dos Entes Federados; reflexo da judicialização da saúde. O problema trata dos limites da obrigação judicial desses Entes Federativos custearem tratamentos ou medicamentos. Pelo método dedutivo, o objetivo é abordar a importância do Direito na fixação das políticas públicas para gestão do orçamento e decisão judicial. Conclui-se que o Direito promove eficientes políticas públicas quando considerados os devidos aspectos econômicos segundo estudado no orçamento catarinense de 2014.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas para saúde no Brasil; judicialização do direito à saúde; orçamento público para saúde, saúde e *Public Choice*; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

LAW AND ECONOMICS TO ACHIEVE PUBLIC POLICIES FOR HEALTH AT BRAZIL: THE PUBLIC CHOICE ON THE BUDGET, ON THE JUDICIALIZATION AND ON THE JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The Constitution of Brazilian's Federative Republic of 1988 establishes that public policies must ensure fundamental rights, including health. The Judiciary by judicial activism frequently modifies the Federal Entity's budgets resources location like reflection of health judicialization. The problem concerns to limit Federal Entities to pay treatments or medicines by judicial obligations. By the deductive method, the objective is to treat the importance of Law to create public policies for state budget management acts or for judicial

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC).

² Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiá/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS; Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); *Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* (UBA/ Bs. As.) Argentina; Professor Titular, credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC); E-mail: evertong@vetorial.net.





decisions. It concludes that Law improves efficient public policies when considering economic aspects like studied at the Santa Catarina's budget in 2014.

KEYWORDS: public policies for health in Brazil; judicialization of the right to health; budget for health; health and Public Choice; Incident for Resolution of the Repetitive Demands.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) concedeu, ao Estado Brasileiro, papel de relevância no tocante à promoção dos direitos fundamentais sociais, notadamente, nos campos da educação, da saúde e da assistência social. Se, por um lado, esse marco político-jurídico inovou em termos de acesso aos direitos sociais e de sua universalização, por outro, não levou em conta os aspectos econômico-financeiros do Estado para o seu custeio. De lá para cá, nesse modelo social que exige intervenção efetiva do Estado, uma das questões sempre presentes no debate do Direito Constitucional diz respeito à “baixa concretização” de direitos fundamentais sociais por parte de políticas públicas estatais, situação que tem perenizado históricas injustiças sociais no Brasil.

Passados vinte e oito anos da sua promulgação, as discussões acerca da efetividade dos direitos sociais consagrados na Carta Política Máxima e o *déficit* de cidadania ainda são objetos de intenso debate na sociedade, colocando-se frente a frente o dever do Estado de prestar tais direitos promovendo justiça social e a sua limitada capacidade orçamentária. Em meio à incapacidade política dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário assumiu nos últimos anos a posição de protagonista na efetivação de direitos sociais, mormente segundo a prática do ativismo judicial. No âmbito das políticas públicas, a saúde ocupa lugar de destaque em termos de falta de “concretização plena”, razão pela qual a intensa demanda dos jurisdicionados ao Poder Judiciário recebe o rótulo específico de “judicialização do direito à saúde”.

O problema que se pretende enfrentar com o presente estudo diz respeito aos limites da obrigação judicial de o Ente Federado custear tratamentos ou medicamentos no campo das políticas públicas de saúde, tendo em vista a necessidade de dar efetividade a direito fundamental constitucionalmente assegurado; de um lado, e à limitada capacidade orçamentária do Estado em custear despesas dessa natureza de forma não programada, de outro. Justifica-se a pesquisa pela atualidade e complexidade do tema em tempos de restrições orçamentárias,





influenciadas pela crise econômica e social por que passa o País, mormente, nestes anos de 2015 a 2017.

Adotando-se o método dedutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e documental, o objetivo é abordar a importância do papel do Direito na consecução de políticas públicas, tanto para os atos de gestão do orçamento pelo Estado, como para analisar a ação do Poder Judiciário na tomada de decisões proferidas na área da saúde, relacionadas à concessão de medicamentos ou tratamentos. O tema é tratado em instância teórica, relevando-se como marco teórico vertente conhecida da Análise Econômica do Direito, chamada *Public Choice*.

Portanto, o referencial teórico toma por base os pensamentos de James Buchanan, Stephen Holmes e Cass Sunstein, que aplicados ao direito social à saúde, evidenciam que, este, apresenta custos econômicos. Não se pretende incursionar exaustivamente sobre todas as inquietações que norteiam a baixa efetividade (ou inefetividade) das políticas sociais de saúde no Brasil, considerando a amplitude e a complexidade dos temas, já que abordar todos os aspectos causais e posicionamentos teóricos que suscitam tal pragmática exigiria espaço e tempo que extrapolaria os estreitos limites deste artigo.

Estrutura-se o artigo, inicialmente, com uma abordagem sobre as políticas públicas e a importância de sua criação e interpretação a partir do Direito segundo viés jus-econômico. Em seguida, analisa-se a atuação do Poder Judiciário Brasileiro no campo das políticas públicas de saúde, frente às questões relacionadas à efetividade do direito, o seu custo e a escassez de recursos. Na sequência, aborda-se o orçamento como instrumento viabilizador das políticas públicas, enfatizando o exemplo da saúde no Estado de Santa Catarina. Por fim, traça-se panorama da judicialização do direito à saúde no Estado catarinense, examinando-se o primeiro Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) envolvendo a matéria em caso concreto, que vinculará todas as demais decisões na Jurisdição Estadual.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A IMPORTÂNCIA DE SUA INTERPRETAÇÃO A PARTIR DO DIREITO

A CRFB/1988 inaugurou nova fase do constitucionalismo brasileiro, na medida em que atribuiu, ao Estado, entre outros, o papel central de promotor da transformação e do desenvolvimento social por meio de prestações positivas veiculadas por políticas públicas que assegurem direitos fundamentais individuais e coletivos. Não obstante a diferente qualificação



que possam receber, sejam direitos positivos (de prestação) ou negativos (de defesa), seguindo o prestigiado pensamento de Alexy (2011, p. 442), é possível inferir que o atendimento dos direitos fundamentais sociais implica exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, na medida em que visa à proteção da pessoa por meio de existência digna (direito à vida com o devido mínimo de saúde, liberdade e bem-estar), mesmo que consideradas as variáveis de satisfação na sociedade segundo diversos momentos históricos. Não é demais lembrar que é na dignidade da pessoa humana que reside o alicerce material dos direitos fundamentais, elemento essencial para o atingimento de uma sociedade igualitária e desenvolvida.

Por decorrência direta da democracia representativa (e também participativa), a elaboração e a execução das políticas públicas são atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. Conforme leciona Domingues (2010, p. 152-153), essas políticas são geralmente projetadas nas plataformas eleitorais, chanceladas nas eleições e, depois, “amadurecidas” pelos poderes políticos. Sua implementação depende, em regra, de aprovação legislativa abrangente da alocação de recursos orçamentários, havendo, no entanto, políticas públicas que, por sua transcendência, se encontram preconizadas pela própria Constituição, como ocorre nos casos dos pactos financeiros federativos e dos direitos sociais.

Os estudos acerca do tema “políticas públicas” ainda despertam interesses e controvérsias em variados campos do conhecimento científico, situação que tem influenciado, sobremaneira, as suas formas de elaboração, implementação e controle. Prevalece a ideia geral de que as políticas públicas são instrumentos colocados à disposição do Estado social com o escopo de concretização de direitos fundamentais por meio de programas ou ações. No entanto, essa noção parece ser bastante reducionista e insuficiente para assegurar mecanismos de exigência de cumprimento efetivo dessas políticas públicas, tendo em vista que sua natureza pode ser concebida a partir de diversos campos do conhecimento, a exemplo das Ciências, Política, Jurídica e Econômica, dentre outras, o que remete, pelo menos, à relação existente entre política, Direito e Economia; *mutatis mutandi*, entre liberdade, igualdade e fraternidade.

Direito, e Política – e quiçá, Economia, são sistemas autônomos, porém interdependentes. Essa é a posição de Smanio, sob o argumento de que as decisões políticas são exercidas e realizadas por meio do Direito, que as legitima e delimita (SMANIO, 2013, p. 5-6). A interdependência, portanto, reside no fato de o poder político gerar uma ordem jurídica que



legítima o seu exercício, cenário em que a supremacia da CRFB de 1988 ganha, ainda, maior relevância, na medida em que fundamenta e legitima ambos os sistemas. Mas, ainda que se conceba intensa relação entre Direito e Política nessa questão, não se deve olvidar da participação de outras áreas ou sistemas, como o da Economia, por exemplo, que nas últimas décadas passou a exercer forte influência sobre as nações, em face do mundo economicamente globalizado.

Se, por um lado, extrai-se a conclusão de que a temática sobre políticas públicas pode guardar afinidade com diversas áreas da Ciência, não se esgotando em único sistema, por outro, parece imprescindível que para a melhor compreensão - e maior segurança da análise de suas etapas e desdobramentos, seja fixado o seu conceito jurídico; já que, as políticas públicas não deixam de ser fenômeno passível de normatização, execução e controle e; portanto, jurídico. Daí a importância das políticas públicas deverem ser interpretadas a partir do Direito ou, ainda, do Direito e Economia³.

Conquanto haja várias possibilidades de conceituação jurídica do termo; aproveita-se, aqui, o conceito desenvolvido por Bucci (2006, p. 39), pesquisadora que se debruça especificamente sobre o assunto a partir da perspectiva do Direito. Segundo a autora, a expressão “política pública” corresponde ao:

Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Esse programa de ação envolve uma série de atividades e etapas distintas, que formam o que se denomina de “ciclo das políticas públicas”, composto de formulação, execução, avaliação e fiscalização/controlado (DUARTE, 2013, p. 25-40). Em sede de políticas públicas, a saúde ocupa posição de relevo no desenvolvimento de uma nação ao lado de outras igualmente importantes como a educação e a assistência social, por exemplo.

O cerne da tomada de decisão, em termos de política pública para a saúde, está na dicotomia entre o atendimento de causa específica e a adoção de perspectiva utilitarista voltada

³ Alusão às *Economic Schools*, em especial, para este estudo, ao que se conhece como *Public Choice*. Para maiores esclarecimentos, sobre Análise Econômica do Direito, ver GONÇALVES, Everton das Neves (1997); GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. (2005; 2006; 2007; 2009; 2012; 2013a; 2013b; 2013c; 2014a; 2014b; 2015a; 2015b; 2015c; 2015d e 2016).



para o bem estar geral. Quando os custos de transação são altos, já dizia Coase (1960) que compete ao Direito, especialmente, via Poder Judiciário, adjudicar prerrogativas.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: QUANDO O PODER JUDICIÁRIO SE DEFRONTA COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO, O SEU CUSTO E A ESCASSEZ DE RECURSOS.

A CRFB de 1988 estabelece que a saúde, componente da seguridade social, constitui direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas (Art. 196), integradas por ações e serviços de saúde (Art. 197) organizadas num sistema único e financiadas, dentre outras fontes, pelas contribuições à seguridade social (Art. 198, § 1º, c/c o Art. 195) e ainda por recursos federativos constitucionalmente assegurados (Art. 198, § 2º, c/c os Arts. 155 a 159). Em decorrência desse comando Constitucional, que obriga todos os Entes Federados a proteger a saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), com direção única em cada esfera de governo e estrutura descentralizada para atendimento integral (Art. 198). A norma geral que contém as diretrizes a serem seguidas pela União, pelos Estados e Municípios é a Lei nº 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde.

Dada a insuficiente concretização de políticas públicas voltadas à área social pelos Entes Federados, o Poder Judiciário, no Brasil, tem sido chamado a intervir com frequência em favor da garantia dos direitos mediante o controle de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Com isso, passou a ser um participante ativo na formulação dessas políticas e na consolidação do processo democrático, especialmente, com o papel ativista sobre áreas naturalmente ocupadas pela política majoritária dos Poderes Legislativo e Executivo, como é o caso da saúde.

O papel do Poder Judiciário no processo de concretização do direito à saúde é essencial para garantir ao cidadão o seu direito constitucional. Se o Estado não cumpre sua obrigação constitucional de oferecer o mínimo de assistência à saúde do cidadão, outra alternativa não lhe resta senão se socorrer do Poder Judiciário quando necessita de atendimento ou medicamento. O que se nota é que o confronto entre a necessidade de cumprimento do direito fundamental à saúde e a escassez dos recursos orçamentários do Estado é o ponto central da discussão. Tendo em vista o aumento da expectativa de vida dos brasileiros e o crescimento das demandas



judiciais, aliados aos novos tratamentos que surgem com o avanço da medicina a preços maiores, a questão da escassez dos recursos públicos conduz à inegável conclusão de que a realização do direito social à saúde apresenta custos econômicos e, portanto, elevados custos de transação para os agentes envolvidos – Estado e particulares. É a mesma linha defendida por Holmes e Sunstein (1999, p. 15), no sentido de que os direitos custam dinheiro (*rights cost money*), vez que tal direito constitucional deve ser “concretizado” em consonância com as disponibilidades do orçamento público, sob pena de se tornar direito destituído de efetividade.

O tema da escassez constitui um dos principais postulados no estudo da Análise Econômica do Direito. Partindo-se da premissa de que os recursos na sociedade são finitos e os desejos humanos são infinitos, emerge a necessidade de realizar escolhas diante das alternativas possíveis e de se sujeitar a sacrifícios (custo de oportunidade ou *trade offs*) para a melhor alocação dos recursos. A escassez, portanto, guarda correlação com a expressão “reserva do possível”⁴, de maneira que o cumprimento de um direito fundamental à saúde demanda a existência de recursos suficientes para o seu atendimento, devendo ser efetivado na medida em que exista dinheiro disponível para tanto. Conforme salienta Barcellos (2002, p. 236-237), “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo”. Aliás, acerca da importância da reserva do possível, cita-se a seguinte passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS (BRASIL, 2015), que, embora verse sobre a questão penitenciária, mostra-se útil para a abordagem da saúde, aqui, discutida:

(...) A primeira coisa a dizer é que **a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Agora, afastada essa incidência ilegítima da reserva do possível, ela tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que "dinheiro não nasce em árvores" – para utilizar uma expressão do Cass Sunstein –, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem. Até porque – eu penso isso, e o Ministro Gilmar já manifestou essa posição – a ideia de responsabilidade fiscal é uma conquista importante da vivência brasileira, e**

⁴ A construção teórica da expressão “reserva do possível” tem origem na Alemanha, a partir de 1970, em que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria na dependência das capacidades financeiras do Estado. O caso paradigmático enfrentado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha versava sobre o direito de acesso ao ensino superior, a partir do qual restou firmado o entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 29).



responsabilidade fiscal não tem ideologia: não gastar mais do que se arrecada não é uma posição nem de esquerda, nem de direita; é uma posição que apenas atende à natureza das coisas. E acho que uma revolução progressista que nós faríamos no Brasil seria vivermos sob responsabilidade fiscal, porque **o déficit público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado. Progressista é utilizar o superávit para fins socialmente legítimos; e não gastar o dinheiro que não se tem, gerando consequências extremamente negativas.** Portanto, eu gostaria de dizer que **a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos.** (...) (grifo nosso)

A fixação de prioridades de ação por parte do Governo implica escolhas de programas exatamente por ter em vista a escassez de recursos e os limites orçamentários. Os discursos de que os direitos sociais, notadamente os relacionados à saúde, são absolutos e de que os custos econômicos restringem direitos, não devem ser levados ao extremo. Mesmo considerado que o Estado seja mal gerido, desperdiçando recursos e não investindo em prevenção; isso não lhe retira o dever, em tese, de prestar a assistência à saúde. De outra parte, também é notório que diversos Entes Federativos se encontram visivelmente em situação de descontrole financeiro por terem feito escolhas públicas – políticas, equivocadas, deixando o investimento no desenvolvimento do País em segundo plano. Nesse cenário, do mesmo modo que a Ciência Jurídica e a Hermenêutica buscam a verdade sem se excluírem, Direito e Economia (ao lado da Política, Medicina, Filosofia, Sociologia e demais Disciplinas pertinentes) devem ser aliados, convergentes, e não excludentes, na busca da redução da desigualdade e da promoção do desenvolvimento. Para se ter uma ideia “concreta” do impacto das despesas com políticas públicas no orçamento, a seguir, traçar-se-á panorama da aplicação dos recursos em saúde no Estado de Santa Catarina para análise.

4. O ORÇAMENTO COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O EXEMPLO DA SAÚDE NO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Dado que o Estado consiste em uma organização político-jurídica da sociedade, tendo por objetivo geral promover o bem-estar social; deve dispor, para tanto, de estrutura administrativa balizada pela CTFB/88 formada por órgãos e agentes públicos capacitados e eficientes. Nesse sentido, a ação do Estado, por meio de seus agentes, envolve a necessidade de enorme soma de recursos financeiros, que verte do patrimônio dos governados ou jurisdicionados.



A Carta Política de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade justa e solidária (Art. 3º, inciso I) e determina que a Administração Pública deve obedecer, entre outros, ao princípio da eficiência (Art. 37, *caput*) nos gastos públicos. O trato equitativo dos recursos públicos se revela pela relação entre receita e despesa, de modo que a captação de receita guarda conexão com os tributos, enquanto a fixação de despesa guarda conexão com o orçamento. A criação de receita e a realização de despesa pública constitui a atividade financeira do Estado, sendo o orçamento público a maneira de administrar esses recursos.

O orçamento constitui o principal instrumento para viabilizar políticas públicas. Trata-se de documento proposto pelo Poder Executivo, que projeta, para o período de um ano, a quantidade de moeda que ingressará e sairá dos cofres públicos, especificando as fontes de receitas e despesas. O ciclo orçamentário está previsto no Art. 165 da CRFB/88 e compreende o plano plurianual (Art. 165, § 1º), as diretrizes orçamentárias (Art. 165, § 2º) e os orçamentos anuais (Art. 165, § 5º).

A alocação de recursos orçamentários permite “concretizar” vetores de atuação do Estado a partir das prioridades políticas preestabelecidas. Sendo os recursos escassos e as necessidades infinitas, a decisão do gestor público de priorizar a sua alocação está intimamente ligada ao campo da economia; porquanto, se tratam de escolhas racionais em busca da eficiência. A mesma lógica é adotada na iniciativa privada.

O Constituinte Originário de 1988 teve a preocupação de viabilizar economicamente a realização de direitos fundamentais sociais, obrigando o Poder Público a aplicar percentual mínimo dos recursos arrecadados no atendimento desses direitos prestacionais, como forma de proteger a dignidade humana. É nesse contexto que a CRFB/88 (Art. 198, § 3º) e a legislação complementar (ADCT, Art. 77, acrescido pela EC nº 29/2000, Lei Complementar nº 141/2012 e Decreto Federal nº 7.827/2012) definem que os Estados devem aplicar em ações e serviços públicos de saúde o valor mínimo correspondente a 12% do produto da arrecadação dos impostos, acrescido das transferências de recursos provenientes da União, deduzidos os valores transferidos aos Municípios relativos à participação desses nas receitas dos Estados.

Para fins de cumprimento do Texto Constitucional, com a redação dada pela EC nº 29/2000, as receitas vinculadas aos Estados são compostas da seguinte forma: a) Receitas de Impostos Estaduais: Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICMS), Imposto sobre



Veículos Automotores (IPVA) e Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD); b) Receitas de Transferências da União: Quota-Parte do Fundo de Participação dos Estados (FPE), Quota-Parte do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) – Exportação, Transferências da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir); c) Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF); d) Outras Receitas Correntes: Receita da Dívida Ativa Tributária de Impostos, Multas, Juros de Mora e Correção Monetária e; e) Dedução das Transferências Financeiras Constitucionais e Legais a Municípios: ICMS (25%), IPVA (50%), IPI – Exportação (25%), Lei Complementar nº 87/96 - Lei Kandir (25%) (SANTA CATARINA, 2016a, p. 222).

As despesas com ações e serviços de saúde envolvem a promoção, a proteção, a recuperação e a reabilitação da saúde⁵, assim compreendidas: a) vigilância epidemiológica e controle de doenças; b) vigilância sanitária; c) vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais, orientação alimentar e a segurança alimentar promovida no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); d) educação para a saúde; e) saúde do trabalhador; f) assistência à saúde em todos os níveis de complexidade; g) assistência farmacêutica; h) atenção à saúde dos povos indígenas; i) capacitação de recursos humanos do SUS; j) pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde promovidos por entidades do SUS; k) produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados e equipamentos; l) saneamento básico e do meio ambiente, desde que associado diretamente ao controle de vetores, a ações próprias de pequenas comunidades ou em nível domiciliar, ou aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), e outras ações de saneamento a critério do CNS; m) serviços de saúde penitenciários, desde que firmado Termo de Cooperação específico entre os órgãos de saúde e os órgãos responsáveis pela prestação dos referidos serviços; n) atenção especial aos portadores de deficiência; e o) ações administrativas

⁵ Cumpre registrar que não são consideradas despesas com ações e serviços de saúde aquelas relacionadas a: a) pagamento de aposentadorias e pensões; b) assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fecha da); c) merenda escolar; d) saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz da Resolução nº 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP), ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados; e) limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo); f) preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais; g) ações de assistência social não vinculadas diretamente à execução das ações e serviços referidos na sexta diretriz da Resolução nº 322/2003 do CNS e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS; e h) ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz da Resolução nº 322/2003 do CNS.



realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas nos itens anteriores (SANTA CATARINA, 2016a, p. 222-223).

Para se ter noção concreta, no Exercício de 2014, por exemplo, as despesas consideradas para efeito de cálculo do cumprimento do limite mínimo constitucional em saúde em Santa Catarina podem ser demonstradas conforme o quadro a seguir:

Quadro 1: Valores mínimos alocados em ações e serviços públicos de saúde no exercício de 2014

ESPECIFICAÇÃO	VALOR (R\$)
1 - Total da Receita Líquida de Impostos e Transferências	15.217.109.166,44
2 - Aplicação Mínima: 12% da Receita Líquida de Impostos e Transferências	1.826.053.099,97
3 - Despesas Liquidadas somadas à Inscrição em Restos a Pagar em Ações e Serviços Públicos de Saúde	1.882.180.241,15
4 - PERCENTUAL APLICADO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (3/1)	12,37%
5 - Restos a Pagar inscritos em 2013 e cancelados em 2014 já considerados no cálculo do valor aplicado em saúde em 2013	38.824.596,00
6 - Aplicação em Ações e Serviços Públicos de Saúde após a Dedução dos Restos a Pagar Cancelados (3 - 5)	1.843.355.645,15
7 - PERCENTUAL APLICADO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (6/1)	12,11%
8 - Valor Aplicado a Maior (6-2)	17.302.545,18

Fonte: Relatório da Execução Orçamentária na Função Saúde e Relatório de Descentralização de Créditos Orçamentários - Unidade Gestora 480091 – Fundo Estadual de Saúde, Fontes de Recursos 0100, 0261 e 7100 - SIGEF/SC – Dezembro/2014.

De acordo como o Quadro acima, o Estado de Santa Catarina aplicou em ações e serviços públicos de saúde o montante de R\$ 1.843.355.645,15, equivalente a 12,11% das receitas líquidas de impostos e transferências. Tendo em vista apenas o percentual atingido, considera-se cumprido o mandamento constitucional ⁶.

⁶ No Parecer Prévio sobre as contas prestadas pelo Governador do Estado de Santa Catarina, no exercício de 2014, o Tribunal de Contas destacou que o Estado, amparado pela legislação em vigor, vem ano a ano cancelando Restos a Pagar inscritos regularmente em cada exercício e inseridos no cômputo da saúde, cabendo àquela Corte de Contas contabilizar a cada exercício a devida compensação do montante cancelado. Contudo, salientou que o procedimento adotado pelo Estado poderá caracterizar uma forma de burlar o cumprimento constitucional em exercícios futuros. Isso porque, considerando, como exemplo, o montante dos gastos com saúde de 2013, no valor de R\$ 1.632.503.360,00, e se extraídos desse total os Restos a Pagar Cancelados em 2014, mas considerados nos cálculos da Fazenda em 2013, no valor de R\$ 38.824.596,00, o percentual de aplicação da saúde do Estado passaria de 12,02% (aplicação oficial das contas de 2013) para 11,77%, descumprindo o mandamento constitucional. Por essa razão, o Tribunal de Contas registrou que o acompanhamento da inscrição e cancelamento dos restos a pagar das despesas consideradas para fins de cumprimento do percentual mínimo em saúde serão objeto de análise minuciosa nos exercícios seguintes (SANTA CATARINA, 2016a, p. 224).



A aplicação dos recursos em ações de saúde se opera por diversos programas fixados pelo Estado no plano plurianual. Sem descontar os restos a pagar referentes à função saúde inscritos no exercício 2013 e cancelados no Exercício de 2014 (R\$ 38.824.596,00), o valor atinge R\$ 1.882.180.241,15, que, distribuído por programa, assim se resume:

Quadro 2: Aplicação em ações e serviços de saúde por programa no exercício de 2014

PROGRAMA	VALOR (R\$)	%
0100 – Caminhos do Desenvolvimento	500.000,00	00
0101 – Acelera Santa Catarina	20.000,00	00
0220 - Governança Eletrônica	4.390.461,01	00
0400 – Gestão do SUS	552.171.529,00	29
0410 - Vigilância em Saúde	12.536.147,34	01
0420 - Estratégia da Saúde da Família	51.139.115,17	03
0430 - Descentralização da Média e Alta Complexidade	122.098.157,31	07
0440 - Educação Permanente para o Sistema Único de Saúde	163.759.041,40	09
0600 - Novos Valores	1.800.000,00	00
0720 – Santa Catarina Segura	291.360,00	00
0850 – Gestão de Pessoas	891.834.652,45	47
0900 - Gestão Administrativa - Poder Executivo	81.639.777,47	04
TOTAL^{7*}	1.882.180.241,15	100

Fonte: Relatório da Execução Orçamentária na Função Saúde e Relatório de Descentralização de Créditos Orçamentários - Unidade Gestora 480091 – Fundo Estadual de Saúde, Fontes de Recursos 0100, 0261 e 7100 - SIGEF/SC – Dezembro/2014.

A distribuição de despesas por programa demonstra que o Programa Gestão de Pessoas consumiu 47% dos valores empenhados em ações e serviços públicos de saúde, seguido pelo Programa Gestão do SUS, com 29% e o Programa Educação Permanente para o SUS, com 9%. Os demais programas somados (Caminhos do Desenvolvimento, Acelera Santa Catarina, Governança Eletrônica, Vigilância em Saúde, Estratégia da Saúde da Família, Descentralização da Média e Alta Complexidade, Novos Valores, Santa Catarina Segura e Gestão Administrativa do Poder Executivo) representam apenas 15% dos valores empenhados no período. Avançando na análise da aplicação dos recursos em saúde no Estado, é possível ainda verificar as despesas a partir de seus elementos, permitindo a identificação de como foram efetivamente aplicados. Tomando por base o exercício de 2014, tem-se a seguinte distribuição:

Quadro 3: Aplicação dos recursos de saúde por elemento de despesa no exercício de 2014

ELEMENTO DE DESPESA	VALOR (R\$)	%
11 - Vencimentos e Vantagens Fixas - Pessoal Civil	525.219.387,82	27,90

⁷ Foram excluídas do cálculo as despesas realizadas por intermédio da Ação 952 – Saúde e Segurança no Contexto Ocupacional, vez que tal ação não atende ao requisito da universalidade.



41 - Contribuições	467.127.891,16	24,82
16 - Outras Despesas Variáveis-Pessoal Civil	173.307.737,16	9,21
39 - Outros Serv. de Terceiros Pessoa Jurídica	149.377.188,83	7,94
13 - Obrigações Patronais	137.406.010,14	7,30
30 - Material de Consumo	120.912.294,22	6,42
91 - Sentenças Judiciais	111.367.638,59	5,92
42 - Auxílios	46.055.404,47	2,45
37 - Locação de Mão de Obra	38.676.206,09	2,05
92 - Despesas de Exercícios Anteriores	30.959.195,74	1,64
04 - Contratação por Tempo Determinado	25.755.438,81	1,37
46 - Auxílio-Alimentação	24.905.338,03	1,32
36 - Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Física	12.668.187,43	0,67
52 - Equipamentos e Material Permanente	7.519.873,76	0,40
93 - Indenizações e Restituições	3.077.314,47	0,16
35 - Serviços de Consultoria	2.761.961,00	0,15
48 - Outros Auxílios Financeiros Pessoas Físicas	1.542.128,18	0,08
14 - Diárias - Civil	1.008.867,00	0,05
51 - Obras e Instalações	541.766,29	0,03
96 - Ressarcimento Despesa Pessoal Requisitado	502.638,99	0,03
20 - Auxílio Financeiro a Pesquisadores	473.260,98	0,03
47 - Obrigações Tributárias e Contributivas	452.300,32	0,02
61 - Aquisição de Imóveis	250.000,00	0,02
33 - Passagens e Despesas com Locomoção	239.020,69	0,02
05 - Outros Benefícios Previdenciários	52.913,52	0,00
08 - Outros Benefícios Assistenciais	16.985,44	0,00
32 - Material, Bem ou Serviço de Distribuição Gratuita	3.090,00	0,00
49 - Auxílio-Transporte	202,02	0,00
TOTAL⁸	1.882.180.241,15	100,00

Fonte: Relatório da Execução Orçamentária na Função Saúde e Relatório de Descentralização de Créditos Orçamentários - Unidade Gestora 480091 – Fundo Estadual de Saúde, Fontes de Recursos 0100, 0261 e 7100 - SIGEF/SC – Dezembro/2014.

Os dados acima revelam que o Estado concentra os maiores gastos em Vencimentos e Vantagens Fixas – Pessoal Civil, com 27,90%, seguido por despesas com Contribuições, correspondentes a 24,82% dos valores aplicados em saúde no decorrer do exercício de 2014. As Despesas com Pessoal, incluídas neste agrupamento as Contratações por Tempo Determinado, Passagens e Diárias, Auxílio Alimentação, Obrigações Patronais, Outras Despesas Variáveis - Pessoal Civil, Ressarcimento de Pessoal Requisitado, assim como Vencimentos e Vantagens Fixas - Pessoal Civil, representam 47,19% do total aplicado em ações e serviços de saúde no exercício de 2014.

⁸ Foram excluídas do cálculo as despesas realizadas por intermédio da Ação 952 – Saúde e Segurança no Contexto Ocupacional, vez que tal ação não atende ao requisito da universalidade.



Portanto, no tocante aos recursos aplicados em saúde no ano de 2014, a título de exemplo, se extrai das informações anteriores que, a partir do total da arrecadação líquida de impostos e transferências (base de cálculo), o Estado empenhou despesas gerais (material de consumo, contribuições, serviços de terceiros, etc.) correspondentes a 53,58% (R\$ 1 bilhão de reais), despesas com pessoal (salários e encargos sociais) da ordem de 45,98% (R\$ 865, 3 milhões de reais), restando investimentos (obras, instalações, materiais, equipamentos permanentes etc.) equivalentes a 0,44% (R\$ 8,3 milhões de reais).

Não obstante o Governo do Estado Catarinense tenha atingido o mínimo constitucional exigido (12%), porque empenhou despesas em saúde no valor total de R\$ 1,84 bilhão de reais, equivalente a 12,11%, o que chama a atenção é o fato de que os investimentos em saúde não alcançaram 1% do total de recursos destinados à manutenção da saúde. Os poucos investimentos evidenciam a ineficiência do Estado e, de certa forma, legitimam o cidadão a buscar no Judiciário a satisfação de direitos fundamentais relacionados à saúde em boa parte dos casos. Porém, na busca judicial, acaba-se por promover efeito desalocativo de recursos, de forma não programada, desequilibrando as contas públicas.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM SANTA CATARINA: O PRIMEIRO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR).

A questão da judicialização no Estado é tão dramática⁹ que foi objeto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 09 de novembro de 2016 (SANTA CATARINA, 2016b). Naquela oportunidade, o Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu o primeiro caso concreto do País em sede desse instituto jurídico previsto no novo Código de Processo Civil (Arts. 976 a 987), fixando os critérios para a concessão de medicamentos e tratamentos que vincularão as decisões em outros casos semelhantes no Estado.

O caso julgado se refere a paciente que acionou o Poder Judiciário objetivando que o Estado de Santa Catarina e o Município de Agronômica fornecessem medicamentos em razão de ser portador de diabetes melito tipo II, hipertensão, dislipidemia e hipotireoidismo e de não

⁹ O problema não se restringe ao Estado de Santa Catarina, mas se dá em nível nacional, tanto que é objeto de repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal, ainda não decidida, relacionada aos Recursos Extraordinários nº 566471 e nº 657718. Os recursos tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).



poder arcar com os custos do tratamento. A controvérsia posta nos autos dizia respeito à necessidade ou não de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública.

O Estado sustentou a tese da imprescindibilidade da demonstração de carência financeira do requerente e de seu ente familiar, com amparo nos princípios da eficiência na gestão do dinheiro público e da razoabilidade, sob o argumento de que deve ser priorizada a destinação dos escassos recursos públicos às pessoas realmente necessitadas. Informou que, no ano de 2015, foram gastos mais de R\$ 150 milhões de reais para atender pouco mais de 30 mil pacientes em razão de medidas judiciais, a um custo médio de R\$ 5 mil reais por pessoa. No ano de 2014 houve gastos públicos de aproximadamente R\$ 156 milhões de reais para o cumprimento das ordens judiciais em favor de pouco mais do que 26 mil pacientes, sendo que esse montante seria suficiente para manter dois dos hospitais sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde (Hospital Celso Ramos e Hospital Nereu Ramos) por quase um ano, viabilizando o atendimento de aproximadamente 195 mil pessoas. Destacou, ainda, que a quantia destinada aos 26 mil pacientes judiciais em 2014 asseguraria, por dois meses, a manutenção de todos os treze hospitais administrados diretamente pela Secretaria da Saúde, beneficiando mais de 170 mil pessoas.

As entidades que participaram do debate nos autos sustentaram argumentos a favor e contra ou que restringem a concessão. Dentre os argumentos favoráveis, destacam-se: a) a Lei n.º. 8.080/90, que regula em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, reafirma o Texto Constitucional do Art. 196, estabelecendo no seu Art. 2º que a saúde é direito fundamental do ser humano, competindo ao Estado a promoção das condições indispensáveis ao seu pleno exercício; b) o caráter coletivo da saúde pública deve prestigiar a universalidade e a igualdade das ações; c) por ser o acesso à saúde um direito universal e igualitário, não se pode distinguir entre os cidadãos, ainda que seja em razão da situação econômica; d) constitui obrigação solidária dos entes federados a recuperação e promoção da saúde da população em geral, independentemente de situação financeira, descabendo a distinção entre medicamentos ou tratamentos padronizados e não padronizados pelo SUS e; e) deve haver acessibilidade a



todo e qualquer tratamento disponível na rede pública de saúde, independente de padrão econômico.

Quanto aos argumentos contrários à concessão de medicamentos e terapias ou que restringem o acesso, destacam-se: a) deve ser exigida a hipossuficiência financeira do enfermo e de seu grupo familiar, pois o SUS não possui condições de atender aos pleitos de todos os cidadãos; b) as ações individuais que buscam a dispensação de medicamentos não padronizados pelo SUS devem vir acompanhadas da devida comprovação de hipossuficiência do requerente; e c) para terapias e insumos não protocolares deve-se exigir o preenchimento de critérios outros, dentre os quais a hipossuficiência financeira.

Os fundamentos lançados no voto condutor do relator, Des. Ronei Danielli, foram divididos em duas situações: a) demandas que pretendam a disponibilização de medicamentos e terapias incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS e b) demandas que postulem medicamentos e terapias não incluídos nas listagens. Na primeira situação, ou seja, considerando o direito fundamental à saúde e a existência de políticas públicas de fornecimento de medicamentos e terapias previamente incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS, a atuação do Poder Judiciário deve se restringir a garantir a efetividade do direito subjetivo individual. Para justificar a demanda, basta ao postulante juntar o receituário médico indicando a doença específica e a necessidade de seu uso ou implementação (podendo ser de profissional não componente dos quadros públicos), assim como a demonstração de impossibilidade de obtenção na via administrativa (configura o interesse de agir do cidadão, à semelhança do que ocorre na Previdência Pública, ainda que sem o exaurimento dessa via).

Nessas demandas que pretendam a disponibilização de medicamentos e terapias incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS, o relator argumenta que é absolutamente irrelevante a condição socioeconômica do paciente ou de seu ente familiar, por se tratar de mero cumprimento de política pública firmada pelo Executivo em prol da coletividade, descabendo, inclusive, a ponderação acerca do custo da terapia ou do insumo diante de outras prioridades sociais ou, ainda, a sustentação da tese da reserva do possível. Portanto, não há que se discutir hipossuficiência financeira quando o objeto da lide for o fornecimento de medicamentos padronizados.

Na segunda situação, relacionada a demandas que pretendam a disponibilização de medicamentos e terapias não incluídos nas listagens e protocolos oficiais do SUS, o relator



argumenta que o Art. 196 da CRFB/88 cuida de norma voltada à concretização tanto do mínimo existencial como do máximo desejável em matéria de saúde. O mínimo existencial diz respeito ao fato de se assegurar as condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto o máximo desejável se refere a um horizonte a ser alcançado no futuro, em que o Estado se obriga à criação de políticas públicas constantes e graduais, prospectando novas soluções conforme os avanços da medicina e as riquezas do País.

Desse modo, quando o medicamento postulado se refere à enfermidade para a qual inexistente política pública, permitindo-se aferir que a omissão atinge a dignidade da pessoa humana, na medida em que condiz com os ditames básicos de cuidados à saúde, estar-se-á diante de pretensão condizente com a noção de mínimo existencial. Por outro lado, quando houver política pública disponibilizando droga diversa da perseguida judicialmente, ou a ausência de política se der em razão de se tratar de fármaco experimental ou de custo exorbitante, deve-se aprofundar a análise porque a decisão judicial estará influenciando diretamente na seara da Administração, devendo-se, portanto, sopesar a pretensão com a reserva do possível.

Seguindo essas argumentações do voto condutor do relator, Des. Ronei Danielli, o Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria, julgar o IRDR firmando as seguintes teses jurídicas:

1) Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: a) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; b) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). **2) Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS,** são requisitos imprescindíveis: a) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; b) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; c) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; d) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

Aplicadas as referidas teses ao caso concreto, restou decidido que o postulante teria direito apenas aos medicamentos constantes do rol do SUS (Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida), não fazendo jus àqueles não padronizados (Galvusmet e Vytarin), tendo em vista



que foi comprovado não ser hipossuficiente financeiramente (empresário, titular de três veículos e possuidor de plano de saúde privado).

O que se extrai dos referidos critérios adotados no julgamento do incidente é que, ao dividi-los entre concessão judicial de medicamentos constantes e não constantes do rol do SUS, acabou-se por defender que no primeiro caso o direito fundamental à saúde é absoluto e indisponível, enquanto no segundo é relativizado pela reserva do possível. Tal situação coloca um paradoxo na concretização do direito pelo Estado, criando indivíduos com direito absoluto à saúde e indivíduos com direito relativo, além de não evitar o impacto desalocativo de recursos previamente programados e o desequilíbrio das contas públicas.

CONCLUSÕES

A partir do objetivo traçado e do problema formulado na introdução deste estudo, conclui-se que o papel do direito nas políticas públicas é de fundamental importância não apenas para os atos de gestão orçamentária, mas também para a justificação das decisões judiciais, especialmente quando leva em consideração aspectos econômicos nos emblemáticos julgamentos relacionados à concessão de medicamentos ou tratamentos. Restou demonstrado que a obrigação judicial de o ente federativo custear tratamentos ou medicamentos no campo das políticas públicas de saúde encontra limites na sua capacidade orçamentária, também regida pelo direito, conforme análise do orçamento e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Estado de Santa Catarina.

Observou-se que a CRFB/88 estabeleceu que a saúde, componente da seguridade social, constitui direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, integradas por ações e serviços de saúde organizadas num sistema único. Desse modo, o financiamento do SUS se opera com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo incontestável a necessidade de, a todo o momento, se distribuírem recursos escassos por meio de critérios distributivos, o que implica levar em consideração o papel do direito juntamente como os aspectos econômicos.

Verificou-se que o papel do Poder Judiciário no processo de efetivação do direito à saúde é essencial para garantir ao cidadão o seu direito constitucional, especialmente naqueles casos em que o Estado não cumpre a sua obrigação constitucional de oferecer o mínimo de assistência. No entanto, também se constatou que o aumento da judicialização desestrutura as



contas públicas e o planejamento de gastos dos entes federados, por conta do impacto desalocativo de recursos previstos anteriormente para outra finalidade.

A questão da escassez dos recursos públicos conduz à inegável conclusão de que a realização do direito social à saúde apresenta custos econômicos, vez que esse direito constitucional deve ser concretizado em consonância com as disponibilidades do orçamento. Ora, se a positivação de valores sociais na CRFB/88 e nas leis não deixa de ser uma condição necessária para a exigência de direitos e garantias sociais por parte dos cidadãos, a utilização da norma como único instrumento de implementação de políticas públicas não é suficiente para alterar de forma sustentável a realidade coletiva, porquanto se mostra necessário levar em conta o custo econômico para as ações estatais provenientes do direito, sob pena de tais ações se tornarem excessivamente dispendiosas, inclusive colocando em risco a distribuição ao restante da coletividade.

A discussão que norteou o estudo também não desconhece que o Estado pode ser mal gerido, desperdiçar recursos e não investir em prevenção, situação que não lhe retiraria o dever de prestar a assistência à saúde. A demonstração do impacto das despesas no orçamento em saúde no Estado de Santa Catarina, no exercício de 2014, é clara nesse sentido. Nas estatísticas, observou-se que embora o Governo do Estado Catarinense tivesse atingido o mínimo constitucional exigido (12%), porque empenhou despesas em saúde no valor total de R\$ 1,84 bilhão de reais, equivalente a 12,11%, ficou evidenciado que os investimentos em saúde não alcançaram 1% do total de recursos destinados à sua manutenção. Tal situação evidencia a ineficiência do Estado e, de certa forma, legitima o cidadão a buscar no Poder Judiciário a satisfação de direitos fundamentais relacionados à saúde em boa parte dos casos. Além disso, também é notório que diversos Entes Federativos (incluindo Santa Catarina) se encontram visivelmente em situação de descontrole financeiro por terem feito escolhas políticas equivocadas ou se desviado da finalidade pública.

No âmbito do IRDR julgado, observou-se que os critérios adotados para dirimir a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS (padronizado) foram: a) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; e b) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).



Por outro lado, para a concessão judicial de remédio ou tratamento não padronizado pelo SUS foram adotados os seguintes critérios: a) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; b) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; c) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; e d) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores fundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

O que se extrai dos referidos critérios adotados no julgamento do incidente é que, ao dividi-los entre concessão judicial de medicamentos constantes e não constantes do rol do SUS, acabou-se por defender que no primeiro caso o direito fundamental à saúde é absoluto e indisponível, enquanto no segundo é relativizado pela reserva do possível. Tal situação coloca um paradoxo na “concretização” do direito pelo Estado, criando indivíduos com direito absoluto à saúde e indivíduos com direito relativo.

O papel do Direito é contribuir para o planejamento dos gastos públicos, escolhendo prioridades de alocação de recursos e realização de despesas sociais visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento do país. Levar em conta as implicações econômicas da concretização de direitos sociais pela Administração Pública e das decisões judiciais em sede de políticas públicas serve também para compreender a crise do Estado contemporâneo, da democracia e da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.581/RS**. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. Julg.: 13 ago. 2015.





BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COASE. Ronald. **The Problem of Social Cost**. 3 J. Law & Economic 1, 1960.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 – 05/10/1988.

BRASIL, Lei nº 8.080/90, de 19/09/1990 - Lei Orgânica da Saúde.

DOMINGUES, José Marcos. Tributação, orçamento e políticas públicas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, set/out, 2010.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua Aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito), CCJ/CPGD/UFSC, Florianópolis, SC, 1997. Disponível em <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0258-D.pdf>. Acesso em 08/08/2017.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O Direito e a *Law and Economics*: Possibilidade Interdisciplinar na Contemporânea Teoria Geral do Direito. In **JURIS: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da FURG**, Rio Grande, RS: Editora da FURG, v. 11, n. 1. Pp. 201-222. ISSN 1413-3571. 2005. Disponível em <http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. Concretude do Direito Constitucional Econômico: A Law and Economics na realização da Ordem Constitucional Econômica Brasileira de 1988. In **Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**. Santo Ângelo, RS: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, v. 1, n. 10 (novembro/2007). Pp. 121-156. ISSN 1676-8558. 2007.

_____ e _____. **Análise Econômica do Direito: Uma inovadora Teoria Geral do Direito**. In OLIVEIRA, Amanda Flávio (Org.). **Direito Econômico: Evolução e Institutos**. Obra em Homenagem ao Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca. 1 ed. v. 1. Pp. 32-50. ISBN 978-85-309-2926-8. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

_____ e _____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. In **Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA**. Curitiba, PR: Unicuritiba. Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. Pp. 77-122. ISSN 0103-3506. 2012. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>. Acesso em 01/11/2013. Acesso em 08/08/2017.





_____ e _____. **A tomada de decisão normativo-judicial segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).** In POMPEU, Gina Vidal Marcílio, PINTO, Felipe Chiarello de Souza e CLARK, Giovanni (Orgs.). *Direito e Economia*. XXII CONPEDI São Paulo, SP. Pp. 319-346. ISBN 978-85-7840-199-3. Florianópolis, SC: Fundação José Boiteux; 2013a. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf55a3f1c3e9436d>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. In OPUSZKA, Paulo Ricardo e SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho (Orgs.), *Revista Jurídica do Unicuriitba*, v. 3, n. 32, Pp. 128-162. ISSN 0103-3506. Curitiba: Unicuriitba 2013b. Disponível em <http://revista.unicuriitba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/682>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In *Sequencia*. V. 35, n. 68. Pp. 261-290. ISSN 2177-7055. Florianópolis, SC. 2014a. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em 08/05/2017. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. **O Estado e o Mercado: estudo para a intuição de uma ética econômico-jurídica.** In LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; FERREIRA, Gustavo Assed e VIEIRA, Susana Camargo (Orgs.). *Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável I*. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; Pp 253-271. ISBN: 978-85-5505-119-7. CONPEDI. Belo Horizonte, MG. 2015a. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ki9ipk3k/MXFqX44c4J857iPC.pdf>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. **Una teoría del consenso para la Economía y el Derecho.** In GONÇALVES, Everton das Neves e SICLUNA Y SEPULVEDA, Consuelo Martinez (Orgs.). *Teoría, Filosofía e História do Direito*. V. 14. Organização CONPEDI/Madrid, Espanha. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Universidad Complutense de Madrid. [Recurso eletrônico on-line]. Pp 192-221. ISBN: 978-84-92602-98-8. 2015b. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-14-Madrid.pdf>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. Da *Law and Economics* à Economia Solidária: uma questão de eficiência In POMPEU, Gina Vidal Marcílio; BARACHO, Hertha Urquiza e GONÇALVES, Everton das Neves (Orgs.). **Direito e Economia I**. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; ISBN: 978-85-5505-039-8. CONPEDI. Aracajú, SE. 2015c. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/6l9jk46k/LhvX9u48qfo5EZA5.pdf>. Acesso em 08/08/2017.

_____ e _____. **PEES: possibilidade epistêmica para o Direito segundo a Ciência Econômica.** In RODRIGUES, Horácio Wanderlei. I Encontro Brasileiro de Epistemologia Jurídica: limites e possibilidades no ensino do Direito. Pp. 803-819. 16 pp. ISBN: 978-85-7988-252-4. Florianópolis, SC: José Boiteux. 2015d. Disponível em





<http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2015/03/UFSC-Conhecer-o-Direito-Volume-IX-WEB.pdf>. Acesso em 08/08/2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo Governador do Estado de Santa Catarina – exercício 2014**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2016a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000**. Rio do Sul. Rel.: Des. Ronei Danielli. Julg.: 09 nov. 2016b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva o possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

